

*Revista da*

# EMERJ

Vol. 5  
Nº 18  
2002



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro



*Revista da*

# EMERJ

Vol. 5  
nº 18  
2002



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

## **A IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

Ministro Marco Aurélio - STF

## **DECISÕES JUDICIAIS - MANDAMENTALIDADE E AUTO-EXECUTORIEDADE**

Prof. Ovídio Baptista da Silva

## **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DISPENSA DE SEGURANÇA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO**

Prof. Sergio Bermudes

## **OS RECURSOS VISTOS POR UM ADVOGADO**

Prof. Carlos Roberto Barbosa Moreira

## **A FINALIDADE DO DIREITO E A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA**

Des. Sergio Cavalieri Filho

## **DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO CDC**

Juíza de Direito Cristina Tereza Gaulia

© 2002, EMERJ

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

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

### Conselho Editorial:

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

**Coordenação:** Des. Décio Xavier Gama

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

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

**Apoio Cultural:** 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)

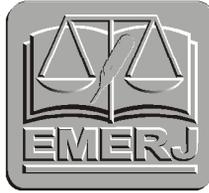
Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

Telefones: (21) 2533-6642 / 2533-5644 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860

[www.emerj.rj.gov.br](http://www.emerj.rj.gov.br) ♦ [emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br](mailto:emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br)



## **DIRETORIA DA EMERJ**

### **Diretor-Geral**

Des. Sérgio Cavalieri Filho

### **Conselho Consultivo**

Des. Celso Guedes

Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião

Des. Wilson Marques

Des. Sylvio Capanema de Souza

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Des<sup>a</sup>. Leila Maria Carrilo Cavalcante R. Mariano

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

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

### **Diretor de Estudos e Ensino**

Des. Sidney Hartung Buarque

### **Coordenador Administrativo**

Des. Décio Xavier Gama

### **Coordenador Geral de Ensino**

Paulo Roberto Targa

### **Chefe de Gabinete**

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

# A ESCOLA DA MAGISTRATURA E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Na primeira metade do século XX ocorreram as duas Grandes Guerras Mundiais, com utilização de armas inimagináveis para a humanidade. Todo o Século, contudo, foi de transformações extraordinárias na ciência, nas invenções, no progresso tecnológico, na cultura, no reconhecimento de direitos humanos mais destacados na consciência da população. Era natural que um século turbulento e de permanentes novidades ensejasse a edição de leis modernas e também avançadas, consentâneas, por isto mesmo, com o ritmo das modificações e da evolução fantástica dos conceitos de moral social.

Surgiram, por isso, constituições e legislação para diferentes povos da terra, que refletiram uma globalização crescente em atividades diversas do homem e também, na sua conduta. O Direito Comparado, crescentemente estudado ante a aproximação maior entre os povos, abriu campo para que surgissem normas semelhantes, principalmente nas áreas comerciais, civis e penais.

Desde quando entrou em vigor, a 1º de janeiro de 1917, foi o Código Civil alterado seguidamente, com a incorporação de regras novas impostas por comportamentos consagrados pela população. Muito cedo se formou o consenso de que caminhávamos para uma oportuna consolidação das constantes modificações introduzidas no Código, ou mesmo para a elaboração de um novo Código. As leis são feitas pelos homens e para os homens, justificando-se as profundas alterações.

Podemos citar o divórcio, as novas regras sobre a adoção e a união estável como registro das significativas mudanças, dentre muitas outras, no ramo do Direito de Família, seja por leis esparsas, seja pelos próprios textos de emendas constitucionais. Assim, no campo obrigacional e mesmo no Direito das Coisas, com novos conceitos sobre a propriedade imóvel e sua utilização.

Já haviam sido introduzidas modificações na ordem sucessória da herança e se registraram avanços sensíveis sobre a necessidade de se integrarem certas normas do Direito societário e empresarial, de forma a se entender cabível a adoção de regras obrigacionais comuns nos campos do Direito Civil e do Direito Comercial.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA, seguindo a sua tradição de estar sempre à frente das atividades de ensino profissional de nível elevado no Rio de Janeiro e de reunir expoentes das letras jurídicas para seus encontros, seminários e atividades acadêmicas destinadas a juizes vitaliciandos e a bacharéis em Direito, bem como o CONSELHO DE VITALICIAMENTO do Tribunal de Justiça, entenderam de realizar os seus seminários mensais (numa sexta-feira, de 9 às 17 horas) no ano de

2002 com exposições e debates sobre as alterações introduzidas pelo novo Código Civil (Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002). As conferências se realizam no auditório principal da EMERJ, com 480 lugares e está sendo necessário instalar telões em dois outros do 4º andar da Escola, com mais 300 lugares, para se atender a maior número possível de interessados, porque as inscrições ultrapassam a mil.

Em 15 de fevereiro tivemos, na abertura do Simpósio, a presença de um dos autores do Projeto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves, que discorreu sobre a PARTE GERAL do Novo Código. No mesmo dia o Juiz de Direito e Professor Clayton Reis, da Universidade Paranaense, discorreu sobre os DIREITOS DA PERSONALIDADE e o Ministro do STJ, Eduardo Andrade Ribeiro, sobre O NEGÓCIO JURÍDICO. Foram debatedores os Desembargadores Humberto de Mendonça Manes e Luiz Roldão de Freitas Gomes. Para esse dia se inscreveram 800 pessoas.

Em 8 de março a Professora Judith Martins Costa, do Rio Grande do Sul, fez a palestra de abertura sobre o tema ADIMPLENTO E INADIMPLENTO, o Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Professor da UERJ, Ricardo César Pereira Lira, discorreu sobre ALGUNS ASPECTOS DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NO NOVO CÓDIGO CIVIL e o Professor JOÃO BATISTA VILLELLA, de Minas Gerais, sobre TRANSAÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL. Foram debatedores, nesse dia, o Doutor Carlos Edson do Rego Monteiro Filho e o Professor e advogado Doutor Carlos Roberto Barbosa Moreira. Foram 1.200 pessoas que disputaram os lugares disponíveis em auditórios e salas de aulas dotadas de telões para o evento daquele dia.

Em 19 de abril, fez a primeira conferência o consagrado processualista e Desembargador de Minas Gerais, Humberto Theodoro Junior sobre OS CONTRATOS E OS VÍCIOS DO CONSENTIMENTO, tendo como debatedor o Diretor-Geral da EMERJ, Desembargador Sérgio Cavalieri Filho. Seguiu-se, na parte da tarde, o Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes com o tema A CIRCULAÇÃO DO CONTRATO (Transmissão das Obrigações, Cessão do Contrato e Contrato com a Pessoa a Declarar) e coube ao Desembargador e Professor da EMERJ, Sylvio Capanema de Souza, dissertar sobre ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL.

O Seminário prosseguirá mensalmente até dezembro deste ano e os trabalhos recolhidos das conferências e debates, ou reproduzidos com a revisão dos autores, serão reunidos em número especial da REVISTA DA EMERJ no segundo semestre deste ano.

D.X.G.

# SUMÁRIO

## **ÓPTICA CONSTITUCIONAL - A IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS** **13**

*Ministro Marco Aurélio - Presidente do STF*

O princípio da isonomia nas constituições. A de 1824 remetia o legislador à equidade. A de 1891 afirmou que todos seriam iguais perante a lei e eliminou privilégios. A de 1934 dispôs de forma idêntica, mas afirmou simbolicamente que inexistia discriminação no Brasil. A Carta de 1937 foi irreal e proclamou a igualdade de todos perante a lei, longe da realidade dos fatos. A progressista Carta de 1946 reafirmou o princípio da igualdade. Sobreveio a Declaração dos Direitos Humanos e a atuação de Afonso Arinos e Gilberto Freire e a primeira lei penal sobre discriminação de 1951. A Constituição de 1969 nada inovou; reafirmou que deveria ser punido o preconceito de 1967. Na atual Carta (1988) adotou-se um preâmbulo sinalizando nova direção sobre o tema, porque afirmou que era decisão do povo (de todos nós) a adoção do princípio. Há agora uma igualização dinâmica e não estática como antes, desde que se passou a buscar ações afirmativas de todo o Estado e não-negativas como antes. (art. 4º e 5º e seus 77 incisos). Há mesmo o sentido de ações integrativas com o Congresso e muito pode fazer o Judiciário nesse campo.

## **MANDAMENTALIDADE E AUTO-EXECUTORIEDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS** **23**

*Ovídio Baptista da Silva - Professor da UNISINOS-RG*

A obra do Autor “Jurisdição e Execução na tradição Romano-Canônica”: as Ações processuais e o empenho de P. de Miranda em classificar as ações de direito material. A classe das mandamentais e executivas *latu sensu*. O juiz como simples revelador da vontade da lei. O ato jurisdicional é meramente declaratório (Chiovenda). Tanto o efeito executivo quanto o mandamental ocorrem no domínio dos fatos.

## **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E A DISPENSA DE SEGURANÇA DO JUÍZO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO** **35**

*Sergio Bermudes - Professor da EMERJ e advogado*

Os dois pressupostos da execução: a existência do título executivo (o jurídico) e o inadimplemento do devedor (o fático). A execução como

processo. A citação necessária para integração devedor na execução. A iniciativa da parte para o começo da execução. As questões da execução, como a da falta de citação, podem ser suscitadas no próprio processo de execução sem serem necessários os embargos. A exceção da pré-executividade é a defesa quanto à existência do título hábil a iniciar a execução.

**ELES, OS RECURSOS, VISTOS POR UM ADVOGADO  
(REFLEXÕES EM MATÉRIA DE RECURSOS CÍVEIS)**

**45**

*Carlos Roberto Barbosa Moreira - Advogado e Professor*

Há recursos demais? A nova regulamentação do agravo e os dados estatísticos sobre os Recursos Extraordinários e os Agravos de instrumento interpostos nos últimos três anos no STJ. A multiplicação dos Juizados Especiais como fator do vertiginoso aumento dos RE. A Jurisprudência do STF favorável ao cabimento dos R.E. contra decisões das Turmas Recursais do J.E. e o entendimento do STJ em sentido contrário. A pouca simpatia, sem justificativa, dos Juízes pelos Embargos de Declaração.

**DIREITO, JUSTIÇA E SOCIEDADE**

**58**

*Sergio Cavalieri Filho - Desembargador e Diretor-Geral da EMERJ*

I. Finalidade do Direito e a realização da Justiça. II. A Criação do Direito não é obra exclusiva do legislador. III. A finalidade da Justiça é a transformação social. IV. O problema da lei injusta. V. O poder transformador do Direito. VI. Adequar o Direito à Justiça - obra perene do operador do Direito.

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA  
NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**66**

*Cristina Tereza Gaulia - Juíza de Direito do TJ/RJ e Prof. da MERJ*

I. Introdução. II. Nascimento do instituto. III. A abordagem do Instituto pela lei nº 8.078/90. IV. Desconsideração e eficácia. V. Outros pontos de relevo prático. VI. Conclusão.

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO CONSUMIDOR**

**88**

*Alexandre Freitas Câmara - Advogado e Professor da EMERJ*

I - Introdução. II - O ônus da prova: considerações iniciais. III - A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.

**A OBRA DE CRIAÇÃO DO DIREITO PELO JUIZ NA  
INTERPRETAÇÃO DAS LEIS. LIMITES**

**104**

*Áurea Pimentel Pereira - Desembargadora do TJ/RJ e integrante do Conselho de Vitaliciamento*

O rígido princípio do positivismo jurídico, com o passar dos tempos, cedeu lugar a outro, segundo o qual o juiz aplica a lei que descobre no direito. A interpretação *cum grano salis*. Os conceitos do legal e do justo. A atividade judicante deve se desenvolver de forma criativa com opções de caráter valorativo e político. Os julgamentos de forma construtiva com recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. A criação do Direito, mas com limites e sem criação de um direito novo, sem desbordar em arbítrio. Não deve o juiz se transmutar em legislador positivo, via da criação de um direito alternativo.

**MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES CONSTITUCIONAIS**

**113**

*Luiz Roberto Ayoub - Juiz de Direito do TJ/RJ*

I - Considerações Preliminares. II - O Mandado de Segurança e as Verbas Pecuniárias - 1. Visão Privatista - Uma postura em desuso - 2. Lei nº 5.021/66 - Inovação ou reprise? - 3. Doutrina e Jurisprudência - Persiste a controvérsia - 4. O Princípio da Não-Surpresa - Base para o consenso. III - O Mandado de Segurança e o Ato Disciplinar. IV - Conclusão.

**MEDIDA LIMINAR EM TUTELA ANTECIPATÓRIA**

**125**

*Reis Friede - Professor e Magistrado Federal*

Liminar em tutela antecipatória. Normas intraconstitucionais impeditivas (ou restritivas) quanto à concessão da tutela antecipatória. Recorribilidade ampliada. Limites quanto ao objeto da antecipação. Exigência de prestação de caução para o deferimento da antecipação de tutela cognitiva. Constitucionalidade da Lei nº 9.393/97.

**AÇÕES DE CLASSE. DIREITO COMPARADO E ASPECTOS  
PROCESSUAIS RELEVANTES**

**141**

*Humberto Dalla Bernardino de Pinho*

As lições do Professor José Rogério, Cássio Scarpinela Bueno, da Professora Ada Pellegrini e do Juiz Federal Luiz Paulo. A ação Civil Pública e a preocupação com o problema no Direito americano desde 1820. As teorias do Direito americano para justificar a ação coletiva. (comunhão de interesses,

do consentimento e a substantiva). Qual o número de pessoas a partir do qual se configura a classe? Que distingue o direito disponível do indisponível? O problema da legitimidade. A legitimação de Agências ainda inexistente no Brasil. O risco das decisões conflitantes. Litispêndência e conexão de ações. *A class action for damage* equivalente à nossa ação coletiva *strictu sensu*. O direito coletivo e o individual homogêneo. O ajustamento de conduta do Ministério Público ou transação processual obstará a execução pelo interessado? Regras tomadas por empréstimo do Direito Norte-americano (*common law*) pelo Direito brasileiro (*civil law*).

#### **A RESPONSABILIDADE DO CREDOR PELA EXECUÇÃO**

**156**

*Rogério de Oliveira Souza - Juiz de Direito do TJ/RJ*

1. Introdução. 2. Embargos do devedor e ação autônoma de responsabilidade. 3. Natureza jurídica da ação autônoma de responsabilidade. 4. Responsabilidade subjetiva do credor pela execução. 5. Os danos indenizáveis. 5a. Os danos pela arrematação. 6. A ação autônoma e a ação rescisória. 7. Conclusão.

#### **A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE NORMAS NO DIREITO BRASILEIRO**

**165**

*Thiago Ragonha Varela - Professor e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional*

O controle jurisdicional a partir de 1891, por inviável antes, no regime parlamentar do império. A posição de Rui Barbosa a partir de 1893 e os atos do Executivo e do Legislativo. A Lei nº 221 de 20/11/189 que organizou a Justiça Federal. A Constituição de 1934 e suas quatro inovações. O retrocesso da Constituição do Estado Novo de 1937 (art. 96). A Carta de 1946. As modificações da Constituição de 1967 e suas alterações na Emenda nº 1. Sistema misto e difuso então vigente. O aperfeiçoamento na Carta de 1988 com sistema *Misto de controle difuso incidental com um concentrado principal*. A ação de inconstitucionalidade por omissão. O mandado de injunção. A disciplina da Lei nº 9.868/99.

#### **ENSINO JURÍDICO E CONCURSO PÚBLICO**

**179**

*André Cleófas Uchôa Cavalcanti - Juiz de Direito TJ/RJ*

Considerações preliminares. Avaliação do ensino jurídico: MEC e OAB. Resultados da formação jurídica e sua avaliação nos concursos públicos.

## **CONTRATO DE SHOPPING CENTER**

**187**

*Guilherme Calmon Nogueira da Gama - Juiz Federal  
no Rio de Janeiro*

I. Introdução à dogmática dos contratos contemporâneos. II. A realidade dos *shoppings centers*. III. Relações entre o empreendedor e os lojistas: a natureza dos contratos de cessão de uso de espaços em *shopping center*. IV. Contrato de adesão sujeito ao Código de Defesa do Consumidor. V. Principais cláusulas no contrato entre o lojista e o empreendedor. VI. Renovação da locação.

## **SINGULARIDADE DOS JULGAMENTOS E A LUTA CONTRA A LENTIDÃO DA JUSTIÇA**

**228**

*Leticia de Faria Sardas - Desembargadora do TJ/RJ e Prof. da EMERJ*

I. Histórico. II. Inovação no Código de Processo Civil. III. A Doutrina e a Relativização do princípio do colegiado na decisão dos recursos. IV. O papel da Jurisprudência V. A controvertida questão do reexame necessário pelo próprio relator. VI. O controle da decisão singular. VII. Conclusão.

## **PODE EXISTIR DIREITO ALTERNATIVO?**

**238**

*Luiz Machado - Prof. da EMERJ e da UERJ*

Apresentação. Ordem jurídica. Consciência do Juiz. Equidade e direito alternativo. Iníquo, inócuo e igualitário. Conclusões.

## **ELEIÇÃO DIRETA PARA O STF ? !**

**245**

*Ricardo A. Malheiros Fiuza*

O sistema vigente para escolha de membros da Suprema Corte na Grã-Bretanha, Alemanha, Suíça, Itália, Espanha, Portugal Canadá, Estados Unidos e Japão. A nomeação dos Ministros pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal. Os inconvenientes de um e de outro sistema.

## COLABORAM NESTE NÚMERO

- Alexandre Freitas Câmara, 88  
André Cleófas Uchôa Cavalcanti, 179  
Áurea Pimentel Pereira, 104  
Carlos Roberto Barbosa Moreira, 45  
Cristina Tereza Gaulia, 66  
Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 187  
Humberto Dalla Bernardino de Pinho, 141  
Letícia de Faria Sardas, 228  
Luiz Machado, 238  
Luiz Roberto Ayoub, 113  
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, 13  
Ovídio Baptista da Silva, 23  
Reis Friede, 125  
Ricardo A. Malheiros Fiuza, 245  
Rogério de Oliveira Souza, 156  
Sergio Bermudes, 35  
Sergio Cavalieri Filho, 58  
Thiago Ragonha Varela, 165



# ÓPTICA CONSTITUCIONAL - A IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS\*

**MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO**

*Ministro - Presidente do Supremo Tribunal Federal*

As Constituições sempre versaram, com maior ou menor largueza, sobre o tema da isonomia. Na Carta de 1824, apenas se remetia o legislador ordinário à equidade. Na época, convivíamos com a escravatura, e o escravo não era sequer considerado gente. Veio a República e, na Constituição de 1891, previu-se, de forma categórica, que todos seriam iguais perante a lei. Mais do que isso: eliminaram-se privilégios decorrentes do nascimento; desconhecera-se foros de nobreza, extinguíram-se as ordens honoríficas e todas as prerrogativas e regalias a elas inerentes, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho. Permanecemos, todavia, com uma igualdade simplesmente formal. Na Constituição de 1934, Constituição popular, dispôs-se também que todos seriam iguais perante a lei e que não haveria privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas. Essa Carta teve uma tênue virtude, revelando-nos o outro lado da questão. É que a proibição relativa à discriminação mostrou-se ainda simplesmente simbólica. O discurso oficial, à luz da Carta de 1934, foi único e ingênuo, afirmando-se que, no território brasileiro, inexistia a discriminação. Na Constituição outorgada de 1937, simplificou-se, talvez por não se admitir a discriminação, o trato da matéria e proclamou-se, simplesmente, que todos seriam iguais perante a lei. Nota-se até aqui um hiato entre o direito - proclamado com envergadura maior, porquanto fixado na Constituição Federal - e a realidade dos fatos. Sob a égide da Carta de 1937, veio à baila a Consolidação das Leis do Trabalho, mediante a qual se vedou a diferen-

---

(\*) Texto extraído de palestra proferida, em 20 de novembro de 2001, no Seminário “Discriminação e Sistema Legal Brasileiro”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho.

ciação, no tocante ao rendimento do prestador de serviços, com base no sexo, nacionalidade ou idade. Essa vedação, porém, não pareceu suficiente para corrigir desigualdades. Na prática, como ocorre até os dias de hoje, o homem continuou a perceber remuneração superior à da mulher. Vigente a Constituição de 1937, promulgou-se o Código Penal de 1940, que entrou em vigor em 1942. Perdeu-se, à época de tal promulgação, a oportunidade de se tratar de maneira mais eficaz a discriminação. Foi tímido o nosso legislador, porque apenas dispôs sobre os crimes contra a honra e aqueles praticados contra o sentimento religioso. Já na progressista Constituição de 1946, reafirmou-se o princípio da igualdade, rechaçando-se a propaganda de preconceitos de raça ou classe. Introduziu-se, assim, no cenário jurídico, por uma via indireta, a lei do silêncio, inviabilizando-se, de uma forma mais clara, mais incisiva, mais perceptível, a repressão do preconceito. Sob a proteção dessa Carta, deu-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em dezembro de 1948. Proclamou-se em bom som, em bom vernáculo, que “todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”. Admitiu-se, aqui e no âmbito internacional, a verdadeira situação havida no Brasil, em relação ao problema. Percebeu-se a necessidade de se homenagear o princípio da realidade, o dia-a-dia da vida em sociedade. No Brasil, a primeira lei penal sobre a discriminação surgiu em 1951, graças ao trabalho desenvolvido por dois grandes homens públicos: Afonso Arinos e Gilberto Freire. Só então se reconheceu a existência, no País, da discriminação. E é sintomática a justificativa dessa lei, na qual se apontou, como a revelar o racismo, o que vinha acontecendo em carreiras civis, como a da diplomacia, e em carreiras militares, especialmente a Marinha e a Aeronáutica. Ressaltou-se que o exemplo deve vir de cima, que cumpre ao Estado adotar uma postura que sirva de norte, que sinalize ao cidadão comum. E o Judiciário, como atuou diante desse diploma que enquadrava, não como crime, mas como contravenção penal, a discriminação, considerada a raça ou a cor? O Judiciário mostrou-se excessivamente escrupuloso e construiu uma jurisprudência segundo a qual era necessária a prova, pelo ofendido, do especial motivo de agir da parte contrária. Resultado prático: pouquíssimas condenações, sob o ângulo da simples contravenção, ocorreram. Daí a crítica de Afonso Arinos, falando à **Folha de São Paulo**, em 8 de junho de 1980 “... a lei funciona, vamos dizer,

à brasileira, através de uma conotação mais do tipo sociológico do que, a rigor, jurídico...”. Outras leis foram editadas: em 1956, sobre o genocídio; em 1962, o Código Brasileiro de Telecomunicações, sobre a radiodifusão; e, em 1964, o Brasil veio a subscrever a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, que teve a virtude de definir, em si, o que se entende como discriminação: “Toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão”. Na Constituição Federal de 1967, não se inovou; permaneceu-se na vala da igualização simplesmente formal, dispondo-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Previu-se, no entanto, que o preconceito de raça seria punido pela lei e, nesse ponto, talvez, tenha-se dado um passo a mais ao emprestar-se estatura maior - constitucionalizando-se, portanto - à punição do preconceito. As leis ordinárias, no entanto, mostraram-se insuficientes ao fim visado. Na época, a visão distorcida que predominava, a escancarar nefasto e condenável preconceito, era de que “pretos e pardos” têm propensão para o crime. Sentenciava-se sem investigar as causas da delinqüência. Em 1967, com a Lei da Imprensa, proibiu-se a difusão de preconceitos de raça ou classe e introduziu-se a capitulação do preconceito, da discriminação, como um crime, não mais simples contravenção penal. A Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, em 26 de março de 1968, dispôs: “Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais” - e adentramos aqui o campo das ações afirmativas, da efetividade maior da não-discriminação - “tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades” - no sentido amplo - “fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência” - e, hoje, ainda estamos muito longe disso -, “à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.” O artigo quarto dessa convenção versa sobre medidas especiais, de caráter temporário, destinadas a acelerar a igualdade entre o homem e a mulher, mulher que hoje forma o grande número, a maioria de nossa população. Na Constituição de 1969 - a Emenda nº 1, de 1969, verdadeira Constituição

-, repetiu-se o texto da Carta imediatamente anterior, proclamando-se, de forma pedagógica - e esse trecho encerra a principiologia -, que não seria tolerada a discriminação.

Esse foi o quadro notado pelos constituintes de 1988, a evidenciar, como já afirmado, uma igualização simplesmente formal, uma igualdade que fugia aos parâmetros necessários à correção de rumos. Na Constituição de 1988 - dita, por Ulysses Guimarães, como cidadã, mas que até hoje assim não se mostra não por deficiência do respectivo conteúdo, mas pela ausência de vontade política de implementá-la -, adotou-se, pela primeira vez, um preâmbulo - o que é sintomático -, sinalizando uma nova direção, uma mudança de postura, no que revela que “nós,” - todos nós e não apenas os constituintes, já que eles agiram em nosso nome - “representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. E, aí, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens. Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual. Nesse preceito são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir - preste-se atenção a esse verbo - uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional - novamente temos aqui o verbo a conduzir, não a uma atitude simplesmente estática, mas a uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma

igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos "construir", "garantir", "erradicar" e "promover" implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar "ação". Não basta não discriminar. É preciso viabilizar - e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo - as mesmas oportunidades. Há de se ter como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. Qual é o fim almejado por esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, que é uma das formas de discriminação, visando-se, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro? No âmbito das relações internacionais, a Constituição de 1988 estabelece que devem prevalecer as normas concernentes aos direitos humanos. Mais do que isso, no artigo 4º, inciso VII, repudia-se o terrorismo, colocando-se no mesmo patamar o racismo, que é uma forma de terrorismo. Dispõe ainda o artigo 4º sobre a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Encontramos aqui princípios, mais do que princípios, autorizações para uma ação positiva. E sabemos que os princípios têm tríplice função: a informativa, junto ao legislador ordinário, a normativa, para a sociedade como um todo, e a interpretativa, considerados os operadores do Direito. No campo dos direitos e garantias fundamentais, deu-se ênfase maior à igualização ao prever-se, na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Seguem-se setenta e sete incisos, cabendo destacar o XLI, segundo o qual "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"; o inciso XLII, a prever que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". Veja-se que nem a passagem do tempo, nem o valor "segurança jurídica", estabilidade nas relações jurídicas, suplantam a ênfase dada pelo nosso legislador constituinte de 1988 a esse crime odioso, que é o crime racial. Mais ainda: de acordo com o § 1º do artigo 5º, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Sabemos que os trabalhos da Assembléia Constituinte - e isso é proclamado por aqueles que os acompanharam - foram desenvolvidos sem maioria constante, e esse aspecto afigurou-se salutar. Daí a existência de certos dispositivos na Carta de 1988 a projetarem no tempo o exercício de direito

constitucionalmente assegurado, preceitos esses que ressalvam a necessidade de regulação dos temas a serem tratados, portanto, pelos legisladores ordinários. Entretanto, em relação aos direitos e às garantias individuais, a Carta de 1988 tornou-se, desde que promulgada, auto-aplicável, cabendo aos responsáveis pela supremacia do Diploma Máximo do País buscar meios para torná-lo efetivo. Consoante o § 2º desse mesmo artigo 5º, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e, aqui, passou-se a contar com os denominados direitos e garantias implícitos ou insertos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A Lei nº 7.716, de 1989, de autoria do deputado Carlos Alberto Caó, veio capitular determinados procedimentos, à margem da Carta Federal, como crime. Deveriam ter sido previstas, além da pena de prisão, também penas de multa em valores elevados. É o caso de perguntarmos: o que falta, então, para afastarmos do cenário as discriminações, as exclusões hoje notadas? Urge uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade. Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário. Como já ressaltou o presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ministro Almir Pazzianotto, cuida-se aqui de dívidas históricas para com as impropriamente chamadas minorias. Esse resgate, vale reafirmar, é um ônus da sociedade como um grande todo. Consideremos, agora, o princípio da realidade: é necessário pôr em prática o que está no papel. No Direito do Trabalho, o princípio da realidade é acionado no dia-a-dia, sobrepondo-se, em face da relação jurídica, ao que consignado no ajuste que aproximou tomador e prestador de serviços. A revista **IstoÉ**, de 10 de outubro último, publicou estatística do IBGE segundo a qual a população brasileira é formada por 24% de analfabetos, sendo que, destes, 80% são negros. O DIEESE, em relação a São Paulo, apontou que, na área do desemprego, 22% são negros, enquanto que 16% são brancos. O salário médio em São Paulo, para mulher negra, é de R\$ 399,00; mulher branca, R\$ 750,00; homem negro, R\$ 601,00; homem branco, R\$ 1.100,00. Na publicação **Mulheres Negras - Um Retrato da Discriminação Racial no Brasil**, colhem-se outros dados: formandos em universidades, de acordo com o Ministério da Educação: 80% brancos e 2% negros. População - como ali registrado - “pretos e pardos”: 45%; 60% das famílias chefiadas por

mulheres negras têm renda inferior a um salário mínimo; expectativa de vida: negros, 64 anos; brancos, 70 anos; domicílios sem esgoto sanitário: 50% são chefiados por negros, enquanto 26%, por brancos; mortalidade de menores de cinco anos: 76 em mil, em relação aos afrodescendentes; 45 em mil, em relação aos brancos; violência na cidade do Rio de Janeiro, cometida pela polícia, de 1993 a 1996: 29% das vítimas são negras, em relação a um grupo racial de 8%, 40% de pessoas de “cor parda” em um grupo racial de 31%, 29% de brancos em um grupo racial de 60%. A prática comprova que, diante de currículos idênticos, prefere-se a arregimentação do branco e que, sendo discutida uma relação locatícia, dá-se preferência - em que pese à igualdade de situações, a não ser pela cor - aos brancos. Revelam-nos também, no cotidiano, as visitas aos *shopping centers* que, nas lojas de produtos sofisticados, raros são os negros que se colocam como vendedores, o que se dirá como gerentes. Em restaurantes, serviços que impliquem contato direto com o cliente geralmente não são feitos por negros. Mais ainda, existem locais em que há a presença maior de negros, a atuarem, no entanto, como manobrista, leão-de-chácara etc. Há exceções no Brasil. Já contamos, felizmente, com algumas grandes empresas que procuram equilibrar essa equação; uma delas começou com essa política em 1970, mas mesmo assim, até aqui, só conseguiu compor o quadro funcional com 10% de negros. Iniciativas semelhantes servem para escancarar o problema, para abrir nossos olhos a esse impiedoso tratamento que resulta, passo a passo, numa discriminação inaceitável.

É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge contar-se com programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar-se meninos e meninas da rua, dando-se-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor; pode estimular, mediante tal liberação, as contratações. E o Poder Público deve, desde já, independentemente da vinda de qualquer diploma legal, dar à prestação de serviços por terceiros uma outra conotação, estabelecendo, em editais, quotas que visem a contemplar os que, até hoje, têm sido discriminados. O setor público tem a sua disposição, ainda, as funções comissionadas que, a serem preenchidas por integrantes do quadro, podem e devem ser ocupadas também consideradas as ditas minorias nele existentes. O exemplo vivo

tivemos há pouco no Ministério do Desenvolvimento Agrário, por iniciativa do ministro Raul Jungmann. Não se há de cogitar que esse procedimento conflita com a Constituição Federal, porque, em última análise, objetiva a efetividade da própria Carta. As normas proibitivas não são suficientes para afastar do nosso cenário a discriminação. Precisamos contar - e fica aqui o apelo ao Congresso Nacional - com normas integrativas. No momento, tramita no Senado Federal o Projeto PLS nº 650, de iniciativa do senador José Sarney, que almeja instituir quotas de ação afirmativa para a população negra no acesso aos cargos e empregos públicos, à educação superior e aos contratos do fundo de financiamento ao estudante do ensino superior, quota essa que, diante do total dessas minorias - e apenas são minorias no tocante às oportunidades -, mostra-se singela: 20%. Essa legislação deve vir com um peso maior. Sabemos que um preceito pode ser dispositivo ou imperativo. O Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, lida com preceitos imperativos, porque se percebeu a necessidade de o Estado intervir para corrigir desigualdades, e de nada adiantaria tal intervenção se às normas de proteção ao hipossuficiente, ao trabalhador, se emprestasse a eficácia dispositiva, na hipótese de lacuna, de ausência de manifestação da vontade. Em um mercado desequilibrado como o brasileiro, no qual, por ano, precisamos de cerca de um milhão e seiscentos mil empregos para receber a força jovem que chega ao mercado de trabalho, é inimaginável que se cogite de flexibilização do Direito do Trabalho. Aliás, os constituintes de 1988 levaram em conta essa realidade, no que, potencializando o direito coletivo, só permitiram tal flexibilização no tocante a três temas, como se revelassem, de forma categórica, inafastável, a impossibilidade de se incluir outras exceções no cenário trabalhista. Estes temas referem-se à possível modificação de parâmetros via contrato coletivo, acordo coletivo ou convenção coletiva, quanto a salários, jornada de trabalho, carga horária semanal e regime de turno de revezamento. Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucional. Vem-nos de um grande pensador do Direito, Celso Antônio Bandeira de Mello, o seguinte trecho: “De revés, sempre que a correlação lógica entre o fator de discrimen e o correspondente tratamento encartar-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma exibir-se-á como esplendorosamente ajustada ao preceito isonômico (...). O que se visa com o preceito isonômico é impedir favoritismos ou perseguições. É obstar agravos injustificados,

vale dizer que incidam apenas sobre uma classe de pessoas em despeito de inexistir uma racionalidade apta a fundamentar uma diferenciação entre elas que seja compatível com os valores sociais aceitos no Texto Constitucional”. Entendimento divergente resulta na colocação em plano secundário dos ditames maiores da Carta da República, que contém algo que, longe de ser um óbice, mostra-se como estímulo ao legislador comum. A Carta agasalha amostragem de ação afirmativa, por exemplo, no artigo 7º, inciso XX, ao cogitar da proteção de mercado quanto à mulher e ao direcionar à introdução de incentivos; no artigo 37, inciso III, ao versar sobre a reserva de vaga - e, portanto, a existência de quotas - nos concursos públicos, para os deficientes; no artigo 170, ao dispor sobre as empresas de pequeno porte, prevendo que devem ter tratamento preferencial; no artigo 227, ao emprestar também um tratamento preferencial à criança e ao adolescente. Veja-se a experiência brasileira no campo da legislação ordinária. A Lei nº 8.112/90 - porque, de certa forma, isso foi previsto na Constituição Federal - fixa a reserva de 20% das vagas, nos concursos públicos, para os deficientes físicos. A lei eleitoral, de nº 9.504/97, dispõe sobre a participação da mulher, não como simples eleitora, o que foi conquistado na década de 30, mas como candidata. Estabelece também, em relação aos candidatos, o mínimo de 30% e o máximo de 70% de cada sexo. A proteção aqui concorre também em benefício dos homens. Talvez tenha o legislador receado uma interpretação apressada, levando em conta um suposto conflito com a Constituição Federal, ao prever, como ocorreu anteriormente, uma quota específica para as mulheres. Por outro lado, a Lei nº 8.666/93 viabiliza a contratação, sem licitação - meio que impede o apadrinhamento -, de associações, sem fins lucrativos, de portadores de deficiência física, considerado, logicamente, o preço de mercado. No sistema de quotas a ser adotado, deverá ser considerada a proporcionalidade, a razoabilidade, e, para isso, dispomos de estatísticas. Tal sistema há de ser utilizado para a correção de desigualdades. Portanto, deve ser afastado tão logo eliminadas essas diferenças.

O que pode o Judiciário fazer neste campo? Pode contribuir, e muito, tal como a Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial. Até então, tinha-se apenas a atuação do legislador. Percebeu aquela Suprema Corte que precisava, realmente, sinalizar para a população, de modo a que prevalecessem, na vida gregária, os valores básicos da Constituição norte-americana. Toda e qualquer interpretação de preceito normativo revela um ato de vontade. E aí vale repetir: os homens não são

feitos para as leis, mas as leis, para os homens. Qual deve ser a postura do Estado-juiz diante de um conflito de interesses? Há de ser única: não deve potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa dogmática, enquadrar o caso concreto. Em face de um conflito de interesses, deve o juiz idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá, sempre, ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria. Só teremos a supremacia da Carta quando, à luz dessa mesma Carta, implementarmos a igualdade. A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, e, neste caso, cabe citar uma pensadora do Direito, a nossa Carmem Lúcia Antunes Rocha: “A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados”. É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para arrependimento, para acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. ◆

# MANDAMENTALIDADE E AUTO-EXECUTORIEDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS\*

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA

Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS-RS

O tema da *mandamentalidade* e a auto-executoriedade das decisões judiciais exige algumas considerações prévias e o lançamento de premissas, de modo que possamos chegar a um resultado satisfatório.

Diria que este é um problema que tem sido constante na minha formação cultural. Sempre fui uma pessoa dedicada ao Processo, mas muito ligado ao pensamento de Pontes de Miranda, de modo que o problema da classificação de ações e sentenças foi, e de certo modo ainda é, objeto permanente de minhas cogitações.

Entretanto, para que se tenha idéia das implicações doutrinárias que o tema relativo à classificação das ações envolve, diria que em três oportunidades tentei escrever sobre o assunto. Inicialmente, preparei o que seria um “manual das ações executivas”, para tratar das ações que Pontes indicava como sendo executivas *lato sensu*. Este projeto jamais se concretizou, acabando por transformar-se, o que seria o primeiro capítulo da obra, num livro publicado sob o título de **Ação de imissão de posse no direito brasileiro**. Posteriormente, numa segunda tentativa, acabei escrevendo um breve ensaio intitulado “Reivindicação e sentença condenatória” publicado, juntamente com outros ensaios, na obra **Sentença e coisa julgada**.

Finalmente, na terceira tentativa de abordar o tema das ações executivas *lato sensu*, iniciei a pesquisa enfrentando uma preocupação que sempre me intrigara, qual seja a coesão monolítica da doutrina processual a sustentar que somente haveria três espécies de ações; enquanto, isolado no extremo oposto, mantinha-se Pontes de Miranda, afirmando existir, não três, mas cinco ações, sem que ninguém buscasse demonstrar a superioridade de seu ponto de vista, indicando as razões do equívoco da doutrina combatida.

---

\* Exposição no Simpósio de Processo Civil, realizado na EMERJ em 28/09/01.

Assumi portanto o encargo de investigar as razões para a ausência de controvérsia em questão que me parecia relevante. Esta terceira tentativa resultou em outra obra publicada em 1996 sob o título de **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. O novo desvio do projeto originário obrigou-me a aprofundar a pesquisa de Direito Romano e da História do Direito, para investigar os pressupostos políticos, filosóficos e até religiosos que determinaram e de certo modo congelaram as linhas fundamentais de nosso sistema processual.

A primeira constatação que fiz foi a de que os grupos em conflitos tratavam de coisas diferentes: o conceito de ação a que eles se referiam não era o mesmo. Enquanto os processualistas, fiéis à idéia da autonomia do Direito Processual, pensavam estar classificando *ações processuais*, Pontes de Miranda, declaradamente, estava empenhado em classificar as *ações de direito material*.

É claro que isso, por si só, tornava o problema insuperável, uma vez que a doutrina havia suprimido o conceito de *ação de direito material*.

Principalmente por influência do direito italiano, nossa doutrina não trabalha com os conceitos de *pretensão de direito material* e de *ação de direito material*. Daí a razão pela qual os processualistas, quando tratam de classificar ações e sentenças, pretendem estar a operar com categorias exclusivamente de direito processual.

Esse equívoco enorme tinha, no entanto, certa justificativa. A doutrina partia do princípio de que a ação declaratória, por exemplo, produz algo que o direito material não contém e nem poderá jamais produzir, que é a certeza resultante pela coisa julgada. Como conseqüência, imagina-se que a ação declaratória seja um categoria exclusivamente processual e que, no plano do direito material, não haja uma *pretensão à declaração*. Esta idéia equivocada sustentava-se no falso argumento de que esta ação somente poderia realizar-se através do processo. O erro está na distinção, que a doutrina não faz, entre *não existir* e - mesmo existindo no plano do direito material - *não poder realizar-se* senão através do processo. Ninguém negará a possibilidade de alguém ter direito e pretensão - enquanto poder de exigir a satisfação de tal direito - à anulação de seu casamento, embora tal pretensão não possa realizar-se fora do processo. Ter direito e conseqüentemente poder realizá-lo são coisas diversas. Estar obrigado a veiculá-los por meio do direito processual já é um indicativo de que, antes do processo, algo existirá a demandar a tutela processual.

A distinção entre “ter” e “realizar o que se tem” é que faltou à doutrina, para legitimar a categoria da ação declaratória como instituto de direito material. Este foi o motivo que induziu os processualistas a supor que ação declaratória fosse uma criação do direito processual. A mesma coisa ocorreu com o resultado da ação constitutiva, uma vez que não se pode igualmente realizar, no plano do direito material, a nulidade ou mesmo a anulação de um negócio jurídico qualquer, com a eficácia que se pode obter com a sentença correspondente. Pode-se ajustar, fora do processo, que o contrato deixou de valer. Mas a constitutividade como resultado definitivo e indiscutível enquanto consequência de uma sentença desta natureza é resultado inerente e exclusivo da atividade estatal produzida pela sentença.

Enfim, a constitutividade típica tem muito de processualidade e a condenação com mais razão ainda, é uma consequência evidentemente processual.

Desta perspectiva, é possível vislumbrar a enormidade do equívoco, porque a doutrina dizia estar classificando “ações processuais”, ao mesmo tempo em que jurava ser a “ação” processual abstrata, portanto inclassificável. Não se pode classificar algo que é abstrato, portanto destituído de *conteúdo*. É impossível classificar uma ação processual se ela é, como afirma a doutrina, abstrata. Seria como pretender classificar vinte folhas de papel em branco. Na verdade, através de um coceito equivocado de direito subjetivo (que não vem ao caso discutir), a doutrina classificava *pretensões de direito material*, ao buscar uma classificação para a ação no plano processual. No fundo, estava-se a classificar “ações procedentes”, declaratórias, constitutivas e condenatórias, portanto ações que *realizam a pretensão substancial*, por conseguinte pretensões de direito material.

Estabelecida esta premissa, tive como proposição vencedora a de Pontes de Miranda, admitindo que seriam na verdade cinco as classes de sentenças. Acabo de publicar, através da Editora Forense, uma coleção de ensaios, dentre os quais um em que discuto a validade destas cinco espécies, porque entendo que Pontes, ao admitir a autonomia da ação condenatória, não foi coerente com suas premissas, mas a exposição desta questão foge do assunto que pretendo examinar.

Se admitirmos que ambos os grupos em conflito, na verdade, tratavam de classificar ações de direito material, então minha tarefa seguinte seria investigar as razões pelas quais a doutrina recusava-se a admitir a classe das *mandamentais e executivas lato sensu*. Esta foi a questão que me obrigou a

examinar a evolução do conceito de jurisdição, a partir das fontes romanas, investigando os componentes políticos, filosóficos e religiosos que acabaram formando nosso direito contemporâneo, cuja exposição, porém, seria impossível, pela limitação de tempo de que disponho.

Mesmo assim, tentarei resumir os componentes ideológicos que sustentam nosso sistema. Diria que nossa herança como sistema provém do direito romano-cristão, formado no direito romano oriental, ou seja, de um direito romano iluminado pelos princípios do cristianismo.

Este direito romano tardio já havia suprimido a tutela interdital, existente no direito romano clássico, absorvido pelo procedimento da *actio*. Como se sabe, a *actio* era instrumentalizada pelo chamado *ordo iudiciorum privatorum*, ordem dos juízos privados romanos, que cuidava exclusivamente dos litígios derivados de uma *obligatio*. Somente uma obrigação (*obligatio*) era capaz de produzir uma ação (*actio*) que, por sua vez, produzia uma *condemnatio*. A estrutura essencial de nosso sistema processual ficou, portanto, reduzida ao Direito das Obrigações, segundo o princípio de que todo o direito material, quando submetido a uma relação processual, transforma-se em obrigacional. Então: *obligatio - actio - condemnatio - actio iudicati*, que traduzidos modernamente como “execução entre credor e devedor” que, em nosso Código, são os sujeitos da relação processual executiva.

Uma coisa curiosa que tive oportunidade de mostrar no livro a que antes me referi, é o grau de adulteração, produzida pelos glosadores, dos textos romanos, através de uma ampliação desmesurada do conceito de obrigação. Como o conceito de condenação estava preso ao conceito de obrigação, na proporção em que se ampliasse esta última categoria jurídica, também o conceito de condenação sofreria igual ampliação. Foi assim que se universalizou o conceito de condenação. Se a todo o direito, como se passou a sustentar no direito medieval, corresponde uma obrigação (não mais um *dever*), então as sentenças de procedência, ao reconhecerem o direito, haveriam de produzir condenação. Enfim, elevando-se a obrigação à potência *n*, teríamos automaticamente elevado à mesma potência a condenação. Daí a gravíssima redução da tutela executiva apenas à execução obrigacional.

Chiovenda, resumindo o resultado de uma evolução secular, foi ao extremo de dizer que toda relação de direito material quando cai no processo torna-se obrigacional. Com efeito, o resultado desta proposição é a redução dos sujeitos da relação processual apenas aos credores e devedores. Costumo

dizer que nosso sistema processual não conhece a figura do esbulhador, daquele que nos expulsa com violência das coisas que nos pertencem. Mesmo que perante a autoridade policial e o processo criminal que se seguir, eles sejam tratados como tais, perante o processo civil, eles se transformam, como por encanto, em devedores.

É claro, como antes indicamos, que vários elementos políticos, filosóficos e religiosos contribuíram para a formação dessa ideologia, fazendo com que nosso processo conservasse o cunho privatístico do procedimento privado da *actio* romana, pois não se pode esquecer que as relações de direito público, os valores mais eminentes da civilização romana, eram tuteladas pelos *interditos*, então eliminados do direito romano que recebemos das fontes medievais, porém, conservados pelo direito inglês, através das *injunções*.

Nossa herança processual, além disso, encontra-se marcada pela ideologia da Revolução Européia, que é o direito formado pelas filosofias liberais do século XVII, em sua luta contra o absolutismo monárquico. Enquanto a Europa continental buscava eliminar o poder absoluto dos reis, a Inglaterra contava então com mais de quatrocentos anos de prática parlamentar, o que lhe permitiu preservar importantes institutos do direito medieval, destruídos pela revolução européia. Somente agora procuramos aproximar-nos da *common law*, para resgatar as sentenças mandamentais, que de resto, existiam no Direito das Ordenações Portuguesas.

Temos então que a obrigação (*obligatio*) gerava uma ação (*actio*) - não um interdito - que por sua vez gerava uma condenação (*condemnatio*). Mas o juiz privado (na verdade um árbitro sem poder de império), praticamente se limitava a absolver ou condenar, sem emitir qualquer ordem contra o sucumbente. Tanto não havia ordem que se o condenado não quisesse cumprir a condenação, como hoje também ocorre, em nosso Código de Processo Civil, ele estaria sujeito a um segundo processo, que em direito romano sequer era executivo, mas declaratório, cuja única consequência era a agravação da condenação. O sucumbente era condenado no duplo e assim sucessivamente. Mas as funções mais eminentes do sistema romano eram exercidas pelo pretor, através dos interditos. A tutela interdital de que ainda dispomos poderíamos dizer que é proporcionalmente “raqútica”, em comparação com a avassaladora proporção numérica da condenação.

Em nosso direito, os exemplos de tutela de origem interdital contam-se nos dedos. São os interditos possessórios que, na verdade, suas demandas mistas, parte interdital e parte procedimento ordinário, concebido como

*actiones*; temos o mandado de segurança, o *habeas corpus*, e a própria ação cautelar, que tem natureza interdital, embora a tutela interdital, como nós a conhecemos hoje, seja criação do direito medieval. Ao contrário do direito moderno, o direito romano contava com mais de setenta espécies de interditos. Esta é uma característica importante, porque também a *common law*, como o direito romano, ao lado dos procedimentos longos, conta com tutelas abreviadas em que o conflito é resolvido com base em juízos de verossimilhança.

Esta questão, decorrente da tutela urgente vem sendo enfrentada na França com resultados significativos, através da jurisdição de urgência (*juridiction des référés*) cuja dimensão tornou-se surpreendente, em virtude de sua informalidade e sumariedade da cognição judicial, sem que o princípio do contraditório seja ofendido, porque as questões cujo exame seja vedado nessa jurisdição especial são relegadas para tratamento em demanda plenária posterior. Opera-se apenas a *inversão do contraditório*.

Mas o que é realmente significativo é constatar que os valores supremos da civilização romana - como a tutela dos templos, dos lugares sagrados, das vias públicas, das relações de vizinhança, da liberdade pessoal, para citar apenas alguns - eram tutelados pelos interditos.

Há outra circunstância a ponderar. O direito moderno, como sabemos, é entendido como uma categoria *normativa*. A doutrina moderna eliminou a idéia de um direito natural. Basta-nos considerar que o direito é aquilo que o soberano - seja o monarca ou o povo nos regimes democráticos - diz que é direito. Segundo Hobbes, a lei é a expressão da vontade do soberano, portanto nem mesmo seria produto da racionalidade. Este pressuposto *voluntarista*, que identifica o direito com a vontade do legislador, dentre as muitas conseqüências graves produzidas na concepção dos sistemas modernos, provocou um resultado trágico na epistemologia jurídica. Se o direito é a expressão da vontade do legislador, então a primeira conseqüência será, como realmente acabou sendo, a eliminação do estudo da História do Direito e das instituições jurídicas. Assim como as equações algébricas não têm história, supuseram os filósofos do racionalismo que o direito também não haveria de ter história. Enfim, “matematizou-se” o Direito. É possível afirmar, como muitos historiadores modernos do direito costumam fazer, que somos descendentes do Direito Romano, porém para esse cronista os dois mil anos que nos separam das fontes romanas teriam milagrosamente desaparecidos. Imagina-se, como disse Henry Merryman, que o Direito

Romano a que estamos ligados, teria acontecido na véspera.

Então, se a lei é produto da vontade do legislador, de nada vale estudar história das instituições jurídicas, porque o direito mudaria segundo mudasse a vontade do soberano. Além disso, esse pressuposto de que o direito é a lei, dá suporte ao *normativismo*. Assim, para o jurista moderno e especialmente para o processualista, direito é o que está na norma. Esta premissa, por sua vez, sustenta a idéia de que a missão do juiz é apenas revelar o que seja essa vontade do legislador. Daí a redução da função jurisdicional apenas à declaração. Separa-se o *dictum* do *factum*. Dizer o direito é exercer jurisdição. Realizar executivamente o direito já é tarefa a ser cumprida no domínio dos *atos*, que ultrapassa, segundo essa concepção, o espaço jurídico.

Em última análise, conforme a conhecida proposição de Kant e da filosofia do idealismo alemão, a realidade separa-se em dois mundos: o mundo do “ser” e o do “dever ser”. O Direito, como uma equação algébrica, está no “mundo jurídico”, que é um mundo fantástico, ao passo que o “fazer” realiza-se aqui em nosso mundo.

Como estamos também contingenciados pela doutrina da separação de poderes, que nossa cultura impõe-nos com extremo rigor, temos de considerar que a lei já vem pronta do Poder Legislativo e, conseqüentemente, o juiz não pode criar “direito”. O juiz passa a ser um simples revelador da vontade da lei. Chiovenda dizia justamente isso, que eu faço questão de destacar, para assinalar o compromisso desse grande mestre do pensamento moderno, com a ideologia dos enciclopedistas franceses, ao advertir que o juiz não teria vontade, sendo apenas “declaratório” o ato jurisdicional. Escreve Chiovenda: O juiz não tem vontade, o ato jurisdicional é puramente declaratório, a sua função é descobrir a “vontade da lei”.

O sistema suprime, portanto, a criação jurisprudencial do direito. Certamente, na prática forense as coisas acontecem de outro modo, pois é uma verdade que hoje se tornou evidente que a lei tem de ser hermeneuticamente interpretada, o que pressupõe que o ato de aplicação da norma envolva uma parcela significativa de ato volitivo. Entretanto, tudo o que se faz no foro, faz-se às escondidas, sob forma de “contrabando”, procurando dissimuladamente furtar-se à vigilância do sistema, o que pressupõe que continuemos a pensar - e mais do que pensar, a ensinar - segundo os pressupostos e determinações do sistema.

Minhas observações e a experiência de cinqüenta anos no estudo do Direito induzem-me, cada vez mais, a levar em conta nossa férrea submis-

são ao que Thomas Kuhn - um notável filósofo da ciência contemporânea - indicou como sendo um *paradigma* científico, aquela verdade aceita pela comunidade de um determinado ramo do conhecimento humano que, sendo admitida como verdade indiscutível, deixa de ser problematizada para tornar-se um critério de “pré-compreensão” de nosso conhecimento científico. É o *paradigma* que condiciona nossa compreensão do Direito.

O princípio que nos ilumina, como o fundamento primeiro do sistema, é o *paradigma* racionalista. Para nós o processo é o veículo concebido pelo Direito para que o juiz possa investigar os fatos e descobrir a verdade. A descoberta da verdade é o grande sonho que acalenta nossas esperanças e sustenta nossas instituições, particularmente a interminável cadeia de recursos. O racionalismo, a idéia de que função do juiz seja a descoberta da verdade, por sua vez, fortalece a separação entre o *dizer* e o *fazer*, a separação entre as funções intelectuais do *dicere* e as atividades práticas do *facere*.

Dentre as incontáveis ocorrências que me têm permitido testemunhar nossa prisão a esse *paradigma*, uma foi marcante, tanto pela transparência de sua exposição quanto pela autoridade do jurista que a empregou. Com efeito, constatei com surpresa que o Prof. Alfredo Buzaid, escrevendo sobre mandado de segurança, sustentava com inabalável convicção que essa ação era, “como qualquer outra”, uma demanda que começava com a petição inicial e encerrava-se com a sentença que, como todas as sentenças seriam, seguindo ele, ou declaratórias ou constitutivas ou finalmente condenatórias. Vê-se neste simples exemplo, que a investigação atenta poderá facilmente multiplicar ao infinito, o peso brutal do *paradigma*. Não é que Buzaid ignore ou repudie a existência de sentença que não sejam nem declaratórias, nem constitutivas e nem condenatórias. Ele escreveu uma obra importante em que sustenta que a ação de despejo é executiva. Como então conciliar seu pensamento, harmonizando essas duas conclusões aparentemente contraditórias?

A explicação é simples. Tanto o efeito executivo quanto o *mandamental* ocorrem no domínio dos *fatos*, como uma conseqüência - Buzaid dissera como um *posterius* -, como um simples produto da aplicação do Direito. O conteúdo do ato jurisdicional, como afirmara Calamandrei num célebre ensaio, seria exclusivamente declaratório. Anos depois, Liebman acrescentou ao conteúdo da sentença o efeito constitutivo. Quem atentar para a posição de Liebman, em seu ensaio sobre o conceito de ação, verá que seu empenho era combater o ponto de vista de Calamandrei, com o objetivo de enriquecer, com o efeito constitutivo o conteúdo do ato jurisdic-

cional, de modo a consagrar a conhecida “trilogia das ações”, pois como se sabe a condenação - disse-o o próprio Liebman - nada mais é do que mera declaração. Estão, portanto, separados os dois mundos, o do *direito* e o dos *fatos*. O Direito opera no mundo normativo, e apenas como norma expressa-se na experiência prática. Tudo o que a sentença possa produzir fora do campo normativo, é puro fato. Será consequência do ato jurisdicional, mas já não é mais jurisdição.

Há outro exemplo extraído de nossa experiência cotidiana. Veja-se o que acontece com as chamadas “antecipações de tutela” introduzidas em nosso sistema. Tenho procurado sustentar que essas antecipações, antes de corresponderem a simples decisões interlocutórias, são na verdade sentença de mérito. Essa asserção, para as pessoas de minha geração não é surpreendente, visto que a doutrina luso-brasileira conviveu por vários séculos com a categoria das *sentenças liminares*. Entretanto, a partir de nosso atual Código de Processo Civil, ficou estabelecida a *ordinariedade* por “decreto”. Sentença é o ato que encerra o processo, pois para o sistema, o juiz não pode julgar com base em *verossimilhança*. Proferir um provimento liminar, é nada julgar. Juízos provisórios não são juízos. Decisões provisórias nada decidem. Julgar é uma operação que o sistema somente autoriza depois de o juiz ter descoberto a “vontade da lei”.

Desta perspectiva, torna-se fácil explicar a resistência da doutrina em admitir uma classe de ações mandamentais ou mesmo executiva. Estes efeitos dar-se-iam no “mundo dos fatos”, portanto fora do “mundo jurídico”.

O Código de 1973 suprimiu a categoria das “sentenças liminares”, colocando-nos na mais pura e radical *ordinariedade*. Sentença, para ele, é o ato com o qual o juiz encerra a relação processual. Tudo o que vier antes não será, por definição, uma sentença. O juiz fica impedido de sentir (*sententia*) a causa, porque deve manter-se neutro e passivo até o momento final do procedimento quando, imagina-se, ele teria descoberto a “vontade da lei”, para então declará-la. Este é o juiz que herdamos da Revolução Francesa.

Como o instituto das antecipações de tutela consegue introduzir-se no *paradigma*, sabido que esses remédios são essencial e geneticamente de índole interdital? É simples. O sistema concede que se lhe introduza essa espécie de função interdital, porém com a condição extraordinária e aberrante dos princípios de que a efetivação dessas tutelas se faça através do processo executivo obrigacional do Livro II do Código, o que simplesmente significa dar com uma mão e retirar com a outra, para que o *paradigma* se

mantenha incólume.

Meu desejo era mostrar com este parêntese a real significação dos *paradigmas*. Sua potencialidade para bitolar a compreensão dos fenômenos jurídicos. Explica-se, assim, a extrema dificuldade com que a doutrina trabalha, se é que consegue trabalhar, com ações e sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*.

Tanto as ações mandamentais, como o mandado de segurança, quanto as executivas, como a de despejo, por conterem em seu conteúdo, essas eficácias, são as únicas classes que comportam as antecipações de tutela. É possível, porque essas eficácias integram o conteúdo da sentença final, antecipá-las sob a forma de uma sentença liminar, coisa que nenhuma das três sentenças que formam o Processo de Conhecimento poderão comportar. Enquanto o efeito declaratório e o constitutivo não toleram antecipações, sob a forma de provimentos provisórios, a antecipação do efeito condenatório, embora admissível sob a forma de execução provisória, terá de realizar-se numa segunda relação processual executória, nunca na mesma relação de conhecimento, em virtude do dogma da autonomia do processo de execução.

Mas ainda há outro obstáculo a limitar a utilização das sentenças mandamentais. É o princípio geral do sistema de que toda a execução deverá ser exclusivamente *real*, ou seja, deverá sempre ter por objeto os bens do “devedor”, sem produzir ordens que possam interferir com sua liberdade pessoal, ao contrário do sistema da *common law*. Carnelutti advertia que este era o maior defeito dos sistemas modernos, descendentes do direito romano-canônico.

Se examinarmos o direito medieval, veremos, por exemplo, que o conceito de revelia - dito nas fontes hispânicas *rebeldia* - tanto dizia respeito à conduta do demandado que não se apresentava ao processo para defender-se, quanto ao condenado que não cumpria a sentença. E a consequência para o não cumprimento da sentença era a prisão do *rebelde* e até mesmo a excomunhão ou a expulsão do convívio social. Considere-se o que poderia representar para o homem da Idade Média européia uma pena de excomunhão. Hoje, como dizia Liebman, a condenação não passa de uma “exortação” que o juiz faz ao condenado para que ele, *querendo*, espontaneamente cumpra a sentença.

Intriga-me sobremodo esse ardor com que o sistema exalta a inviolabilidade pessoal e esse respeito exaltado pela liberdade humana, quando a Inglaterra, por exemplo, considerada por todos o berço das liberdades

civis, não vacila em colocar na prisão aqueles que não cumprem as ordens judiciais. Sou levado a supor que nós os brasileiros, tenhamos excedido todos os limites na preservação das liberdades democráticas e no respeito à dignidade da pessoa humana, deixando para traz os demais povos. Se isto não fosse uma simples e trágica ironia, poderíamos imaginar-nos capazes de dar lições de democracia e respeito de direitos individuais aos ingleses...!

A grande questão está em que a tutela mandamental só se torna realmente efetiva quando seja acompanhada de sanções dispostas contra a pessoa e não contra os bens do sucumbente, assim como o direito anglo-americano concebe as sanções impostas a quem resista ao cumprimento de uma injunção. O chamado *Contempt of Court* (desobediência à Corte) - com que o antigo direito luso-brasileiro contava - é sanção pessoal contra o litigante insubmisso à ordem judicial. Na verdade, a palavra inglesa “contempt” deriva do verbo latino *contenere*, desobedecer, que as Ordenações Filipinas puniam, como hoje pune o direito inglês, com a prisão, sanção processual que perdemos em virtude da influência francesa.

Para concebermos as sentenças executivas e mandamentais, será necessário “enriquecer” o conteúdo do ato jurisdicional, com a inclusão destas funções, admitindo que a “ordem”, ao contrário do que Liebman propunha, é uma das funções a ser exercida pelos juízes, de modo que o ato jurisdicional poderá ter, além de declaração, também *ordem*, como um de seus efeitos internos.

Se estivermos falando de “ações”, a coisa mais natural é que falemos de *verbos* que é a categoria gramatical através da qual expressamos nossas ações, nossas atividades. O direito realiza-se também por meio de ações. Então, para classificarmos sentenças, teremos de investigar com que *verbos* está formado o seu *conteúdo*. Conseqüentemente, ao contrário do que supunha Buzaid, haverá no *conteúdo* da sentença que julga procedente a ação de mandado de segurança um *verbo* ordenando a expedição do mandado. Se este verbo for eliminado, a ação deixará de ser um mandado de segurança. O juiz terá de dizer: “expeça-se mandado”. Se não o disser, a sentença ficará reduzida a um provimento declaratório, quem sabe a uma sentença anulatória de ato administrativo, ou talvez a uma sentença própria de uma ação condenatória, a exigir execução pelas normas do Livro II do Código, mas com toda certeza, não será uma sentença proferida em mandado de segurança. Nesta ação, a expedição do mandado é o efeito que prepondera e, portanto, é um efeito que não poderá nascer milagrosamente de uma sen-

tença declaratória e que não se poderá eliminar, sob pena de transformá-la numa ação inteiramente diversa.

Claro, isto abala todo o sistema, mas será o preço que haveremos de pagar se quisermos libertar-nos da tirania que nos mantém presos ao *paradigma* que se cristalizou nos ideais do século XVIII. ◆

# EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E A DISPENSA DE SEGURANÇA DO JUÍZO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO\*

**SERGIO BERMUDES**

*Advogado. Professor da EMERJ*

As minhas reverências à egrégia Mesa. Já contei que uma vez Mauro Cappelletti perguntou-me como deveríamos nos dirigir a um auditório. E eu respondi o seguinte: - É muito simples, você diga: meus caros amigos. A índole brasileira comporta esse tipo de tratamento.

O artigo 135, inciso I, do Código de Processo Civil, dispõe que é fundada a suspeita de parcialidade do juiz quando ele for amigo íntimo da parte. Então, princípio declarando a suspeição do meu imenso amigo Des. Hilário Alencar, parcialíssimo como nunca foi enquanto exercia a jurisdição, mas no julgamento que se acaba de ouvir. Julgamento, na verdade, intimidatório, pois ninguém poderia pretender corresponder à semelhante apresentação. Vejo, nela entretanto, uma manifestação do carinho, da amizade, do afeto do Des. Hilário.

Quando era jovem, mocinho, quis de fato ser o maior advogado do mundo. Depois o maior do Brasil. E, mais tarde, o maior dessa cidade do Estado. Hoje, me contento muito quando consigo ser um razoável advogado. E contemplando a minha vida e a minha história, chego à conclusão de que a meu respeito a única coisa que posso dizer, e com orgulho, é que sou um pobre homem de Cachoeiro de Itapemirim. Sem admitir questionamentos acerca da imparcialidade do meu juízo, assisto a um ritual da Igreja Católica, a que tenho a graça de pertencer, a missa que um padre comum celebra na presença de um Bispo ou de vários Bispos, chama-se Missa com Assistência Pontifical. O padre, muitas vezes, se atrapalha, pula folhas do missal, volta algumas vezes etc, pela presença de pontífices diante dele.

Então, farei umas descoloridas considerações acerca do tema proposto,

\* Exposição no Simpósio de Processo Civil, realizado na EMERJ, em 28/9/2001.

mas com assistência pontifical. E, se me permitem, dentre os pontífices que ornamentam essa mesa, me sinto extremamente intimidado pela presença de uma das maiores figuras que encontrei, diante dos meus quarenta anos de vida forense, que é a Des. Áurea Pimentel Pereira. Uma das maiores juízas que este país já teve e terá por muito tempo, não apenas por seu devotamento aos processos, pela meticulosidade com que sempre os examinou, pela convicção que sempre expôs seus pontos, não importando em ficar vencida e, também, por sua envergadura moral, por sua intransigência em qualquer deslize ético com o que pudesse se afigurar com a violação à moral, que permeia todo o ordenamento jurídico. Esse seria vazio, se não estivesse fortemente impregnado com um conteúdo moral. De maneira que declaro de público uma paixão muito antiga e muito grande pela Des. Áurea Pimentel Pereira.

A execução gira em torno de um título. Quando falamos em título, temos a tendência de corporificar essa idéia por causa do vezo do ser humano de necessitar de símbolos, de necessitar de algo concreto para exprimir as abstrações com que ele lida. O autor Jorge Amado em seu livro **Dona Flor e seus dois Maridos**, que é um belíssimo romance, narra a história de Dona Flor, cujo primeiro marido, Wadinho, morreu e voltou dizendo “Deus é gordo!”, confirmou. Ele não informou ou contou que Deus era gordo, mas confirmou isso, porque essa é a idéia que nós todos fazemos de Deus.

Márcia Correia, certa vez, mostrou-me um desenho em que um sujeito com pequenas asas estava diante de um trono imenso sobre uma nuvem e acima desse estava escrito Deus, contudo sentado no trono estava um cidadão magro, de bico adunco, com óculos de leitura no nariz e com a manga arregaçada e um sujeito abaixo dizendo: “Mas o Senhor é tão diferente das suas fotografias!”.

Então, quando se fala em título, temos a necessidade de associar a sua idéia a algo concreto. Se se fala em título extrajudicial, por exemplo - para ficarmos nos domínios do inciso I, do artigo 585 do Código de Processo – vislumbramos algo como uma nota promissória tal como ela é comprada na papelaria. Se falamos na sentença condenatória do artigo 584, inciso I, também a imaginamos tal como nos aparece ou o acórdão tal como ele se apresenta nos autos – uma página, ou várias, datilografadas, precedido por uma ementa com o resumo do seu conteúdo. Isso decorre efetivamente da necessidade que o ser humano tem de dar alguma concretidade às abstrações com que ele trabalha. Mas, na verdade, quando se fala em título, lida-se

em uma abstração porque ele não passa de uma situação jurídica que põe uma pessoa na condição de exigir de outra um comportamento determinado pelo direito.

Vejam que a lei civil fala em justo título e boa-fé como requisitos do usucapião. Os artigos 584 e 585, do Código de Processo Civil, tratam dos títulos executivos judiciais e extrajudiciais, enquanto o artigo 583 assenta a necessidade de título ou a existência de um título como pressuposto jurídico da execução, *nulla executio sine titulo*. E o artigo 583 nos diz que toda a execução tem por base um título executivo judicial ou extrajudicial. O artigo 586, por sua vez, insiste, tautologicamente, dizendo: “execução para cobrança de crédito” (mas não há execução que não se destine ou seja para a cobrança de um crédito. O crédito pode até não existir, mas a execução existe para a satisfação de um crédito). A execução para a cobrança de crédito exige título líquido, certo e exigível, como está no artigo supracitado.

O autor Liebman nos diz que o processo de execução tem dois pressupostos. Poderíamos dizer duas condições? Sabemos que a processualística, ora chama de pressupostos aquilo que outra corrente chama de condições; ora chama de condições aquilo que outra corrente chama de pressupostos. A nomenclatura aí não é essencial, contanto que exprima a idéia adequada. Liebman entende que o processo de execução tem dois pressupostos: 1º) existência de um título executivo, que seria o seu pressuposto jurídico, como está no artigo 583, e 2º) o inadimplemento do devedor desse título como está no artigo 580 do Código de Processo Civil. O pressuposto fático da execução será o inadimplemento do devedor.

Sabemos que Calamandrei e Carnelutti discutiram asperamente acerca da existência de lide no processo de execução. Sobre se o processo de execução visaria à composição de uma lide, tal como processo cognitivo, ou se o processo de execução visaria apenas a mera satisfação, efetivação, da direção da ordem do Estado no sentido da composição da lide.

De qualquer maneira, podemos descobrir nesse artigo 580, que dispõe que o pressuposto fático da execução é o inadimplemento do devedor, a existência de uma lide. O devedor deve cumprir espontaneamente a sentença ou satisfaz espontaneamente a obrigação contida no título executivo extrajudicial, que em uma opção política o legislador decidiu equiparar, até certo ponto, às próprias sentenças. Quando o devedor não satisfaz, ele resiste à pretensão de satisfação do credor, surgindo, então, um litígio que o Estado, na verdade, não compõe. Ele parte da presunção de que uma das partes tem

razão. Se quiséssemos fazer uma observação de distinção entre processo de cognição e processo de execução, poderíamos dizer que, enquanto na cognição o juiz indaga, na execução o juiz afirma. Enquanto na cognição o juiz se informa dos fatos para identificar, no arsenal das normas, aquela que incide para aplicá-la corretamente, no processo de execução o juiz não indaga mais, ele parte da afirmação da existência de um direito e pratica sob a direção dele, e com incidência do artigo 125 do Código de Processo Civil, todos os atos necessários à satisfação do direito do credor, do direito contido no título. O processo de execução, então, gira inevitavelmente em torno de um título, sem o título não pode haver processo de execução. E poderíamos adotar, como refrão de qualquer palestra que tratasse desse tema, o *nulla executio sine título*, traduzido na norma do artigo 583 do Código de Processo Civil.

Deixemos o título por um momento para abordar outra vertente. A execução é um processo. Ninguém diverge mais quanto a isso, não sendo necessário citar todas as construções que aprendemos na faculdade. Cognição sem execução, ou melhor, condenação sem execução é, mais ou menos, como sino sem badalo, trovoadas sem chuva. Quem fez essas observações, as fez muito ligeiramente, pois sabemos que nem sempre havendo trovão, há chuva. Essas afirmações são simpáticas, porém ingênuas. Contudo, como na maioria das vezes o trovão traz chuva e o sino tem badalo, vamos deixar para lá. A condenação sem execução é trovão sem chuva e sino sem badalo. Mas, de qualquer maneira, sabemos e aprendemos que, e o Código nos diz, inclusive, pela topologia, disciplinando em livro próprio, a execução é um processo diferente do processo de cognição do qual resulta a sentença civil condenatória, que é o título executivo por excelência, mesmo não transitado em julgado, naquelas circunstâncias em que só é impugnável por recurso com efeito devolutivo, ela pode ser desde logo executada.

Temos na execução um processo. Existe uma ação de execução, ação executiva, pela qual se invoca a jurisdição no sentido da satisfação de um título, afirmando-se o inadimplemento do devedor. Eis no que consiste o processo de execução, que será o conjunto de todos aqueles atos que se desenvolvem no sentido da satisfação do direito do credor ou dos credores consubstanciados no título. Essa relação processual é idêntica à relação processual cognitiva, isto é, ela requer que as partes possam ser partes, que estejam adequadamente representadas em juízo, requer uma angularização adequada, relativamente à parte contra a qual se propõe a execução (não uso

a expressão “em face da qual” porque acho que é um “francesismo” absolutamente desnecessário). É da história nossa, desde Roma, dizer que a ação é proposta pelo autor contra o réu. Então prefiro continuar dizendo contra o réu como faz o meu querido amigo e colega de turma Ronaldo Passos.

Existe, portanto, uma ação de execução, que dá origem a um processo de execução que se angulariza pela presença do réu na execução. Ele se angulariza com a integração do executado (do devedor) na relação processual, que se faz mediante o comparecimento espontâneo (parágrafo 1º do artigo 214 do Código de Processo Civil) ou mediante a citação, que, na verdade, não é um ato pelo qual se chama a juízo o réu ou interessado para se defender (213 do CPC). No meu entendimento, a citação é a integração da pessoa na relação processual, tanto que se pode citar pessoa para integrar o pólo ativo da relação processual apenas para ficar sujeita às conseqüências do processo. Se um condômino propõe ação de divisão e damarcação, ele é obrigado a citar os demais condôminos para ficarem com ele no pólo ativo da relação processual. Idem no caso do § 1º do artigo 12, em que se o inventariante é dativo, todos os herdeiros e sucessores têm que ser litisconsortes nas ações em que o espólio for o autor e em que o espólio for réu.

A relação processual de execução tem pressupostos de validade. Ela está sujeita a determinadas condições e principia por iniciativa da parte (art. 262 do CPC). Não há execução que não comece pela iniciativa da parte. Existem algumas exceções, como o caso em que o juiz pode começar a execução (previsto no ECA), contudo não podemos fazer uma exposição com exceções.

Então, tratando-se de uma relação processual, essa tem que se constituir de acordo com determinados pressupostos. Os pressupostos processuais têm que existir e estar presentes. A condição da ação tem que existir e ela é o título executivo. No que tange aos pressupostos de constituição do processo, de válido desenvolvimento do processo e de sua eficaz terminação, essas questões podem ser suscitadas no próprio processo de execução. Ninguém precisa iniciar uma outra ação, como são os embargos do devedor, para discutir a existência dos pressupostos processuais no processo de execução. Quanto à falta de um autor, há um caso muito conhecido do autor que vai ao escritório do seu advogado, deixa a procuração e pede que ele principie uma execução. O advogado, quase sempre, acaba demorando alguns dias para propor. Então, quando o faz, a parte já morreu, perdendo essa capacidade. A morte extingue a personalidade.

Sendo assim, essas questões inerentes à constituição da execução são questões que se podem suscitar no próprio processo de execução, independentemente da oposição de embargos. Há questões relativas aos pressupostos do processo que se deduzem por meio de embargos. O inciso I do artigo 741 do CPC, dispõe que cabem embargos, se a execução é de título executivo judicial, quando houver um defeito na citação, no processo de conhecimento. E a falta de citação válida é, sem dúvida alguma, um pressuposto processual. Faltando a citação, falta o pressuposto de validade do processo. Mas vejamos: isso não quer dizer que não se possa argüir, neste caso específico do artigo 741, inciso I, por meio de embargos, a falta de citação para o processo de conhecimento, e não para a própria execução. Aliás, pode-se tirar daí a conclusão, inclusive, que o Código permite que se questione a falta de citação para o processo de execução no âmbito do próprio processo de execução. Temos no Brasil a cultura dos embargos do devedor, do executado, que constitui uma ação constitutiva mediante a qual o executado se volta contra a eficácia do título executivo ou mesmo contra a eficácia do processo de execução. Entretanto, precisamos compreender que o processo de execução continua sendo processo e a ele se aplicam os dispositivos concernentes à validade e eficácia do processo.

O artigo 598 do CPC manda que se apliquem ao processo de execução as normas do processo de conhecimento. Contudo, isso não é necessário, bastando se verificar que o Livro I, do CPC, não disciplina apenas o processo de conhecimento. Mas ele é repositório de normas que se aplicam a todas as três espécies do processo civil contencioso (cognitiva, executiva e cautelar) e também ao processo de jurisdição voluntária. Então, quando se suscitam essas questões, sem dúvida nenhuma, está se suscitando uma exceção. Qual é o conceito de exceção que a processualística nos dá? Exceção é qualquer defesa apresentada pela parte ou pelo interessado. Isso em uma concepção ampla e abrangente. Temos vários conceitos de exceção: Caio cobra uma dívida de Tício, que se defende argumentando que já pagou essa dívida no todo ou em parte. Tício está querendo excluir a pretensão de Caio por meio de uma exceção material, de pagamento, de quitação. Entretanto, quando se fala em exceção, pensamos no sentido do incidente pelo qual se discute a suspeição, o impedimento, a incompetência relativa, que por meio dela se argüi, aqui, consoante o artigo 112, do CPC. Aquelas exceções que não encerram o processo, mas prolongam a sua vida, a sua marcha, no velho processo, que em Espanhol eram chamados de *artículos de no contestar*.

É sempre interessante ler cultura pela facilidade que alguns autores têm de expor condensadamente os institutos, com grande humildade, no que há de essencial.

A exceção, no sentido de defesa, é qualquer defesa de que se sirva a parte. Essas exceções, que visem a discutir o processo em si mesmo quanto aos seus pressupostos, na verdade, não são exceções de pré-executividade. Conquanto a doutrina e a jurisprudência, hoje, tenham uma tendência a ampliar o conceito de exceção de pré-executividade.

A exceção de pré-executividade, no meu entendimento, diz respeito apenas ao pressuposto jurídico específico da execução, que é o título executivo. Só se põe sob a expressão “exceção de pré-executividade” a arguição de manifesto defeito do título executivo, que é pressuposto da execução. Está disposto no inc. I do artigo 618 que é nula a execução sem título. E mesmo que não estivesse em nenhum dispositivo explicitamente, estaria insitivamente no Código de Processo Civil.

Então, vejamos, o título é pressuposto da execução. Quando, evidentemente, esse título não existe, não há razões para se impor às partes os prejuízos inerentes à execução, que podem ser imensos quando for evidente que o título não dispõe de executividade. José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Júnior, Ovídio Baptista da Silva e outros processualistas criticam a expressão “exceção de pré-executividade”. Eles entendem que executividade é a qualidade de exequível de um título. Só existe executividade quando o título for suscetível de execução. Então, pré-executividade seria uma discussão que antecederia a existência da executividade. Seria algo que se destinasse a discutir a executividade, quando essa exceção a isso não visa (tenho minhas dúvidas).

José Carlos Barbosa Moreira entende que é preciso seguir a terminologia senão acabaremos chamando o polígono de três lados de ângulo e não de triângulo. Contudo, pergunto: a linguagem técnica se vale de metonímias, de elipses, de condensações, de figuras. Seria muito difícil dizer que José da Silva vem com seu advogado abaixo-assinado propor contra o Estado Brasileiro uma ação, cujo processo deve ter o procedimento ordinário diante de Pedro dos Santos. Tanta coisa para dizer, mas o que se diz é que o autor vem propor uma ação contra o réu, mais nada. Pontes de Miranda em um determinado trecho, que Agripino Grieco critica, diz que o advogado precisa conhecer direito, é claro, mas também antropologia, sociologia, pedagogia, didática, biologia etc. Agripino Grieco entende que é muita coisa para re-

querer uma ordem de despejo.

A expressão “exceção de pré-executividade”, usada ao que parece, pela primeira vez por Pontes de Miranda, em um parecer que ele teria dado, em 1968, passou a designar o questionamento que o devedor faz acerca do título, independentemente da oposição de embargos. Não podemos nos esquecer que muitas vezes o credor, especialmente diante do artigo 604 do CPC, que permite que o próprio devedor ou o próprio credor faça liquidação quando ela depender apenas de cálculo aritmético.

Mas, Agripino Grieco dizia sobre o romance **Casa Grande e Senzala** de Gilberto Freire — não é uma observação politicamente incorreta nos dias atuais — que se tratava de um livro bem pensado e mal escrito. Pensado na Casa Grande e escrito na senzala. Houve um dispositivo que imaginamos na Comissão de Revisão do Código de 1985. É o dispositivo que hoje se transformou na norma do artigo 604 do Código de Processo Civil, que permite ao próprio credor fazer o cálculo e trazer ao juiz o pedido de execução do cálculo de liquidação do título ilíquido. Daí surgem problemas terríveis: houve um caso aqui, na 11ª Vara Cível, curiosamente julgado na segunda instância, pela Des. Áurea Pimentel. Ela começou seu voto dizendo que se tratava de uma execução escandalosa e imoral. E, efetivamente, era. Uma pessoa que obteve uma pequena condenação de cerca de onze mil reais contra uma determinada instituição manipulou de tal modo os cálculos que já iam à altura dos milhões de dólares. O Ministro Mailson da Nóbrega, chamado para explicar como isso poderia acontecer, se valeu daquela história do sujeito que pediu uma recompensa leve, pequena, modesta, a um Monarca, por um ato de heroísmo. Queria que Vossa Majestade mandasse colocar um grão de trigo no primeiro quadro do tabuleiro de xadrez, dois no segundo e quatro no terceiro e assim em progressão geométrica, até completar todo o tabuleiro. O Rei, que era matemático, viu que nem todo o trigo do reino satisfaria aquela pretensão modesta, os números se prestam a isso. Tenho enfrentado, ao longo de uma advocacia, que me leva a todos os pontos do Brasil, situações terríveis. Por exemplo, uma situação em que um banco requereu a falência de uma determinada empresa, perdeu e, após apelar, perdeu novamente, embargou e perdeu por três a dois e sofre, com base no artigo 20 da Lei de Falências, uma ação de indenização e o pedido é julgado procedente com sentença ilíquida e ele liquida a sentença e a sua liquidação ascende a setenta e três milhões de dólares. Sabemos que um dos princípios regentes da execução, revelado na norma do artigo 620 do Código

de Processo Civil, é no sentido de que a execução não pode se desenvolver de modo gravoso para o devedor.

Quando o artigo 620 dispõe que a execução se desenvolve de um modo menos gravoso para o devedor, outra coisa ele não está dizendo que a norma, aliás, antes de ser jurídica, é lógica, não podendo causar gravame desnecessário à parte. Então, toda vez que o prosseguimento do processo de execução derivar de um título manifestamente defeituoso, vão questionar se esse advérbio é ou não legal. Contudo, direi que a lei usa esse advérbio. Por exemplo, vejam os incisos VI ou VII do artigo 17 e o inciso II do artigo 295 do Código de Processo Civil, que dispõe que o juiz indeferirá a petição inicial quando a parte for manifestamente ilegítima para ver que o direito positivo consagra o critério da evidência como um dos critérios de aferição da existência de uma situação jurídica.

Então, se o título executivo é manifestamente inadequado à execução, porque submeter o devedor do título à penhora, que pode destruí-lo pelo resto da vida? Os senhores imaginem uma empresa que tem penhorado todo, ou parte, do seu capital de giro e depois deixa, por isso, de pagar os seus empregados para atender as suas obrigações tributárias. Imaginem uma decisão de um juiz da 10ª Vara Cível do Recife, que manda penhorar todos os depósitos inclusive das contas de reserva de uma companhia seguradora para atender a uma execução de um bilhão e duzentos e oitenta milhões de reais a partir de um título que era de cento e dez mil reais. Então, obviamente, essas execuções não podem prosseguir. A exceção de pré-executividade deve questionar o título executivo nos casos de manifesta inexigibilidade, ou melhor, inexecutibilidade do título. O juiz pode e deve fazer uma verificação, especialmente quando se tratar de sentenças ilíquidas, entre o título e a pretensão executória, ainda que se valha, muitas vezes, da prova pericial. O sábado foi feito para o homem, e não o homem foi feito para o sábado. As provas são admitidas para quando o juiz precisar verificar a existência de defeito no título. Então, a exceção de pré-executividade é a defesa quanto a existência do título hábil a iniciar uma execução. Pode-se, por meio dela, questionar a existência de todo ou parte do título como alguém que sustenta que a pretensão executória é escorchante. Isso em termos de aparência manifesta, então a exceção de pré-executividade, no meu entendimento, visa apenas ao título executivo judicial ou extrajudicial. E quanto aos outros aspectos que se podem questionar? Esses aspectos não constituem exceção de pré-executividade, mas a exceção processual de que o réu se vale conta

um processo defeituoso. A exceção de pré-executividade é a exceção que se destina a questionar o título quando manifestamente não se mostrar apto ao desenvolvimento do processo de execução.

Astrogildo Teixeira de Freitas, um dos excelentes Desembargadores que tivemos neste Tribunal, era advogado em Minas, antes de vir para o Rio de Janeiro e se tornar juiz. Certa vez, ele estava andando na Rua Gonçalves Dias, quando encontrou uma vizinha e parou para conversar: (vizinha) – *Tudo bem, Astrogildo? O que você faz aqui no Rio?* (Astrogildo) – *Sou juiz.* (vizinha) – *O que o juiz faz?* (Astrogildo) – *Olha, é assim: se a pessoa não pagar o aluguel, coloco-a para fora do imóvel, se a pessoa comete um crime, prendo, se a pessoa não paga uma dívida, pego os bens dela e vendo para pagar.* (vizinha) – *Tem gente para tudo, não é Sr. juiz?*

Dessa forma, vemos que pesa nos ombros do juiz a função altíssima, mas penosíssima de ter que enfrentar todas as questões. Diria, também, que, naquela margem que se permite que haja humanidade no processo judicial, o juiz deve casuisticamente verificar a procedência do cabimento da exceção de pré-executividade que, entretanto, se deve dirigir contra o título manifestamente inato para evitar que o processo judicial se converta de instrumento de libertação em instrumento de opressão. Muito obrigado. ◆

# ELES, OS RECURSOS, VISTOS POR UM ADVOGADO (REFLEXÕES EM MATÉRIA DE RECURSOS CÍVEIS)\*

**CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA**

*Advogado. Professor de Direito Civil (PUC/RJ).*

Não resisto à tentação de iniciar esta palestra citando Machado de Assis. No segundo capítulo de *A Mão e a Luva*, afirma o maior escritor brasileiro que “*cada homem vê as cousas com os olhos da sua idade*”. A experiência certamente confirma a exatidão da sentença, ilustrada, no livro, pela observação de que “*para os varões maduros, nunca a mocidade folga como no tempo deles*”. Lembrei-me da reflexão de Machado - ou, mais precisamente, de outra a que cheguei a partir dela - quando recebi do eminente Desembargador Jorge de Miranda Magalhães o honroso convite para abordar o tema que ele próprio tomou a iniciativa de sugerir-me. Explico-lhes: se é correto aquele pensamento machadiano, não menos certo me parece que *cada homem vê as coisas com os olhos de seu ofício*: um mesmo fenômeno poderá, então, ser objeto de contrastantes valorações, dependendo do mister do observador. Ocorreram-me tais idéias porque, logo em seguida ao convite, o Desembargador Jorge de Miranda Magalhães deixou escapar um lamento, que cito de memória: “*Há recursos demais!*”. Ouvei a frase e a interpretei como o desabafo - espontâneo e compreensível - do magistrado zeloso, preocupado em examinar, com a necessária atenção e nos limites temporais implacavelmente ditados na lei ou no regimento interno, as pilhas de processos que lhe são periodicamente distribuídos. O comentário partia, assim, de quem talvez não estivesse aludindo à multiplicidade de recursos abstratamente previstos nas leis de processo, mas à miríade de recursos concretamente usados pelas partes e encaminhados aos tribunais do país, e, neles, repartidos entre seus respectivos integrantes.

\* Palestra proferida em 22.5.2001, na 16ª Reunião do Fórum Permanente dos Juízos Cíveis do Rio de Janeiro. Acrescentaram-se as notas.

Relutei, porém, em ver naquela queixa uma condenação ao número de recursos em tese cabíveis no processo civil brasileiro. À imagem de um sistema recursal menos generoso que o vigente contrapôs-se, de maneira inevitável, minha condição de advogado militante, a qual muitas vezes me levou (e, no futuro, ainda por certo me levará) a lastimar a ausência de tantos outros recursos quantos necessários ao reconhecimento do direito do cliente em cuja causa se depositavam grandes esperanças de êxito, afinal frustradas. Ao advogado e a seu constituinte jamais parecerá suficiente o número de recursos, se o julgamento derradeiro lhes for desfavorável. O profissional - ou, pelo menos, aquele cuja visão não estiver exclusivamente concentrada no próprio umbigo - ainda poderá encontrar algum conforto na idéia, que lhe foi incutida nos bancos universitários, segundo a qual, fossem ilimitadas as possibilidades de impugnação a decisões judiciais, os processos jamais se encerrariam e os conflitos sociais nunca seriam pacificados. Ao cliente, mesmo ao mais altruísta, semelhante constatação dificilmente servirá de consolo.

Já por aí se nota quão díspares podem ser - em matéria de recursos, em particular, e de processo, em geral - as reações humanas ao exame de uma determinada realidade do foro, como também às propostas para sua transformação, umas e outras a receber inevitável influência do papel desempenhado por cada observador: juiz, advogado, parte. A nova regulamentação do agravo, por exemplo, parece haver despertado a simpatia de muitos advogados e a desconfiança de muitos Desembargadores. Consciente dessa diversidade de pontos de vista, ocorreu-me dar à palestra o título com que foi anunciada<sup>1</sup>: julguei que o termo “reflexões” seria suficiente, em primeiro lugar, para evitar a errônea suposição de que o palestrante pretendesse discorrer, em tom professoral, sobre as inovações legislativas no sistema dos recursos civis; em segundo, para afastar da potencial assistência quem somente pudesse interessar-se por semelhante tipo de abordagem; e, por fim, para dar ao público uma idéia tão aproximada quanto possível do que poderia esperar desta exposição. Aqui vão, pois, algumas reflexões - e (apresso-me a enfatizar) reflexões *de advogado*, e não de especialista.

---

<sup>1</sup> Para a publicação do texto, incluí o novo título, inspirado naquele que, no Brasil, se deu ao famoso *Elogio* de CALAMANDREI (**Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado**, trad. de Eduardo Brandão, Martins Fontes, 1ª ed., 1995). O título original da palestra passou a figurar como sub-título.

Volto, então, ao comentário do Desembargador: “*Há recursos demais!*”. Se a frase expressava, tal como pretendi interpretá-la, um protesto contra o número de recursos endereçados aos tribunais do país - e, em particular, ao Tribunal de Justiça deste Estado -, não se pode negar boa dose de razão a quem a proferiu. Alguns dados estatísticos, colhidos durante a preparação deste trabalho, descortinam uma realidade assustadora.

O exame da situação do Supremo Tribunal Federal é paradigmático. Nos dois quadros que imediatamente se seguem, encontram-se informações acerca da distribuição e julgamento, durante os anos de 1998 a 2000, dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento encaminhados à Corte<sup>2</sup>:

### Recursos Extraordinários

1998	1999	2000
20.595 dist.	22.280 dist.	29.196 dist.
18.205 julg.	19.730 julg.	28.812 julg.

### Agravos de Instrumento

1998	1999	2000
26.168 dist.	29.667 dist.	59.236 dist.
28.983 julg.	32.358 julg.	53.401 julg.

Em três anos, pois, o número de recursos extraordinários *distribuídos* cresceu 41,76%, ao passo que o de *julgados*, 58,26%; no mesmo período, o número de agravos de instrumento *distribuídos* aumentou 126,37%, e o de *julgados*, 84,25%. Acrescente-se que, no ano em curso (até o dia 13 de maio), haviam sido *distribuídos* 13.208 recursos extraordinários e 30.452 agravos, e *julgados*, respectivamente, 13.900 e 27.534.

Portanto, entre 1998 e 2000, o número de agravos distribuídos e julgados invariavelmente suplantou, em ambas as classes, o de recursos extraordinários - e há forte probabilidade de que o fenômeno se repita em 2001. E mais: o crescimento *percentual* (na classe dos feitos *distribuídos*)

<sup>2</sup> Todas as informações acerca de processos da competência do Supremo Tribunal Federal foram colhidas no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, disponíveis no *site* www.stf.gov.br.

foi muito mais acentuado nos agravos (126,37%) do que nos recursos extraordinários (41,76%).

O ano de 2000, em particular, registrou um significativo acréscimo, em relação ao de 1999, de 31,04% dos recursos extraordinários *distribuídos* e de 46,03% daqueles  *julgados*; no caso dos agravos, entre 1999 e 2000, o crescimento foi de 99,67% para os *distribuídos* e de 65,03% para os *julgados*. Se confrontados esses percentuais com os que se apuram entre os anos de 1998 e 1999, teríamos o seguinte quadro:

ANO	RE dist.	RE julg.	Aumento percentual*	AI dist.	AI julg.	Aumento percentual*
1998	20.595	18.205	**	26.168	28.983	**
1999	22.280	19.730	8,18% (d) 8,38% (j)	29.667	32.358	13,37% (d) 11,64% (j)
2000	29.196	28.812	31,04% (d) 46,03% (j)	59.236	53.401	99,67% (d) 65,03% (j)

(d) distribuídos

(j) julgados

\* Em relação ao ano imediatamente anterior.

\*\* Não calculado.

Esses dados se revelam ainda mais interessantes quando se analisam outros, referentes ao número de agravos e de recursos extraordinários co-tejados com o número *total* de feitos (de qualquer natureza) distribuídos ao Supremo Tribunal Federal, ano a ano. Ali será possível detectar uma curiosa inversão de papéis desempenhados por essas duas espécies recursais no movimento da Corte, ao longo dos anos 90.

Desde 1991, e em cada ano desde então, a soma dos números de recursos extraordinários e de agravos de instrumento *distribuídos* alcança percentual superior a 90% de todos os novos processos da Corte; em 1999, esta soma chegou a 95,4%; em 2000, a 97,4%; no ano em curso, os dados até aqui disponíveis indicam ser de mais de 98% esse percentual. Ocorre que, no início dos 90, o percentual de recursos extraordinários, em relação ao total de feitos distribuídos, era *maior* que o de agravos, como se vê na seguinte tabela:

ANO	Nº total de processos distribuídos	Recursos Extraordinários	Agravos de Instrumento
1990	16.226	10.780 (66,4%)	2.465 (15,2%)
1991	17.567	10.518 (59,9%)	5.380 (30,6%)
1992	26.325	16.874 (64,1%)	7.838 (29,8%)

Já no final da década, os percentuais nitidamente se inverteram, passando o número percentual de agravos a ser *maior* que o de recursos extraordinários:

ANO	Nº total de processos distribuídos	Recursos Extraordinários	Agravos de Instrumento
1999	54.437	22.280 (40,9%)	29.677 (54,5%)
2000	90.839	29.196 (32,1%)	59.236 (65,2%)

Embora o número de recursos extraordinários *distribuídos* ao Supremo se tenha quase *triplicado* nos últimos dez anos (em 1991, 10.518; em 2000, 29.196), houve um sensível decréscimo *percentual* em confronto com o universo de todos os processos, medido anualmente (em 1991, 59,9%; em 2000, 32,1%); enquanto isso, o número de agravos de instrumento não apenas foi *decuplicado* (em 1991, 5.380; em 2000, 59.236), como sua participação *percentual* cresceu além do *dobro* (em 1991, 30,6%; em 2000, 65,2%). Não bastasse isso, e como antes ressaltado, o crescimento do número de agravos *distribuídos*, entre 1998 e 2000, foi percentualmente *superior* (126,37%) ao da quantidade de agravos *julgados* no mesmo triênio (84,25%). Se, pois, há um “vilão” na atual crise do Supremo, parece ser ele o agravo de instrumento.

*Algumas conjecturas me ocorrem.*

Em primeiro lugar, é possível que a multiplicação dos Juizados Especiais, criados pela Lei nº 9.099/95, tenha contribuído para o vertiginoso aumento, nos últimos anos, do número de recursos extraordinários e, sobretudo, de agravos. A difusão, nos Estados, de órgãos judiciais dessa natureza certamente viabiliza pretensões que, de outro modo, sequer chegariam a ser deduzidas, diante de fatores como os custos e a duração do processo tradicional. A expectativa de um processo menos oneroso e mais

célere obviamente funciona como poderoso fator de estímulo ao potencial litigante e, em conseqüência, de aumento do número de ações propostas. Ora, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se sabe, consolidou-se favoravelmente ao cabimento do recurso extraordinário contra as decisões proferidas das turmas recursais que, nos Juizados, funcionam como órgãos de segunda instância (art. 41, § 1º, da citada lei)<sup>3</sup>; ao mesmo tempo, o Superior Tribunal de Justiça tem repetidamente negado o cabimento do recurso *especial* naqueles casos<sup>4</sup>. Cabível, em tese, o extraordinário, mas não o especial, é possível que as partes derrotadas (*rectius*, seus advogados) tenham passado a fazer indiscriminado uso do primeiro, interpondo-o mesmo em hipóteses nas quais não esteja em debate qualquer tema *constitucional* - aliás, a competência dos Juizados não sugere mesmo que ali sejam frequentes as discussões dessa natureza. É verdade que o profissional minimamente caejado sempre poderá fundar o recurso do cliente na alegação de ofensa a algum princípio *processual* constitucional, como o da ampla defesa e do contraditório, ou o do devido processo legal. Ocorre-me, a propósito, a irônica observação que ouvi do Ministro Moreira Alves, em conferência proferida há alguns anos, segundo a qual, para assegurar o caminho ao Supremo, bastaria ao advogado requerer a juntada aos autos de um ... *catálogo telefônico*: o inevitável indeferimento do pleito, nas instâncias ordinárias, certamente abriria margem a um recurso extraordinário, por violação ao art. 5º, LV, da Constituição. O certo é que, defeituosamente formulados ou simplesmente procrastinatórios, os recursos extraordinários manifestados contra os acórdãos das turmas recursais acabam sendo barrados na origem, com a conseqüente interposição de agravos, muitos dos quais sem nenhuma chance de êxito, mas que, mesmo assim, vão inchar as estatísticas da mais alta Corte do país. Embora a fonte consultada na pesquisa não contenha dados estatísticos acerca da *proveniência* dos agravos dirigidos ao Supremo, nos últimos anos, a prudência recomenda que se faça um estudo detalhado sobre o percentual dos que se originam dos Juizados Especiais - antes que se criem, pelo menos, órgãos assemelhados também no âmbito da Justiça

<sup>3</sup> Por isso, o Supremo tem acolhido *reclamações* dirigidas contra atos de Presidentes dos Colegiados Recursais que negam o processamento de agravos oriundos dos recursos extraordinários ali interpostos (v.g., Reclamações nºs 1.051-ES, RTJ 169/449, e 1.116-ES, RTJ 171/85).

<sup>4</sup> “Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais” (Súmula nº 203). Para a indicação dos precedentes que conduziram à edição desse verbete, veja-se RSTJ 108/79 ou RT 750/211.

Federal, como vem sendo noticiado<sup>5</sup>.

Esse estudo, cuja realização é aqui sugerida, poderia revelar, ainda, os percentuais de êxito e de insucesso dos recursos extraordinários oriundos desses Juizados Especiais hoje existentes: se elevado o de *rejeição*, talvez seja o caso de se pensar numa reforma do texto do art. 102, nº III, da Constituição, de modo a limitar a interposição do extraordinário aos casos decididos, em única ou última instância, *por tribunais*, consoante a fórmula empregada na definição das hipóteses de cabimento do recurso especial (art. 105, nº III). Com efeito, seria contraproducente manter inalterado o texto do art. 102 da Constituição apenas para dar acesso a inexpressivo número de recursos realmente fundados, com a penosa contrapartida de muitos outros inadmissíveis.

É possível cogitar de outras causas para esse expressivo aumento (em números absolutos e percentuais) de agravos dirigidos à Suprema Corte, entre 1991 e 2000. Há dez anos, a proporção era de dois recursos extraordinários para cada agravo; em 2000, essa proporção se inverteu. Isso poderia explicar-se por um enrijecimento dos critérios usados, pelos presidentes dos tribunais inferiores, no exame da admissibilidade dos extraordinários: menor o número de decisões de *admissão*, maior o de *agravos*. Observe-se, aliás, que tais critérios costumam seguir aqueles traçados pelo próprio Supremo; e é notório que a jurisprudência da Corte há muito vem adotando postura extremamente rígida quanto ao juízo de admissibilidade dos extraordinários, conforme testemunham, por exemplo, as inúmeras decisões (ainda predominantes) acerca da necessidade de prequestionamento *explícito*<sup>6</sup>, ou aquelas que exigem uma violação *direta* à Constituição<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Após a apresentação original do texto desta palestra, entrou em vigor a Lei nº 10.259, de 12.7.2001, que “*dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal*”.

<sup>6</sup> Cf. *RTJ* 170/627, 170/640 e 173/242, entre muitos outros.

<sup>7</sup> Cf. *RTJ* 171/275, 171/367, 172/681 e 173/613, entre muitos outros. Vejam-se, no entanto, os seguintes acórdãos unânimes da 2ª Turma, todos relatados pelo Ministro Marco Aurélio, nos quais se adotou tese bem mais flexível: RE nº 158.215-RS (*RTJ* 164/757, j. em 30.4.96); RE nº 154.159-PR (*RTJ* 164/749, j. em 10.6.96); RE nº 179.276-PR (*RTJ* 173/251, j. em 11.12.98); RE nº 223.230 (*RTJ* 172/639, j. em 1º.6.99). Como bem enfatizou, num desses julgados (*RTJ* 173/251), o Ministro Marco Aurélio: “*Tenho sustentado que a aferição do mau-trato ao devido processo legal, considerado o disposto no inciso XXXV do rol das garantias constitucionais, deve ser feita caso a caso, afastando-se o dogma consoante o qual não impulsiona o extraordinário a violência a texto constitucional intermediada pelo desrespeito à legislação ordinária. É que, a assim não se concluir, jamais se terá apreciação de recurso extraordinário versando sobre o referido princípio. As normas que o revelam estão contidas não na Carta, mas, quase sempre, no Código de Processo Civil*”. Interessante observar que, no acórdão da *RTJ* 164/757 (salvo engano, o

Essa inversão de percentuais também pode ter como causa (ou concausa) um maior inconformismo das partes com as decisões que, nos tribunais locais, barram o acesso ao Supremo. Se a parte agrava, é porque não se conforma com a decisão que lhe tranca o extraordinário; e a interposição deste, a seu turno, revela irresignação com o julgado da instância inferior. Um fator importante poderia, em tese, desestimular essa sucessão de recursos: a adequada *motivação* das decisões. Tanto maior será a inclinação do potencial recorrente em não recorrer quanto mais sólidas forem as razões acolhidas pelo Judiciário para atribuir a vitória à parte contrária. O Ministro Marco Aurélio chegou a dizer, em certo julgamento do Supremo, que a jurisdição há de ser prestada “*de forma clara e precisa, a ponto até mesmo de convencer o sucumbente sobre o acerto da decisão*”<sup>8</sup>. A fundamentação didática, convincente, exaustiva inibe o ânimo de recorrer, porque atenua a derrota: a parte e o advogado saem da disputa com a sensação de que o insucesso era, afinal, inevitável, e que, por isso, não vale a pena ir adiante. Uma avalanche, sempre crescente, de novos recursos dirigidos ao Supremo (e também ao Superior) pode significar, em tal contexto, uma queda na *qualidade* das decisões das instâncias inferiores, que se têm mostrado incapazes - para repetir a fórmula do Ministro Marco Aurélio - de *convencer o vencido de que a razão está com o adversário*.

A exigência da motivação suscitou, aliás, interessante jurisprudência dos tribunais superiores, na qual se há de enxergar reação - até certo ponto saudável - ao desapareço que não poucos magistrados dedicam a recurso de

---

mais antigo dentre os que acolheram essa orientação menos restritiva), o que se discutia era a validade da exclusão de membros de certa cooperativa, promovida por sua assembléia geral em desacordo com normas *estatutárias*. Concluiu o Tribunal que, deixando de observar as regras de seus próprios estatutos sociais, a entidade violara a garantia constitucional da ampla defesa, insuscetível de ser postergada mesmo diante do comportamento adotado pelos excluídos, que haviam lançado publicamente à cooperativa o desafio de que fossem julgados pelo órgão deliberativo. Mais recentemente, porém, a mesma 2ª Turma parece ter retomado a orientação restritiva, conforme se extrai do acórdão unânime (de 21.11.2000) no agravo regimental no AI nº 273.107-RJ (DJU de 23.3.2001, p. 88), em cuja ementa se afirma que “*em causas de natureza trabalhista, (...) as alegações de ofensa aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do apelo extremo*”.

<sup>8</sup> Acórdão no agravo regimental no AI nº 136.378-9, publicado na RF 321/147.

inegável utilidade: os embargos de declaração. Não gozam os embargos da simpatia de muitos juízes: se me permitem novamente citar o Ministro Marco Aurélio, percebe-se, no cotidiano forense, certo “*vezo distorcido de tomar-se tal recurso como crítica a ofício judicante*”. É possível até que haja bons motivos para o preconceito: o eminente Desembargador Caetano José da Fonseca Costa - advogado, durante muitos anos, e hoje magistrado, com a dupla experiência, portanto, de quem antes *interpunha* e agora *julga* o recurso - revelou-me, em conversa informal, que se tornou freqüente a utilização de embargos para os mais variados fins, até mesmo para ofender grosseiramente o prolator da decisão embargada. Façamos, porém, abstração dos motivos: o fato é que essa mal dissimulada aversão costumava levar (e ainda hoje leva) certos magistrados a rejeitar embargos de declaração, mediante decisões padronizadas e de fundamentação manca: não raramente, o juiz ou o tribunal se limitava (ou se limita) a desprover os embargos “*porque inexistente qualquer omissão, contradição ou obscuridade*”. O emprego dessa fórmula, ou de outras equivalentes, submetia partes e advogados a uma situação verdadeiramente kafkiana, quando os embargos atacavam decisão ainda passível de impugnação por recurso extraordinário ou especial: omissos o acórdão, o potencial recorrente buscava, por meio dos embargos, o prequestionamento de determinado tema, para cumprir a inflexível exigência dos tribunais superiores e, com isso, viabilizar o futuro recurso; o tribunal local, muito comodamente, refutava os embargos com um daqueles acórdãos vazios; e assim, pois, sobrevivia a omissão, que o Supremo e o Superior interpretavam, depois, como ausência de prequestionamento, dela fatalmente extraindo a inadmissibilidade do recurso extraordinário ou especial. Ou seja: o tribunal local se omitia, e quem pagava a conta era a parte, que, muito atenta e prudentemente, oferecera seus embargos, na justa expectativa de ver suprida uma omissão que não havia sido sua. A partir de certo momento, ambos os tribunais superiores começaram a censurar aquela prática, muito difundida nas instâncias locais, passando a sustentar que, persistindo a omissão mesmo após o oferecimento dos embargos declaratórios, a parte poderia pleitear a anulação do acórdão *dos embargos*, com o conseqüente regresso do feito à corte de origem, para que novo julgamento (*dos embargos*) viesse a ser proferido<sup>9</sup>. O recorrente continuava impedido,

<sup>9</sup> Cf. RTJ 164/749. A tese também se encontra didaticamente exposta no acórdão indicado na nota precedente, conquanto ali não aplicada, porque o recorrente deixara de fundar o extraordinário na alegação de ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição.

assim, de discutir, desde logo, *a questão que suscitara nos embargos*, mas sobre a qual não houvera pronunciamento; os tribunais superiores, porém, reconheciam-lhe a possibilidade de impugnar o julgamento subsequente, *dos próprios embargos*, desde que o recorrente fundasse o especial ou o extraordinário em violação, no primeiro caso, ao art. 535 do Código de Processo Civil, e, no segundo, ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. Era - permitam-me a imagem - um “prêmio de consolação” outorgado à parte: inviável o debate sobre a questão de fundo, tinha ela, ao menos, a chance de nova disputa no tribunal de origem, ainda que circunscrita ao rejuízo de seus embargos.

Essa maneira de julgar - que dava preferência à anulação de um julgado, com isso contribuindo para a demora no desfecho do processo - fez jurisprudência, a ponto de o Superior Tribunal de Justiça haver incluído na *Súmula*, em data não muito distante, o enunciado nº 211, que consagra aquele entendimento (“*Se não examinada matéria que o deveria ter sido, a despeito de apresentados embargos declaratórios, poderá ter ocorrido contrariedade da lei processual (CPC, art. 535), mas será inadmissível o recurso especial quanto à questão não versada pelo tribunal a quo*”). Não se animou a seguir-lhe o exemplo, até aqui, o Supremo Tribunal Federal, cuja *Súmula* não abriga a tese, e em cujos precedentes se encontra, no mínimo, uma decisão unânime da 1ª Turma em sentido contrário<sup>10</sup>. Este acórdão divergente me parece expressivo, por mais de um motivo: em primeiro lugar, por ser o pioneiro (salvo engano) em refutar a idéia de que a recusa do tribunal inferior em enfrentar a questão suscitada nos embargos deva necessariamente conduzir à anulação do acórdão que os rejeitou (no caso concreto, o recurso extraordinário postulava, em preliminar, essa anulação, que o Supremo rejeitou, ao argumento de que daí não resultaria prejuízo ao recorrente); em segundo lugar, por ter dado destaque, em sua motivação, às idéias de instrumentalidade, economia e efetividade do processo, ali invocadas para justificar, nas circunstâncias, o imediato julgamento do *mérito da causa*, não obstante o persistente silêncio do tribunal de origem sobre a questão de fundo abordada no recurso.

<sup>10</sup> RE nº 210.638-1, publicado na *RF* 347/273. Revendo este texto (em novembro de 2001) com o objetivo de publicá-lo, descobri outro precedente no mesmo sentido, igualmente relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence: RE nº 176.626-SP, *RTJ* 168/305.

Quero explorar, por fim, uma segunda possível interpretação da frase que ouvi do Desembargador Jorge de Miranda Magalhães (“*Há recursos demais!*”). Teria o Código de Processo Civil previsto excessivo número de espécies recursais? Seria razoável identificar na supressão de alguns deles a solução (ou, ao menos, uma das soluções) para o crônico problema da lentidão do processo judicial? Em caso de resposta afirmativa, qual (ou quais) dentre eles mereceria(m) desaparecer?

Deixando de lado aqueles recursos previstos em sede constitucional e os que constituem, em essência, mero desdobramento deles (os embargos de divergência no Supremo e no Superior, ou os agravos do art. 544 do Código de Processo Civil), é possível afirmar que o Código de 1973 estabeleceu um sistema de recursos bastante racional, de modo a ensejar: (a) a revisão, imediata ou diferida, das decisões interlocutórias, impugnáveis por agravo; (b) o amplo reexame, por meio da apelação, das questões, de fato e de direito, abordadas na sentença ou relevantes ao julgamento da causa; (c) a complementação ou o esclarecimento de qualquer decisão, de juiz singular ou de tribunal, mediante embargos de declaração; e (d) por fim, novo exame, em embargos infringentes, da questão (ou das questões) objeto de divergência, nos julgamentos (de apelações e ações rescisórias) tomados por maioria de votos. Parece-me até intuitivo que, a se admitir a exclusão (ou limitação) de algum recurso, este seria o de embargos infringentes, cuja manutenção se justificaria, porém, se expressivos dados estatísticos revelassem um grande número de decisões *embargáveis* e, além disso, um elevado percentual de reforma (ou anulação) das decisões concretamente *embargadas*.

Não disponho de dados concretos sobre o *julgamento* de embargos infringentes, que pudessem dar alguma indicação sobre o percentual de êxito alcançado por quem os interpôs. Obtive, porém, em três importantes Tribunais de Justiça, algumas informações acerca do número de embargos efetivamente *interpostos*, nos anos de 1999 e 2000, em confronto com aquele que representaria, em tese, o universo de processos dos quais se poderiam originar decisões embargáveis (apelações e ações rescisórias). Nos quadros abaixo, vêem-se os resultados colhidos:

### **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro\***

	1999	2000
Apelações cíveis	21.280	20.770
Ações rescisórias	282	348
Apelações + rescisórias	21.562	21.118
Embargos infringentes	678	704
Percentual de embargos	3,14%	3,33%

\* Os dados referem-se a processos distribuídos.

### **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul\***

	1999	2000
Apelações cíveis	44.812	56.345
Ações rescisórias	316	457
Apelações + rescisórias	45.128	56.802
Embargos infringentes	1.108	1.655
Percentual de embargos	2,45%	2,91%

\* Números fornecidos pelo eminente Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, a pedido do autor, que manifesta publicamente sua gratidão.

### **Tribunal de Justiça de São Paulo\***

	1999	2000
Apelações cíveis	38.776	39.277
Ações rescisórias	421	332
Apelações + rescisórias	39.197	39.609
Embargos infringentes	1.475	902
Percentual de embargos	3,76%	2,27%

\* Números gentilmente fornecidos pela Presidência do Tribunal, em atendimento à solicitação do autor. Os dados referem-se a processos distribuídos.

Alguém talvez objete que a comparação, que acima se quis expor, entre o número de embargos efetivamente *interpostos* em determinado ano e o de apelações e ações rescisórias *distribuídas* no mesmo ano deixou de

levar em conta a possibilidade de que apelações e ações rescisórias, distribuídas em 1999, somente tenham sido  *julgadas* (ou que os respectivos acórdãos apenas tenham sido  *publicados*) em 2000, ou mesmo depois. Em tal caso, a concreta possibilidade de interpor embargos somente se teria configurado em algum ano  *seguinte* ao da distribuição das correspondentes apelações ou rescisórias; e o percentual dos embargos, em relação ao total de feitos  *embargáveis*, poderia não traduzir, com precisão, o de  *possíveis iniciativas (de embargar) num determinado ano*. A rigor, para que a pesquisa ficasse imune a críticas, seria necessário identificar, por exemplo, a quantidade de acórdãos em apelações e ações rescisórias  *publicados* em 1999 e a de embargos infringentes interpostos no mesmo ano. Mesmo, pois, a se admitir que algumas decisões do ano de 1999, tomadas no julgamento de apelações e ações rescisórias, apenas hajam sido embargadas mais tarde (em virtude, por exemplo, da data de sua publicação), os dados colhidos parecem suficientemente expressivos para autorizar a seguinte conclusão: os acórdãos não unânimes, em apelações e rescisórias, tornaram-se raros na prática judiciária.

Talvez se possa acrescentar - com base no que tenho observado, nos últimos tempos, em muitas sessões de julgamento a que compareci, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - que, com certa freqüência, os próprios componentes dos órgãos fracionários procuram visivelmente atenuar suas divergências, de modo a evitar a prolação de acórdãos não unânimes, sobretudo quando o dissenso abrange capítulos secundários do litígio. O advogado - da parte  *vencida*, evidentemente - ainda encontrará motivos para censurar a atitude do magistrado que, no julgamento de apelação ou de rescisória, se verga ao entendimento majoritário, com isso frustrando a perspectiva de novo recurso e a possibilidade da reversão (ainda que parcial) do resultado desfavorável. Menos inclinado à crítica se mostrará, a esta altura, quem houver acompanhado, com espírito isento, a exposição dos dados estatísticos aqui recolhidos. ◆

# DIREITO, JUSTIÇA E SOCIEDADE

**SERGIO CAVALIERI FILHO**

*Desembargador do TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ. Professor da Universidade Estácio de Sá.*

## **I. A FINALIDADE DO DIREITO É A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA**

Direito e Justiça são conceitos que se entrelaçam, a tal ponto de serem considerados uma só coisa pela consciência social. Fala-se no Direito com o sentido de Justiça e vice-versa. Sabemos todos, entretanto, que nem sempre eles andam juntos. Nem tudo que é direito é justo e nem tudo que é justo é direito. Por que isso acontece?

Isso acontece porque a idéia de Justiça engloba valores inerentes ao ser humano, transcendentais, tais como a liberdade, igualdade, fraternidade, dignidade, equidade; honestidade, moralidade, segurança, enfim, tudo aquilo que vem sendo chamado de *direito natural* desde a antiguidade. O Direito, por seu turno, é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural concebido como técnica para a pacificação social e a realização da justiça. Em suma, enquanto a Justiça é um sistema aberto de valores, em constante mutação, o Direito é um conjunto de princípios e regras destinado a realizá-la. E nem sempre o Direito alcança esse desiderato, quer por não ter acompanhado as transformações sociais, quer pela incapacidade daqueles que o conceberam, e quer, ainda, por falta de disposição política para implementá-lo, tornando-se por isso um direito injusto.

Creio ser possível dizer que a Justiça está para o direito como o horizonte está para cada um de nós. Quanto mais caminhamos em direção ao horizonte – dez passos, cem passos, mil passos, - mais ele se afasta de nós, na mesma proporção. Nem por isso o horizonte deixa de ser importante porque é ele que nos permite caminhar. Pois também o Direito, na permanente busca da Justiça, está sempre caminhando, em constante evolução.

## **II. A CRIAÇÃO DO DIREITO NÃO É OBRA EXCLUSIVA DO LEGISLADOR**

É justamente neste ponto que se enquadra a primeira questão que gostaria de destacar. *A criação do Direito não é obra exclusiva do legisla-*

*dor*, como comumente se pensa e se ensina, mas também, e principalmente, do jurista, do magistrado, do advogado, enfim, de todos os operadores do direito. O que o legislador faz é criar a lei, mas o direito é muito maior que a lei. Mário Moacyr Porto já dizia que a lei não esgota o direito assim como a partitura não esgota a música. A boa ou má execução da música dependerá da virtuosidade do intérprete. O mesmo ocorre no mundo jurídico; não basta conhecer bem a lei para fazer justa aplicação do direito porque a justiça nem sempre estará na lei. O mau operador do direito – advogado ou juiz – transforma uma lei boa em má, ao passo que o bom operador é capaz de dar boa aplicação até a uma lei ruim. Rosah Russomano, em suas **Lições de Direito Constitucional** (1970, p. 302), diz que a “norma jurídica tornar-se-á boa ou má, produtiva ou prejudicial, elogiável ou iníqua, não tanto pelo seu conteúdo específico, porém antes e acima de tudo pela própria interpretação que o magistrado lhe imprimir.” E interpretar, pondero, é criar uma concordância aceitável entre o caso concreto e a justiça.

É aqui que se revela o talento criativo dos grandes e verdadeiros juristas. São aqueles que, tendo sensibilidade para perceberem os anseios da justiça, empenham-se em ajustar o Direito a essas exigências antes mesmo do legislador, idealizando novas fórmulas jurídicas. Buscam a realização da Justiça quando ainda não é ela encontrada na lei. São os verdadeiros artífices do Direito.

A Escola da Exegese, da qual Montesquieu foi o seu precursor, colocava os textos da lei acima de tudo. Ensinava que os juízes deviam seguir a letra da lei, porque esta representava a vontade do povo. Uma interpretação demasiado larga pareceria demonstrar que esta vontade não era clara. Suspeitava-se do juiz, pois este poderia deformar o pensamento do legislador. Essa escola perdeu toda a influência a partir do momento que a sociedade percebeu que o poder judiciário está animado do mesmo espírito democrático do legislador; que os juízes interpretam a lei com o mesmo sentimento de justiça com que fora votada.

De todas as áreas do Direito, a responsabilidade civil é aquela que mais se presta a exemplificar tudo aquilo que até aqui ficou dito. Evoluiu da culpa provada ao risco integral numa marcha acelerada para acompanhar o ritmo das transformações sociais que ocorreram no curso do século passado em consequência do fantástico desenvolvimento tecnológico e científico que nele teve lugar. Passamos, primeiramente, pela flexibilização do conceito e da prova da culpa; evoluímos para a culpa anônima e a culpa contratual,

até chegarmos à responsabilidade objetiva. E nesta, por sua vez, passamos ao risco integral para certos casos, nos quais o próprio nexu causal fica profundamente diluído. Essa enorme evolução da responsabilidade civil, entretanto, não foi obra dos legisladores, mas sim de juristas geniais que, sensíveis aos reclamos da justiça, engendraram fórmulas jurídicas capazes de eliminar o descompasso entre o social e o jurídico.

### **III. A FINALIDADE DA JUSTIÇA É A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL**

Se a finalidade do Direito, como enfatizado, é a realização da Justiça, qual seria a finalidade da Justiça? Essa é a segunda questão que gostaria de destacar. A finalidade da Justiça é a transformação social. É a construção de uma sociedade justa, como expressamente previsto no artigo 3º da nossa Constituição.

E o que é uma sociedade justa? A própria Constituição nos responde. É uma sociedade sem preconceitos e discriminação de raça, sexo, cor ou idade; uma sociedade livre, solidária, sem pobreza e desigualdades sociais, na qual a cidadania e a dignidade da pessoa humana estão no topo da pirâmide jurídica. E se assim é, então isso importa dizer que, como operadores do direito, jamais poderemos aplicar o direito de forma a contrariar esta finalidade, ainda que a lei não seja a melhor.

### **IV. O PROBLEMA DA LEI INJUSTA**

Com freqüência ouvimos dizer que a questão da lei justa ou injusta é problema do legislador e não do juiz. Quem fez a lei é que tem que responder pelos seus efeitos sociais, positivos ou negativos. Isso não deixa de ser verdade. Mas até que ponto isso exclui a responsabilidade do juiz e dos operadores do direito em geral? Afinal, quem aplica o direito? Quem aplica a lei injusta? O resultado prático e concreto de uma lei só se verifica quando ela é aplicada, e isso não é tarefa do legislador. Logo, assim como a má lei é responsabilidade ética do legislador, a má sentença, a eficácia de vida que dela resulta é responsabilidade ética do juiz. Eis aí o motivo pelo qual não podemos interpretar e aplicar nenhuma lei, qualquer que seja a sua hierarquia, de modo a resultar na indignidade da pessoa humana, na desigualdade social, ou, ainda, no aumento da pobreza, porque isso importaria na negação da própria justiça. E nós, lembremo-nos disso, temos compromisso com o Direito, temos compromisso com a Justiça, e não apenas com a lei. Se a sentença é justa ou injusta isso não é problema do legislador mas sim

do juiz e dos demais operadores do direito, que o ajudaram na elaboração da lei do caso concreto.

Há uma lenda oriental que bem ilustra o que estamos querendo transmitir. Conta-se que numa determinada aldeia as frutas eram muito raras o que levou o Chefe local, um profeta, a estabelecer uma lei determinando que cada pessoa só podia comer uma fruta por dia. A lei foi rigorosamente obedecida por gerações, e a ecologia do local foi preservada. Como as frutas que sobravam davam sementes, outras árvores frutíferas surgiram. Aos poucos aquela região transformou-se num solo fértil, grande produtora de frutas, mas cada pessoa continuava comendo uma só fruta por dia - fiel à lei do antigo profeta -, sem permitir que os habitantes das outras aldeias se aproveitassem da farta produção, embora as frutas apodrecessem no chão. Veio então um novo profeta e quis mudar a antiga lei, mas acabou sendo apedrejado pelo povo.

Por incrível que pareça, isso tem acontecido no mundo jurídico. Em 1929, por exemplo, foi celebrada a Convenção de Varsóvia, cujo artigo 22 estabelece responsabilidade limitada para o transportador aéreo. Assim se estabeleceu naquela época porque a aviação civil era incipiente e os seus riscos enormes. A responsabilidade limitada tinha por objetivo não inviabilizar o transporte aéreo. Acontece que com o desenvolvimento tecnológico e científico o transporte aéreo transformou-se no mais seguro de todos. Conforme números divulgados pela Boeing, para os 18 milhões de vôos comerciais registrados em todo o mundo no ano de 1999, nos quais embarcaram cerca de 1,3 bilhão de pessoas, ocorreram apenas dez acidentes com vítimas fatais. A chance de uma pessoa estar a bordo de um avião que se acidenta é de uma para cada 3 milhões de vezes que ela entra num aparelho. Para alguém completar 3 milhões de vôos, teria de estar a bordo de um jato todos os dias ao longo de 8.200 anos. Pois bem, em 1990, veio uma nova lei, o Código do Consumidor, que estabeleceu responsabilidade objetiva ilimitada para todos os fornecedores de serviços. E como o transportador aéreo é prestador de serviços, está submetido a essa nova lei. Só que essa nova lei, pelos mais variados motivos, não foi aplicada ao transporte aéreo por quase dez anos. Apenas recentemente, em face dos votos brilhantes dos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ruy Rosado e Costa Leite, o Superior Tribunal de Justiça mudou a sua posição, ainda assim com restrições. Como se vê, o problema da decisão injusta não é do legislador, mas sim dos operadores do direito. Mesmo quando o legislador foi eficiente na elaboração da lei a

sentença pode ser injusta por falta de sensibilidade social do julgador.

## V. O PODER TRANSFORMADOR DO DIREITO

A terceira questão a merecer destaque diz respeito ao poder transformador que o Direito tem quando adequadamente elaborado e corretamente aplicado. Neste ponto eu gostaria de transcrever um pensamento que colhi alhures, de grande profundidade. “A idéia de um ordenamento jurídico indiferente aos valores da Justiça, e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não mais tem aceitação. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a.”

E já que acabamos de citar o Código do Consumidor, vamos tomá-lo como exemplo desse poder transformador do Direito. Sabemos todos que o CDC é uma lei avançada, ajustada à realidade social – moderna e eficiente – elaborada por juristas competentes (com J maiúsculo). Mesmo assim levou mais de dez anos para começar a produzir o seu efeito transformador da sociedade, graças à lenta conscientização dos operadores do direito – advogados, juízes e tribunais. Lamentavelmente, ainda não chegou em alguns lugares do nosso País. Mas onde chegou e tem sido corretamente aplicado, os efeitos positivos produzidos pelo Código do Consumidor são simplesmente fantásticos. O povo tomou consciência dos seus direitos, da cidadania, e procura em massa os Juizados Especiais. Grandes fornecedores de produtos e serviços, que outrora causavam pequenos prejuízos impunemente a milhares de pessoas, estão agora se estruturando adequadamente para tratarem os consumidores com dignidade e respeito. Velhas e viciadas estruturas empresariais, voltadas exclusivamente para o lucro, estão se transformando para que possam sobreviver à revolução causada pelo CDC no mundo jurídico empresarial.

A **Revista Veja** de junho do corrente ano (2001) publicou uma reportagem sobre – O FIM DE UM CASAMENTO DE 96 ANOS ENTRE A FORD E A FIRESTONE. A Montadora Ford recolheu e destruiu 13 milhões de pneus da marca Firestone. Assim terminou uma parceria de 96 anos. Em todo o mundo, serão trocados 13 milhões de pneus. No Brasil, 20.000 unidades, mesmo as que ainda estão novinhas, serão moídas e vendidas para recicladoras de borracha ou como combustível para fornos de cimento. Nada poderia ser mais simbólico do desfecho violento de uma das mais antigas parcerias da história da indústria automobilística. A Ford está gastando 3 bilhões de dólares em todo o mundo para queimar os produtos da Firestone,

a empresa que fornecia os pneus para seu célere modelo T, há 96 anos. Esse é o mais novo capítulo escrito pela sucessão de 174 mortes ocorridas em acidentes com Explorer. Com esse *recall* do *recall*, a fábrica de automóveis espera estancar uma hemorragia que significou prejuízos consideráveis. A empresa arcou com parte do custo de 750 milhões de dólares do *recall* da Firestone. Só no ano passado, os problemas causados pela má qualidade dos veículos custaram à empresa mais de 1 bilhão de dólares.

Isso, que ainda parece uma utopia, só se tornou realidade por força de um novo direito – o Direito do Consumidor - ajustado aos ideais da Justiça.

Outro exemplo, ainda mais eloquente. **O GLOBO** do dia 24 de maio do corrente ano (2001), publicou: “GOVERNO VETA USO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR. País às escuras. Reedição de medida provisória dá superpoderes à Câmara de Energia em caso de ações na Justiça”. “No entendimento do Advogado-Geral da União o Código de Defesa do Consumidor foi criado para regular as relações de consumo em tempo de normalidade, não sendo aplicável na situação atual de escassez de energia elétrica. O Governo argumenta ainda que a lei posterior sempre se sobrepõe à lei anterior, o que daria à nova medida provisória preferência sobre o CDC”.

Ocorre, todavia, que a *defesa do consumidor* é um princípio constitucional estabelecido em cláusula pétrea (CF art. 5º, XXII), o que deveria ser do conhecimento do Sr. Advogado-Geral da União como bom constitucionalista, de sorte que nenhuma lei, quer anterior, quer posterior ao CDC, pode atentar contra esse princípio sem a eiva da inconstitucionalidade. Pois bem, os juristas, a OAB e os consumidores, através dos seus órgãos de defesa, reagiram, obrigando o Governo a recuar. Cinco dias depois **O GLOBO** noticiou: “GOVERNO RECUA E APROVA CÓDIGO DO CONSUMIDOR. Mudança na MP permite uso da lei em ações contra o plano de racionamento”.

Isto, no meu entender, é o maior exemplo do poder transformador de um Direito justo e corretamente aplicado. Alguns anos atrás isto seria uma utopia.

## **VI. ADEQUAR O DIREITO À JUSTIÇA – OBRA PERENE DO OPERADOR DO DIREITO**

Gostaria de encerrar destacando uma quarta questão. Adequar o Direito à Justiça é obra perene do operador do direito, por melhor que seja a lei. E assim é porque, sendo a Justiça, como vimos, um sistema aberto de valores em constante mutação, por melhor que seja a lei, por mais avançada

dos os seus princípios, haverá sempre a necessidade de se engendrar novas fórmulas jurídicas para ajustá-la às constantes transformações sociais e aos novos ideais da Justiça. Não podemos ficar aguardando infinitamente pela inspiração e iluminação do legislador, qualidades estas cada vez mais raras, enquanto os frutos sociais apodrecem, cabendo-nos a tarefa de não-somente propor as mudanças no Direito mas também operacionalizá-las para que não termine por se divorciar da Justiça.

Há um acórdão recente do Superior Tribunal de Justiça que bem ilustra este ponto. Um cidadão comprou em Miami, nos Estados Unidos, uma máquina filmadora da marca Panasonic. Chegando ao Brasil a máquina apresentou defeito, o que o fez procurar o representante da referida marca, mas este se recusou a fazer o conserto porque não havia vendido a máquina nem mesmo a importara. A rigor este, caso não se enquadraria no CDC porque esse Código, no caso de produtos estrangeiros, só responsabiliza o importador. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, por sua Quarta Turma (REsp nº 63.981-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – RSTJ 137/389), entendeu que a defesa do consumidor ficaria prejudicada em face da economia globalizada, de sorte que, reformando acórdão do Tribunal de Justiça de S. Paulo, responsabilizou a **Panasonic do Brasil**. A ementa do acórdão é muito elucidativa:

*I. Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso país.*

*II. O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.*

*III. Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente*

*conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.*

*IV. Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.*

Aproveito este julgado do STJ para reafirmar que se a finalidade do Direito é a realização da Justiça, a finalidade da Justiça é a transformação social; a construção de uma sociedade justa, livre, solidária e fraterna, sem preconceitos, sem pobreza e sem desigualdades sociais. A criação de um direito justo, com efetivo poder transformador da sociedade, entretanto, não é obra apenas do legislador, mas também, e principalmente, de todos os operadores do direito, de sorte que se ainda não temos uma sociedade justa é porque temos falhado nessa sagrada missão de bem interpretar e aplicar o direito.

O que o legislador faz, repetimos, é apenas criar a lei mas esta, por mais ampla que seja, não passa de um capítulo do Direito. “É apenas uma parte do direito, um singelo esqueleto”, na feliz imagem do Prof. Antônio Junqueira de Azevedo, sendo que a “vida a este esqueleto vai ser dada pela doutrina, pela jurisprudência e, principalmente, pelo próprio *espírito do povo*, fonte última da própria lei, da doutrina e da jurisprudência”. Antônio Hermam Benjamim, com sua genialidade, completa o quadro dizendo: “O intérprete não pode sentir a lei sem que, ao mesmo tempo, sinta o mundo que a cerca... Por conseguinte, compete ao intérprete a árdua tarefa de proceder à inteligência da lei em sintonia com as exigências *atuais* do espírito do povo, mesmo que ao fazê-lo tenha que abandonar princípios e conceitos arraigados” (Com. ao CDC, Saraiva, 1991, p. 23). O que faz a diferença, em última instância, não é tanto a lei mas sim a cultura jurídica.

No início deste novo século está posto o desafio diante de todos nós: o de nos empenharmos nessa perene tarefa de ajustar o Direito à Justiça a fim de construirmos uma sociedade mais justa e fraterna para os nossos descendentes. Lembremo-nos que o nosso compromisso é com o Direito e a Justiça e não apenas com a lei, e que sem operadores competentes o Direito não passará de uma estrutura formal e a justiça de uma mera utopia. ◆

# A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

CRISTINA TEREZA GAULIA

Professora da EMERJ. Juíza de Direito TJ/RJ

*“Procuró despir-me do que aprendi,  
Procuró esquecer-me do modo de lembrar que me ensinaram.  
E raspar a tinta com que me pintaram os sentidos,  
Desencaixotar minhas emoções verdadeiras,  
Desembrulhar-me e, ser eu ...  
É preciso esquecer a fim de lembrar,  
É preciso desaprender a fim de aprender de novo ...”*  
(Fernando Pessoa, in *Poemas*, Alberto Caeiro, 1979, p. 42)

## I. INTRODUÇÃO

Como operadores concretos da Lei nº 8.078/90, e entendendo que, após o advento da Constituição cidadã de 1988, os Juízes têm um compromisso social maior, devendo atuar de modo efetivo como interventores na injusta realidade social circundante, temos nos preocupado muito com a interpretação frágil e pouco inovadora que tem sido feita do estatuto consumerista, texto legal tão rico em mecanismos de operacionalização da tutela protetiva àqueles, considerados pela própria lei, vulneráveis<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> “No caso dos contratos, o problema é o *desequilíbrio* flagrante de forças dos contratantes. Uma das partes é vulnerável, é hipossuficiente, é o pólo mais fraco da relação contratual, pois não pode discutir o conteúdo do contrato; mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção, ‘pegar ou largar’, isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor. O novo direito dos contratos procura evitar este *desequilíbrio*, procura a equidade contratual” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, 3ª ed., p. 147). Do ponto de vista de uma das maiores consumeristas brasileiras é inegável que ao operador prático do direito é atribuída a missão de redimensionar o “*desequilíbrio*” apontado tornando efetivos os mecanismos de proteção constantes, do não mais tão novo, texto legal de defesa ao consumidor.

A nosso sentir cabe, principalmente aos Juízes, a tarefa da reinterpretção do direito existente e/ou a missão de interpretar as novas leis de acordo com novos paradigmas, afastando de uma vez por todas, a irresistível tendência de enquadrar os fatos da vida real em categorias técnico-burocráticas preexistentes, acreditando assim estar cumprida a missão de prestar a Jurisdição<sup>2</sup>.

Como bem lecionava o erudito mestre Simão Isaac Benjó, em suas aulas de Teoria Geral do Direito Privado, o Juiz moderno há de ser um “Juiz multifacetado”, que incorpore todo o “conhecimento jurídico necessário ao melhor desempenho do cargo que ocupa e, ainda, esteja diuturna e constantemente, interagindo com a realidade que o cerca e na qual se inserem os que buscam suas decisões”.

Diante pois, dos avanços da legislação, a nova tarefa da Jurisdição é interpretar os textos legais de acordo com novos parâmetros hermenêuticos, permitindo que da lei surja a plenitude transformadora, regenerando os institutos jurídicos e possibilitando uma verdadeira guinada em busca da “Justiça coexistencial” referida pelo jurista italiano Mauro Cappelletti<sup>3</sup>.

É necessário pois, aprender a transitar entre o novo e o velho, buscando cada vez mais soluções diferenciadas de modo a garantir a eficácia dos proventos judiciais “que visam solucionar os conflitos”.

Tal postura é sobremodo relevante no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, pois neste *locus* os conflitos que surgem são mor das vezes absolutamente novos, mormente quando se originam de relações de consumo, de modo que se o Juiz pretender buscar as soluções para a questão na juris-

---

<sup>2</sup> O Procurador de Justiça gaúcho Lenio Luiz Streck escreve argutamente sobre o que denomina de “*sentido comum teórico dos juristas*” que produziria “*os standards a serem utilizados pela comunidade jurídica*.” Disso resultaria, nas suas palavras, “*uma interpretação totalmente alienada/afastada das relações sociais. Ou seja, pouco importa ao jurista, que pensa de acordo com o sentido comum teórico, o conteúdo das relações sociais... O que importa é fazer uma “boa hermenêutica”; o importante é resolver com competência dogmática, neutralmente as antinomias do sistema.*” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**, Livraria do Advogado, 2ª ed., p. 65).

<sup>3</sup> A “Justiça coexistencial” referida por Cappelletti, seria uma Justiça baseada em critério de igualdade social distributiva e na participação dos membros da comunidade, interessada na controvérsia em questão. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores**, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993).

prudência dominante, ou na doutrina clássica, estará fadado à perplexidade lacunosa<sup>4</sup>.

Como acuradamente revela a Procuradora de Justiça Heloísa Carpena:

*“Ao incorporar avanço de técnica legislativa, valendo-se de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, o Código de Defesa do Consumidor acompanhou a tendência de flexibilização do sistema jurídico, reforçando o papel do magistrado na apreciação dos conflitos de consumo. O juiz é então chamado a criar a “norma do caso concreto”, preenchendo com a sua valoração os comandos.*

---

<sup>4</sup> Citamos à guisa de ilustração duas hipóteses recentes e igualmente interessantes que nos couberam julgar na Turma Recursal. A primeira referente ao Proc. 2000.700.005871-7, oriunda do recurso inominado do JEAC de Cachoeiras de Macacu, em que foi recorrente Manoel Souza Torres e recorrida, Soter Sociedade Técnica de Engenharia S/A, que teve a seguinte decisão, cuja ementa se transcreve: *“Corte de árvore de propriedade do autor por empresa de engenharia elétrica para instalação de poste de iluminação da CERJ – Árvore de jambo de mais de trinta anos de idade plantada pelo próprio autor – Derrubada feita sem autorização ou conhecimento do autor – Determinação da empresa de iluminação para quem a ré presta serviços de que os galhos de árvores até dois metros da referida rede elétrica sejam podados – Dano moral causado ao autor reconhecido na Sentença – Quebra dos princípios da transparência máxima e da lealdade – Possibilidade de cumprir o réu com sua obrigação de preservar os postes de iluminação fazendo tão somente a poda dos galhos sem a derrubada da árvore – Proceder inconseqüente da empresa-ré que gera danos ao autor e danos ao meio ambiente – Defeito grave na prestação de serviço – Prática de crime contra a flora tipificado na n.º Lei 9.605/98 – Valor irrisório da condenação que é de ser aumentado considerando a gravidade do fato e sua ilicitude, o potencial ofensivo da ré ao meio ambiente, o dano causado à propriedade do pequeno lavrador e o porte econômico da ré – Sentença que se reforma para aumentar o valor da indenização a título de dano moral para R\$ 2.600,00.”*

E o segundo exemplo, decorrente de decisão da mesma Turma Recursal no Proc. 2001.700.001245-8, em recurso inominado interposto em face de decisão prolatada pela douta Juíza em exercício no VII JEC, Dra. Karenina David Campos, entre Petrobrás – Petróleo Brasileiro S/A e Eduardo Alberto Goulart, em que a Instância *ad quem* manteve a brilhante sentença com a ementa a seguir: *“Indenização – Derramamento de óleo cru na Baía de Guanabara – Desastre ecológico-ambiental que atinge ilha que mora o autor – Local onde a atividade econômica principal é o turismo cuja maior demanda ocorre na época do verão – Autor que trabalha como fotógrafo sendo a maior parte dos serviços que executa contratados por turistas e veranistas que visitam a Ilha de Paquetá – Vazamento de óleo de intensa proporção que atinge todo o contorno da ilha poluindo e degradando suas praias e que afugenta os turistas – Autor que sofre estimada perda financeira em função da ausência dos potenciais consumidores durante a alta temporada de verão e em fins-de-semana e feriados subseqüentes – Exercício da atividade de fotógrafo que o autor comprova nos autos – Danos causados que não são totalmente reparados nem contidos pelas medidas técnicas adotadas pela ré, vez que estas estancam os efeitos nocivos do impacto ambiental na forma de ações emergenciais, mas não têm o condão de eliminar todas as seqüências ambientais e sócio-econômicas danosas decorrentes do fato a nível futuro – Responsabilidade civil – Empresa-ré*

*Tem, sem dúvida alguma, mais condições de responder às demandas sociais, sempre novas e crescentemente complexas.”<sup>5</sup>*

Desse modo, para permitir a efetiva proteção e defesa dos interesses do consumidor, materializados nos novos padrões de direito material trazidos à lume pelo Codecon (responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, modificação das cláusulas contratuais desproporcionais ou excessivamente onerosas, efetiva reparação de danos materiais e morais etc.), o aplicador da lei há de buscar uma fórmula de interpretação também inovadora no que tange aos institutos de direito processual previstos na Lei 8.078/90.

A começar pelo art. 1º da lei, impossível tergiversar sobre o caráter de ordem pública e interesse social estabelecido para reger toda a legislação consumerista.<sup>6</sup>

---

*que é fornecedora de serviço na forma do art. 3º Codecon – Autor que se enquadra na qualificação de consumidor por equiparação (vítima do evento) – Art. 17 Codecon – Princípio da dimensão coletiva das relações de consumo a ser considerado no caso – Dever de reparação pelos danos causados – Arts. 12 caput § 1º c.c 6º VI Lei nº 8.078/90 – Empresa-ré que na esfera administrativa se compromete a pagar ao autor R\$ 500,00 mensais ao longo de dez meses a título de indenização por danos materiais, e que efetua tão somente o primeiro pagamento decidindo unilateralmente cancelar os restantes – Autor que ajuíza ação em sede de JEC pleiteando o pagamento pela ré das nove parcelas pendentes e indenização por dano moral em face da conduta desrespeitosa da empresa – Ré que em peças defensivas enumera e exemplifica medidas técnico-administrativas e sociais implementadas logo após o evento danoso para minimização de suas conseqüências, mas que não comprova o controle e a erradicação dos males e prejuízos oriundos do mesmo – Danos materiais existentes e inclusive estimados pela própria empresa-ré – Danos morais ocorrentes em face da falta ao dever de cuidado e cooperação com os interesses do cidadão e da insegurança a ele imposta bem como a todo o meio ambiente – Preliminares argüidas pela ré em peça contestatória acertada e fundamentadamente rechaçadas pelo Juízo a quo – Sentença de procedência total do pedido que condena a ré a pagar ao autor R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) a título de indenização por danos materiais e ainda R\$ 1.540,00 (hum mil quinhentos e quarenta reais) por danos morais, que se confirma.”*

<sup>5</sup> CARPENA, Heloísa. **Abuso de Direito nos Contratos de Consumo**, Forense, 2001, p. 3.

<sup>6</sup> Diz o referido dispositivo legal: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º XXXII e 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.” Para definir tal principiologia ninguém melhor que o próprio legislador, entre os quais destacamos José Geraldo Brito Filomeno que, em obra sobre o tema esclarece que o Código do Consumidor consagra antes de tudo “uma filosofia de ação”. (PELEGRINI, Ada e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Forense Universitária, 6ª ed., p. 17).

O significado deste princípio de referência é muito simples: as normas que integram o CDC são cogentes e devem ser aplicadas pelo Juiz, inclusive quando as partes envolvidas as rejeitarem (ou seja, mesmo que o consumidor não queira, caberá ao juiz aplicar a lei consumerista se o conflito for desta ordem).

E é assim porque a idéia que se liga ao Codecon é a de *intervencionismo estatal*.

Nas palavras do Defensor Público José Augusto Garcia:

*“Caracterizando-se as relações de consumo exatamente pela vulnerabilidade de um de seus protagonistas resta claro, que o regime consumerista não pode prescindir de uma boa e compensatória DOSE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO.”*<sup>7</sup>

Ou seja, as normas de ordem pública são aquelas que não podem ser afastadas sequer pelas partes, sendo outrossim aplicáveis de ofício pelo Juiz.

Não nos esqueçamos que o direito do consumidor tem seu nascedouro em sede constitucional, advindo sua força da Lei Maior (art. 5º XXXII e 170 V), tendo esta estabelecido a proteção ao consumidor como DIREITO FUNDAMENTAL.

É preciso, portanto, redefinir o instrumental do atuar do Juiz, instrumental este que se materializa nas regras de processo.

Assim, da mesma forma como se fala hoje em um direito “civil-constitucional”, é preciso sublinhar por igual, a importância do direito processual civil de cunho constitucional, que é aquele que reconduz a pessoa humana ao centro das atenções do julgador. O processo deixa assim de ser mera compilação de papéis visando a concretização de rituais formalísticos, passando a ser o espaço onde sobrelevam as situações existenciais conflituadas do cidadão-jurisdicionado.

Partindo deste enfoque é que pretendemos tecer algumas considerações sobre a regra do art. 28 da Lei 8.078/90 que aborda, de modo inusitado, o instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.<sup>8</sup>

<sup>7</sup>GARCIA, José Augusto. “Princípio da dimensão coletiva das relações de consumo”, **Revista de Direito do Consumidor**, v. 28/98, p. 75.

<sup>8</sup> Refere o CDC no art. 28: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando

## II. NASCIMENTO DO INSTITUTO

Partimos em busca do conceito do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, do art. 20 do Código Civil Brasileiro que estipula:

*“As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.”*

E complementamos a regra legal com o ensinamento de Clóvis Beviláqua:

*“A consequência imediata da personificação da sociedade é distingui-la, para os efeitos jurídicos, dos membros, que a compõem. Pois que cada um dos sócios é uma individualidade e a sociedade uma outra, não há como lhes confundir a existência.*

*A sociedade, constituída por seu contrato, e personificada pelo registro, tem um fim próprio, econômico ou ideal, move-se, no mundo jurídico, a fim de realizar esse fim: tem direitos seus, e um patrimônio, que administra, e com o qual assegura, aos credores, a solução das dívidas que contrai.”*<sup>9</sup>

Desse modo ao criar o CCB o modelo *societas distat a singulis*, estabelece a lei uma ficção, ficção esta necessária para que se solidificasse no Brasil, à ocasião da entrada em vigor do Código Civil, um dos grandes marcos do capitalismo: o fortalecimento da iniciativa privada.

No entanto, começam a verificar os operadores do direito que, em inúmeras ocasiões, o absolutismo da norma legal ensejada por Clóvis, e o dogma teórico de que as personalidades da sociedade e de seus sócios não se confundem, conduziam a profundas injustiças, sobretudo quando a pessoa jurídica em sua “inatacabilidade”, encobria fins ilícitos que visassem fraudar os interesses dos credores.

---

houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

<sup>9</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos E.U.B.**, comentários ao art. 20.

Surge então o instituto da *disregard of legal entity*, importado do direito anglo-saxão que entre nós toma diferenciados nomes, a saber: “desconsideração da pessoa jurídica”, “despersonalização da sociedade comercial”, “superamento da personalidade jurídica”, ou “teoria da penetração”.

Interessante observar portanto, que a noção absoluta, incorporada pela codificação civil pátria no art. 20, já nasce em descompasso com a realidade concreta.

E é no célebre texto do emérito comercialista Rubens Requião, “Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica”, que encontramos referências às primeiras decisões e conceituações doutrinárias sobre a matéria.<sup>10</sup>

Faz o professor paraense, no texto que referimos, um estudo pioneiro e sistematizado da matéria, trazendo os posicionamentos a respeito de juristas estrangeiros, como por exemplo, o alemão Rudolf Serick que ensinava ser necessário *to lift the corporate veil*,<sup>11</sup> toda vez que a perso-

---

<sup>10</sup> Relata o Prof. Requião no texto publicado na RT 410/13, nº 2, 1969, o caso “Salomon vs Salomon e Co.” ocorrido em 1897, na Inglaterra, em que “o comerciante Aaron Salomon havia constituído uma *company* em conjunto com outros seis componentes de sua família, e cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas para a integralização do valor do aporte efetuado. Salomon recebeu ainda obrigações garantidas de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da *company* era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em consequência Aaron Salomon devia ser condenado ao pagamento dos débitos da *company*, vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários. O magistrado que conheceu do caso em primeira instância, secundado depois pela Corte de Apelação, acolheu essa solicitação, julgando que a *company* era exatamente apenas uma fiduciária de Salomon, ou melhor, um seu *agent* ou *trustee*, e que o próprio Salomon que permanecera na verdade o efetivo proprietário do fundo de comércio. Nisto ficou a inauguração da doutrina do *disregard* pois a Casa dos Lordes, acolheu o recurso de Aaron Salomon, para reformar aquele entendimento das instâncias inferiores na consideração de que a *company* tinha sido validamente constituída, pois a lei simplesmente requeria a participação de 7 pessoas, que no caso não haviam perseguido nenhum intuito fraudulento. Esses acionistas, segundo os “Lordes”, haviam dado vida a um sujeito diverso de si mesmos, e em última análise não podia julgar-se que a *company* fosse um *agent* de Salomon. Em consequência não existia responsabilidade de Salomon para com a *company* e seus credores e era, conseqüentemente válido seu crédito privilegiado.” Ou seja, muito embora a **House of Lords** tenha decidido contrariamente à tese inovadora, fortalecendo a dogmática tradicional, formal e legalista, foi a partir deste caso que a teoria da superação da personalidade da pessoa jurídica entra definitivamente no mundo do direito.

<sup>11</sup> “Levantar o véu da corporação (tradução livre) ou “descerrar o véu corporativo” (tradução do prof. Rubens Requião).

nalidade da pessoa jurídica fosse usada de forma abusiva, desrespeitando a boa-fé e aviltando os fins para os quais a sociedade havia sido fundada.

Refere o texto, ainda, noção do americano Wormser, que em 1912, pioneira e lucidamente, ensinava:

*“quando o conceito de pessoa jurídica (**corporate entity**) se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinquentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais.”*

Lastreado nesses ensinamentos é que o próprio Requião, no escrito inserido em seu **Curso de Direito Comercial** alertava que a doutrina fora focalizada “com o propósito de demonstrar que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito.”<sup>12</sup>

A partir desses primeiros esforços doutrinários, a literatura jurídica pátria começou a agasalhar a doutrina da desconsideração, e os tribunais, de forma tímida e eventual, passaram a aplicar o instituto aqui e ali.<sup>13</sup>

### **III. A ABORDAGEM DO INSTITUTO PELA LEI Nº 8.078/90**

Diferentemente do ocorrido com outros institutos do direito que se assentaram definitivamente no direito brasileiro graças ao trabalho constante e incansável dos tribunais, que qual bandeirantes abriam picadas por onde lhes seguia o legislador, a desconsideração da personalidade jurídica somente se incorporou ao plano jurídico nacional com a força necessária a instituto de tal envergadura, após o advento da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Antes do advento do Codecon, refere Zelmo Denari,<sup>14</sup> que a antiga Lei das Sociedades Anônimas (DL nº 2.667, de 1940) individualizara “a

<sup>12</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, Saraiva, 19ª ed., 1988, v. I, p. 284/5.

<sup>13</sup> A respeito da evolução da teoria, e da implementação teórico-prática da mesma pelo direito brasileiro, remetemos o leitor ao primoroso ensaio do Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes, “Desconsideração da Personalidade Jurídica”. **Revista de Direito Civil**, v. 46/98, p. 27/49.

<sup>14</sup> *Idem, ibidem*, obra referida na nota nº 6.

responsabilidade dos seus administradores quando agem com dolo, culpa ou com violação da lei ou dos estatutos (conforme art. 121)”, bem assim, revela o mesmo jurista, “a atual Lei das S. A. (Lei nº 6.404/76), manteve a mesma disposição”. Assinala ainda, que em função de reclamar o Direito Tributário “maior rigor do legislador no combate às manobras fraudulentas perpetradas pelos administradores”, buscou o Código Tributário Nacional “equacionar o tema”, e no art. 135, pessoalizou a responsabilidade dos administradores “nas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

Porém, tais incursões parciais da lei representavam mera ranhura superficial no mito da intangibilidade da pessoa jurídica.

Com o surgimento do artigo 28 da Lei nº 8.078/90, ficaram, entretanto, superadas todas e quaisquer dúvidas que o operador jurídico nacional podia ter a respeito do tema.

O dispositivo legal é de clareza cristalina ao consagrar no *caput*:

*“O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”*

e complementar no § 5º:

*“Também será desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”*

Ou seja, o Codecon veio enterrar em definitivo, as eventuais dúvidas porventura existentes no tocante a serem a fraude e o abuso de direito, as únicas condições propiciadoras do afastamento, pelo juiz, da personalidade da pessoa jurídica, fornecedora de produtos ou serviços, que tenha lesado o consumidor.

Como leciona a festejada Cláudia Lima Marques:

*“A previsão ampla englobando todas as hipóteses detectadas no direito comparado e na experiência jurisprudencial brasileira sobre o tema,*

*deixa bem clara a opção legislativa pela proteção ao consumidor através da desconsideração sempre que a “personalidade” atribuída à sociedade for obstáculo ao ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor.”*<sup>15</sup>

Ou seja, diante do claro e indubioso texto legal, repita-se de índole protetiva ao consumidor, é necessária uma nova postura hermenêutica. A lei está diante de nós, fazendo, como costuma dizer o Desembargador Sérgio Cavalieri, “uma guinada de 180 graus”, de modo que uma postura de negação do intérprete só conduz ao descumprimento da lei.

Não cabem aqui, portanto, críticas ao Código por fugir este à dogmática dominante. É preciso sim, olhar o novo horizonte legislativo como parte da nova realidade social que o mesmo veio defender e preservar. Para tanto uma mudança de paradigmas é essencial.<sup>16</sup>

#### IV. DESCONSIDERAÇÃO E EFICÁCIA

Mais uma vez aqui, como já se argumentou em outra ocasião<sup>17</sup>, resalte-se que o art. 6º, inciso VI, do Codecon estabelece ser *direito básico do consumidor* “a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais”, disposição legal esta que, sob a ótica do princípio da ordem pública sobre o qual discorremos acima, transforma o vocábulo “poderá” inserido no texto legal

---

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*, nota de rodapé nº 1, p. 639.

<sup>16</sup> Devem pois ser afastadas as interpretações equivocadas que tendem a enquadrar o novo (texto legal) ao velho (posicionamento dogmático-jurisprudencial). Se a lei caminhou para frente é preciso que a acompanhem a passos largos os juristas. Incabível, por conseguinte, aceitar o posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho de que “contudo, tais são os desacertos do dispositivo em questão (art. 28), que pouca correspondência há entre ele e a elaboração doutrinária da teoria. Com efeito, entre os fundamentos legais da desconsideração, encontram-se hipóteses caracterizadoras de responsabilização de administrador que não pressupõem nenhum superamento da forma da pessoa jurídica. Por outro lado, omite-se a fraude, principal fundamento para a desconsideração. A dissonância entre o texto legal e a doutrina nenhum proveito trará à aplicação do novo Código; ao contrário é fonte de incertezas e equívocos” (COELHO, Fábio Ulhoa e outros. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**, Saraiva, 1991, p. 142). É claro que tais comentários, editados imediatamente após os primeiros meses de vigência da lei, estavam ainda embebidos na fonte civilista, atroz inimiga do novo paradigma consumerista que acabara de nascer.

<sup>17</sup> GAULIA, Cristina Tereza. “A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”, *Revista da EMERJ*, v. 4, nº 13, 2001, p. 88.

que se examina, em um dever para o juiz, sempre que o mesmo se defrontar com obstáculo ao ressarcimento do consumidor criado pela personalidade jurídica do fornecedor.

Neste momento, em face do princípio da efetividade das normas processuais do CDC, e garantindo direito expressamente concedido por esta lei ao consumidor, deve o juiz ignorar a “personificação” societária, e, como se a pessoa jurídica não existisse, lançar mão dos bens das pessoas físicas *behind the mask*<sup>18</sup>, e produzir o resultado judicial concreto que a parte autora veio buscar no Judiciário.

Além disso, diante da extensão de hipóteses trazidas pelo dispositivo em comento (abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito e violação dos estatutos ou contrato social), que ao mesmo tempo relacionou as figuras mais freqüentes e adicionou, *ad cautelam*, uma hipótese genérica (quando a personalidade for de alguma forma obstáculo ao ressarcimento de prejuízos - § 5º), não é possível interpretar a segunda parte do *caput* restritivamente, sendo necessário que se lhe dê interpretação extensiva.

Ou seja, uma abordagem do art. 28 do Codecon que pretenda, de forma ampla, proteger o consumidor, “assegurando-lhe livre acesso aos bens patrimoniais sempre que o direito subjetivo de crédito resultar” ameaçado por “quaisquer das práticas abusivas elencadas”<sup>19</sup>, deve considerar inserida no dispositivo que se comenta a intervenção e liquidação extrajudicial em instituições financeiras, sob pena de ferir-se frontalmente a linha protetiva assumida pela lei.

Dessa forma, muito embora o art. 28 do Codecon não mencione, expressamente, que a desconsideração também será efetivada em caso de intervenção ou de liquidação extrajudicial de instituições financeiras, processo previsto na Lei nº 6.024/74, a busca da efetividade a que se refere o inciso VI do art. 6º do mesmo Código, não pode ser limitada por legislação anterior à lei e ao texto constitucional em vigor, posto que a entender-se estarem tais hipóteses excluídas da atuação do art. 28 CDC, estar-se-ia desrespeitando frontalmente o princípio da isonomia.

Aponte-se que a intervenção do Banco Central em instituição financeira, e a eventual posterior liquidação extrajudicial, somente surgem,

---

<sup>18</sup> “Por detrás da máscara” (tradução livre).

<sup>19</sup> DENARI, Zelmo. *Idem, ibidem*, notas de rodapé nºs 6 e 14.

na forma dos arts. 2º e 15 da Lei nº 6.024/74<sup>20</sup>, quando ocorrer má-administração colocando em risco os credores (art. 2º, I), reiteradas infrações aos dispositivos da legislação bancária (art. 2º, II), fatos que ensejariam a falência (art. 2º, III e 15 I a), violação grave de normas legais e estatutárias (art. 15, I, b), sério prejuízo que sujeite os credores a riscos anormais (art. 15, I, c), hipóteses essas que configuram, nada mais nada menos, que indícios (ou concretização) dos fatos que o Codecon considera ensejadores da desconsideração na primeira parte do *caput* do art. 28 (a lei inclusive se refere de forma expressa a “anormalidades nos negócios sociais da instituição”). Porém, de qualquer forma, certamente em todos os casos haverá “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Exemplo prático certamente ajudará a ilustrar a questão.

Recentemente algumas dezenas de consumidores lesados pela Intereunion Capitalização, instituição financeira que jogou no mercado o título de capitalização “Papa Tudo”, que alardeava seus benefícios através de propaganda veiculada pela animadora Xuxa, e que, efetivamente “papa-

---

<sup>20</sup> Lei nº 6.024/74 – “Art. 2º Far-se-á a intervenção quando se verificarem as seguintes anormalidades nos negócios sociais da instituição: I - a entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores; II - forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização; III - na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos artigos 1º e 2º, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências), houver possibilidade de evitar-se, a liquidação extrajudicial. Art. 15. Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira: I - *ex officio*: a) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência; b) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais; c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirográficos; d) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores; II - a requerimento dos administradores da instituição - se o respectivo estatuto social lhes conferir esta competência - ou por proposta do interventor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida. § 1º O Banco Central do Brasil decidirá sobre a gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando as repercussões deste sobre os interesses dos mercados financeiro e de capitais, e, poderá, em lugar da liquidação, efetuar a intervenção, se julgar esta medida suficiente para a normalização dos negócios da instituição e preservação daqueles interesses. § 2º O ato do Banco Central do Brasil, que decretar a liquidação extrajudicial, indicará a data em que se tenha caracterizado o estado que a determinou, fixando o termo legal da liquidação que não poderá ser superior a 60 (sessenta) dias contados do primeiro protesto por falta de pagamento ou, na falta deste do ato que haja decretado a intervenção ou a liquidação.”

va” todo o dinheiro dos incautos consumidores, levaram seus reclamos de reembolso dos valores ilegitimamente retidos pela empresa, mesmo após a premiação, ao Judiciário.

Infelizmente, na ocasião, as poucas ações que chegaram à Turma Recursal demonstraram que, a quase totalidade dos pedidos interpostos na instância preliminar dos Juizados Especiais Cíveis, haviam sido julgados extintos sem apreciação do mérito, por sentenças que encaminhavam os consumidores para a Vara de Falências e Concordatas, vez que os advogados da Interunion se apressavam em alegar, já nas audiências de conciliação, que a instituição estava em processo de liquidação extrajudicial.

Numa primeira etapa, também os recursos inominados interpostos pelos consumidores restaram infrutíferos, posto que as sentenças foram mantidas por seus próprios fundamentos.

Em um segundo momento, evoluiu a Turma para reconhecer que as ações deveriam ser afinal julgadas em 1º grau, para que as partes pudessem (ao menos) obter título judicial executável, muito embora transferindo a execução para o mesmo Juízo com competência falimentar.

Em ambas as ocasiões restamos vencidos, pois entendemos que, ao transferir a competência para o julgamento, e/ou para a execução, ao Juízo de Falências, estar-se-ia em verdade cerceando (inviabilizando) o direito de ação dos consumidores que buscavam o ressarcimento das parcas quantias despendidas com o sonho vendido pela “rainha dos baixinhos”.<sup>21</sup>

Outrossim, ponderamos que, da mesma forma como se atingem os bens dos sócios da empresa fornecedora, que não se enquadra no conceito legal de instituição financeira, deveriam ser atingidos, por igual, os bens dos diretores e administradores destas instituições.

E a razão é simples: dentro de um sistema de isonomia, porque trataria a lei (protetiva do consumidor) com maior beneplácito justamente às entidades que maior lucro auferem às custas da hipossuficiência dos consumidores?

Irrazoável tal interpretação, foi a mesma por nós afastada e, desse modo, pugnamos pela desconsideração da personalidade jurídica da instituição, a ser imposta, de ofício, pelo Juiz, já que os jurisdicionados em questão

---

<sup>21</sup> Menciona o Prof. Dinamarco a seguinte observação de Héctor Fix-Zamudio, “de que a verdadeira garantia dos direitos da pessoa consiste precisamente em sua proteção processual, para o quê é preciso distinguir entre os direitos do homem e as garantias de tais direitos, que outra coisa não são senão meios processuais por obra dos quais é possível sua realização e eficácia.”(DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, 4ª ed., Malheiros, v. I, p. 303).

tenham pleitos inferiores a 20 salários mínimos, e estavam no processo de *per se*, sem advogado que os representasse.

Dar eficácia ao texto da lei exige, a nosso sentir, a superação de determinadas limitações impostas pela dogmática tradicional, mormente se estas limitações estão em descompasso com a lógica de um novo sistema legal.

O Código de Defesa do Consumidor pressupõe, como aliás estabelece seu próprio nome, uma política de “defesa” ao consumidor, de modo que toda e qualquer interpretação de seus conteúdos normativos deve ser realizada sob uma ótica de extensão da proteção, já que sua restrição atentaria contra seu fundamento essencial.

E não se argumente em desfavor da tese aqui defendida, com o disposto no art. 18, letra *a*, da Lei nº 6.024/74.<sup>22</sup>

Em primeiro lugar, pois que, tal dispositivo legal somente se aplica à liquidação extrajudicial e não à intervenção, devendo-se pois distinguir e diferenciar as hipóteses quando as mesmas ocorrerem. Ou seja, se a ação de conhecimento foi interposta em face de instituição financeira<sup>23</sup> que esteja sob intervenção, NÃO ocorrerá a suspensão das ações e execuções, posto que não se aplica a este procedimento o art. 18 da Lei nº 6.024/74.

Acrescente-se que o art. 6º desta lei, que enumera os efeitos que a intervenção produz, dispõe tão-somente sobre a suspensão da exigibilidade de “obrigações” vencidas e vincendas<sup>24</sup>, se referindo, portanto, às obrigações

---

<sup>22</sup> Lei nº 6.024 de 13.03.74. “Art. 18: A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos: a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras enquanto durar a liquidação.”

<sup>23</sup> Segundo Werter R. Faria, “o art. 1º da Lei nº 6.024 sujeita à liquidação extrajudicial as instituições financeiras privadas, inclusive as cooperativas de crédito, e as instituições financeiras públicas não federais. As primeiras compreendem, além das cooperativas de crédito, os bancos comerciais cuja maioria do capital pertença a pessoas físicas ou jurídicas privadas, as sociedades de crédito, financiamento e investimento e as sociedades de crédito imobiliário. As segundas (instituições financeiras não federais) abrangem os bancos de desenvolvimento e os bancos comerciais estaduais cuja maioria do capital social pertença ao Estado onde têm sede os bancos de investimento. O art. 52 da Lei nº 6.024 estende a liquidação às sociedades corretoras, sociedades distribuidoras e sociedades de investimento, integrantes do sistema de distribuição de títulos e valores mobiliários no mercado de capitais, e empresas corretoras de câmbio.” (FARIA, Werter R. **Liquidação extrajudicial, intervenção e responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras**, Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 12).

<sup>24</sup> Lei nº 6.024 de 13.03.74. “Art. 6º: A intervenção produzirá, desde sua decretação, os seguintes efeitos: a) suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas; b) suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas; c) inexistência dos depósitos já existentes à data de sua publicação.”

contratadas ou assumidas na esfera administrativa, de modo que excluídas assim as prestações decorrentes de ações judiciais.

Desse modo, no que tange a intervenção, a ação poderá continuar a tramitar, contra a própria instituição financeira, e, em caso de ser obstaculizado, de qualquer forma, o ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores, após a desconsideração da personalidade jurídica, contra seus administradores, lembrando-se que, nessa hipótese, a instituição financeira não fica paralisada, mas continua suas atividades, estipulando novos contratos e assumindo obrigações.

No tocante à instituição em liquidação, entretanto, uma primeira interpretação que case o art. 28 da Lei nº 8.078/90 com o art. 18 da Lei nº 6.024/74, forçosamente levará o intérprete a concluir que, a execução deverá iniciar-se, desde logo, contra os administradores da instituição liquidanda, mantendo-se a instituição somente nominalmente no processo executivo.

Referimo-nos acima a uma “primeira interpretação” posto que, sem dúvida, há uma segunda menos superficial, que diz respeito à derrogação do art. 18, letra *a*, da Lei nº 6.024/74, quando defrontada tal disposição com ação que diga respeito a uma relação de consumo envolvendo, de uma lado autor-consumidor, e de outro, a entidade-liquidanda, como fornecedora.

Isto porque, argumentava-se, que a Lei nº 6.024/74 teria tido como finalidade a preservação e tentativa de soerguimento das instituições financeiras em crise e, sua liquidação, da forma mais adequada e menos prejudicial possível ao mercado financeiro, em caso de insuperabilidade da crise. Haveria aqui interesse público a amparar os critérios da lei.

No entanto, a Lei nº 6.024/74 veio à lume, sob uma diferente ótica constitucional, em um outro tempo político.

A Constituição Federal vigente se assenta em princípios diversos daqueles que vigiam então<sup>25</sup>, e, a Lei nº 8.078/90, por ser norma, como se viu acima, de ordem pública e interesse social, se sobrepõe, em face de sua inegável abrangência, àqueloutra que visa a interesses somente parcialíssimos dentro da sociedade brasileira.

---

<sup>25</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil, assegura em seu preâmbulo, “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos ...”. Ademais, funda-se o Estado Democrático de Direito no fortalecimento da cidadania e na dignidade da pessoa humana (art. 1º II e III), elevando a defesa do consumidor (art. 5º XXXII) a direito fundamental.

Ademais, o art. 18 da Lei nº 6.024/74 se choca frontalmente com o princípio da efetividade da proteção ao consumidor, constante do art. 6º Codecon que, especificamente dispõe ser “direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”(grifamos)

Desse modo não há como compatibilizar o texto do art. 18, letra a, da Lei nº 6.024/74 com o art. 6º, VI, da Lei nº 8.078/90, havendo que prevalecer a segunda disposição em face do caráter de “ordem pública e interesse social” da lei em que vem inserido.

Porém, mesmo que assim não fosse, é preciso referir que, apesar da ainda incipiente influência da Lei nº 8.078/90 na maioria das decisões judiciais atinentes às instituições financeiras em liquidação extrajudicial, a melhor jurisprudência já vem se inclinndo a suspender exclusivamente os processos de execução, em que há ordem para pagamento imediato da dívida, permitindo ao credor que discuta nas ações de conhecimento a existência e o valor da dívida, a fim de que possa num segundo momento habilitar seu crédito na execução concursal.<sup>26</sup>

## V. OUTROS PONTOS DE RELEVO PRÁTICO

É imperioso que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica não se torne mais uma “mera tecnicidade formal” existente no ordenamento jurídico nacional, sem eficácia no plano da realidade concreta.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> A respeito, transcrevemos a seguinte ementa: *SUSPENSÃO DO PROCESSO – Rescisão contratual cumulada com pedido de perdas e danos – Lide envolvendo administradora de consórcio em liquidação extrajudicial – Paralisação que deve ficar reservada àqueles casos em que há dívida acerca da prestação – Prosseguimento determinado ficando, todavia, uma vez definida a situação com a “coisa julgada”, sujeita à execução concursal – Arts. 24 § 2º e 22 da Lei 6.024/74 – Recurso provido (1º TAC/SP, 6ª CC, AI nº 942568-5, Santos, 22.08.00, Rel. Juiz Massani Uyeda, v.u., voto 5758, pub. Valor Econômico, 03.10.01, E2).*

<sup>27</sup> Ensina Dinamarco que “a afirmação da tutela do homem como resultado do processo é decorrência da visão do processo pelo ângulo externo e da metodologia descrita como processo civil de resultados. Nessa ótica, em que prepondera a preocupação pelo resultado útil de cada experiência processual na vida comum das pessoas em relação com outras ou com os bens, levam-se em conta, de um lado, as pretensões insatisfeitas que impulsionam as pessoas a demandar e, de outro, o modo como fica essa pretensão depois do processo findo. São essas as duas pontas do iter de inserção do processo na vida em sociedade – ou seja, a realidade do precedente ao processo que legítima sua celebração, e a realidade sucessiva ao processo criada por ele.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, Malheiros, 4ª ed., p. 825)

O festejado processualista traz à tona a discussão sobre a re-significação do “devido processo legal” (art. 5º LIV CF/88), que sob a ótica hodierna, e inserido como princípio de um Estado Democrático de Direito, tem como seus elementos essenciais, a eficiência da tramitação do processo após a propositura da ação (preservação da celeridade, economia processual e afastamento dos formalismos desnecessários)

Destarte, quando o Juiz afasta a personalidade da pessoa jurídica da empresa ré, não basta a mera inclusão dos “sócios da pessoa jurídica no pólo passivo da relação processual”, como se com tal fazer judicial ocorresse a mágica do implemento do pagamento ao credor.

É necessário buscar o valor devido ao credor, aonde esse estiver.<sup>28</sup>

Desse modo, deverá ser a personalidade da pessoa jurídica afastada até que o Juiz encontre patrimônio suficiente para a indenização devida ao consumidor lesado.

A Jurisprudência já tem assim se posicionado, inclusive em questões que não dizem respeito às relações de consumo.<sup>29</sup>

A própria Lei nº 8.078/90 estabelece no § 2º do art. 28 a responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes dos grupos societários e das sociedades controladas.<sup>30</sup>

---

e a eficácia (utilidade prática do provimento jurisdicional final). A sentença deve portanto ser mais que um belo (e às vezes nem tão belo!) pedaço de papel com o autógrafo do Juiz. Para que ela tenha alguma utilidade, deve ser a fórmula prática e eficiente para a “transferência do dinheiro do bolso do devedor para o do credor”, nas palavras do Des. Wilson Marques, em suas cultuadas aulas de processo civil. Se tal materialização não se dá no mundo real, inútil todo o esforço e energia despendidos pelo Judiciário no curso do processo.

<sup>28</sup> Não se pode deixar aqui de trazer à baila a decisão inovadora e acorde com o espírito de vanguarda que deve nortear todo trabalho do magistrado, prolatada pelo Juiz Antônio Umberto de Souza Júnior, da 18ª Vara da Justiça do Trabalho do Distrito Federal que, tendo condenado o Reino Unido, em 1997, ao pagamento de débitos trabalhistas, e diante da persistente recusa da embaixada britânica em cumprir o julgado, sob alegação de imunidade, determinou a penhora dos valores correspondentes à dívida junto ao BankBoston onde o Conselho Britânico possuía três contas correntes, sob o fundamento de que o Conselho é órgão governamental e pode responder pelas dívidas da embaixada que são, em última análise, do próprio governo inglês. A respeito, houve manifestação do Ministro Francisco Resek no sentido de que a solução é “original” e “surpreendente”, diante da inviolabilidade, e conseqüente impenhorabilidade, dos bens diplomáticos e consulares, na forma da Convenção de Viena. Lembrou ainda o Ministro da Corte Internacional de Haia, que tal decisão, entretanto, não é inédita, pois na década de 80, as Justiças alemã e italiana já haviam determinado a penhora de bens do Lloyd Brasileiro e do Instituto do Café, por dívidas das representações brasileiras em Bonn e Roma (matéria publicada no **Valor Econômico** em 03.09.01 e 05.09.01, no Caderno Legislação e Tributos).

<sup>29</sup> Transcrevemos a seguinte ementa: “*IMPrensa. Legitimidade passiva. Empresa. Jornalistas. Administradores. O jornalista que assina matéria considerada ofensiva responde pelo dano na ação de indenização promovida pelo ofendido. Orientação adotada na Segunda Seção, no Julgamento do REsp nº 158717/MS. Ressalva da posição do Relator. Os administradores da pessoa jurídica que explora o jornal, seus diretores, membros do conselho editorial e do conselho corporativo responderão se demonstrada e reconhecida a hipótese de desconsideração da pessoa jurídica. Recurso conhecido em parte e provido, para restabelecer a sentença que manteve no pólo passivo a pessoa jurídica e os jornalistas que assinaram a matéria.*” (STJ, 4ª T, REsp 185843/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 05.11.98, pesquisa feita no site do STJ).

<sup>30</sup> Art. 28 § 2º: Lei nº 8.078/90: “As sociedade integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código”.

De modo que, a nosso sentir, é possível a superação da pessoa jurídica principal, para inclusão no pólo passivo não só de suas sócias (outras pessoas jurídicas do mesmo grupo), como dos sócios destas (pessoas físicas ou jurídicas).

Exemplificando, referimos decisão do 1º TA/SP, do seguinte teor:

*“EMBARGOS DE TERCEIRO – Desconsideração da personalidade jurídica – Constrição recaída sobre bens da empresa-apelante, sócia de outra empresa executada, em virtude da insuficiência de bens desta última - Hipótese em que ambas constituem um agrupamento societário, havendo responsabilidade entre elas nos termos do art. 28 e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor – Estado de insolvência que pressupõe a má-administração – Inaplicabilidade da litigância de má-fé – Recurso improvido”*. (1º TAC/SP, 4ª CC, Ap. nº 856560-6/SP, 21.02.2001, Apte: Sopave S/A Sociedade Paulista de Veículos, Apda: Elza Vicente da Silva, Rel. Juiz J. B. Franco de Godoi, v.u., voto 7785, **Valor Econômico** 17.10.01, Caderno Legislação e Tributos).<sup>31</sup>

Em verdade, na busca da almejada eficácia do provimento jurisdicional favorável ao consumidor, deverá o Juiz realizar verdadeira desconsideração da personalidade jurídica “em cascata”, ou seja, deverão ser desconsideradas as personalidades de todas as pessoas jurídicas que não possuam bens suficientes para que a efetiva reparação do consumidor ocorra, vindo a integrar o pólo passivo algumas (ou todas) as pessoas físicas e/ou jurídicas, que estejam acobertadas pelo “véu da corporação”.

Somente desta forma é que se logrará realizar a legítima expectativa do consumidor lesado que vem ao Judiciário em busca da justa reparação.

<sup>31</sup> Refere ainda a matéria jornalística, além da íntegra do acórdão, que o Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo determinou a penhora de bens da Sociedade Paulista de Veículos (SOPAVE) para garantir a execução da dívida de uma empresa da qual é sócia – a CONSOPAVE. A ação foi movida por uma consumidora que desistiu de um consórcio de veículos e, ao pedir o ressarcimento das quantias desembolsadas, não recebeu os valores. Ela entrou na Justiça e o processo chegou à fase de execução. Como não foram encontrados bens da CONSOPAVE, o Juiz ordenou a desconsideração da personalidade jurídica, fazendo com que os sócios respondessem pela dívida. A penhora recaiu então sobre os bens da SOPAVE, que apresentou recurso pedindo a exclusão da constrição, alegando que a falta de bens não autorizaria a desconsideração da personalidade jurídica da CONSOPAVE. Conforme se vê da ementa transcrita, a tese vitoriosa foi aquela favorável à concretização da prestação jurisdicional em favor da consumidora.

Exatamente segundo esta linha de raciocínio, procedeu o Juiz de Direito, Eduardo Oberg, que nos auxiliava junto ao I Juizado Especial Cível da Capital, nas variadas ações movidas por consumidores lesados em face da empresa Central de Telefones. A respeito, vale consignar-se breve relato histórico.

Entre os anos de 1996 e 1999 foram movidas, principalmente nos Juizados Especiais Cíveis do Centro do Rio de Janeiro e na Baixada Fluminense, centenas de ações em face da empresa Central de Telefones. Esta fornecedora vendeu milhares de linhas telefônicas, que eram adquiridas por preços absurdamente elevados (alguns telefones chegaram a ser vendidos por sete ou oito mil reais), em várias prestações mensais (até 36 vezes). Ocorre que muito embora o contrato entre as partes assegurasse ao consumidor o recebimento da linha após o pagamento de 50% do preço, a verdade é que, nem após o pagamento integral dos valores os consumidores recebiam a ansiada linha. Com o passar do tempo e aumento das demandas, a empresa -ré, como sói acontecer, fechou sua sede, mudando-se para diversos outros endereços, terminando por encerrar de vez suas atividades, desaparecendo do mercado.

Conforme o contrato social desta empresa, eram suas sócias as sociedades comerciais Anapolis Investments Limited e Bluedale Investments Limited, “pessoas jurídicas” com sede em Nassau, nas Bahamas (posteriormente, o contrato social foi modificado e as sócias passaram a ser Orense Properties Inc. e Rose Valley Investments, sediadas na cidade do Panamá, República do Panamá), representadas no Brasil por um procurador pessoa física (A. P. D.) e sendo representada a Central de Telefones por um gerente geral (M.R.T.F.).

O eminente Magistrado desconsiderou então a personalidade jurídica da ré, incluindo no pólo passivo exatamente as pessoas físicas que se apresentavam como administradoras, seguindo, inclusive, lição de Zelmo Denari<sup>32</sup>. O fundamento de tal decisão foi:

*“Na hipótese, resta claro que a ré vem prejudicando de forma notória, os seus clientes, violando diversas normas relativas ao consumidor, negligenciando a sua atuação, desrespeitando não só aqueles que com*

<sup>32</sup> Segundo Zelmo Denari, quando não há sócio visível, a desconsideração pode se dar na pessoa do gerente ou administrador (*Idem, ibidem*, obra acima referida na nota de rodapé nº 6, 5ª ed., p. 195).

*ela contratam, como, também, realiza em tese, propaganda enganosa, que vem tipificada na Lei nº 8.078/90. Por outro lado, verifico que as pessoas jurídicas que formam a empresa ré possuem sede social no Panamá, tendo ambas estas pessoas jurídicas um único administrador, ou seja, existem apenas duas pessoas físicas no contrato social da ré que podem ser chamadas a responder pelos danos que vêm sendo perpetrados em face daqueles que contrataram com a reclamada.”* (Sentença prolatada na AIJ realizada no Proc. nº 1998.800.016981-1, no I JEC, em 1/07/98, sendo partes, Francisca Antônio da Silva e Central de Telefones).

Na ocasião desta decisão, e de muitas outras do mesmo teor, não se sabia ainda que, a Central de Telefones tivera seu nascedouro como “Banco de Telefones S/C Ltda.”, empresa cujos sócios eram *todos* membros de uma única família.

Posteriormente, procedemos, a pedido da Defensoria Pública, a uma verdadeira despersonalização “em cascata” para que pudéssemos atingir o objetivo de responsabilizar os efetivos sócios, envolvendo todos aqueles, pessoas jurídicas ou físicas que, de uma forma ou de outra, participaram das sociedades envolvidas e, via de consequência, partilhavam do lucro financeiro ilegitimamente auferido pela ré.<sup>33/34</sup>

---

<sup>33</sup> A decisão que prolatamos à ocasião teve o seguinte teor: “*Devem portanto passar a integrar o pólo passivo desta relação processual não só todas as pessoas físicas acima referidas, que originariamente compunham a empresa Banco de Telefones, como ainda todos aqueles que aparentemente representavam as sociedades envolvidas. Assim o superamento da personalidade jurídica da Central de Telefones e das sociedades: Anapolis Investments Limited, Bluedale Investments Limited, Orense Properties Inc. e Rose Valley Investments, permite que se chamem ao processo não só todos os membros da família T. F., já individualizados no corpo deste **decisum**, mas também, todos os procuradores das empresas “sócias” e gerentes da Central propriamente dita. Tal possibilidade integra o conteúdo da moderna Teoria da Aparência que surge nas decisões da jurisprudência brasileira igualmente com o fito de concretizar objetivamente os provimentos jurisdicionais, naqueles casos em que a pessoa jurídica é somente um nome pomposo em um letreiro exuberante ou um nome emblemático em um contrato social”* (Proc. nº 1998.800.007481-2, I JEC, 26.04.99, partes: Ozanete Albuquerque Cordeiro e Central de Telefones).

<sup>34</sup> Esta decisão não foi adotada nos outros JEC da Capital. Desse modo, tão-somente no I JEC, em função da determinação do Dr. Eduardo Oberg, que passou a nos substituir, quando fomos convocados para integrar a I Turma Recursal do Estado do Rio de Janeiro, foi a decisão efetivamente implementada sendo penhorados inúmeros bens das pessoas físicas referidas e com estes valores se pagando os consumidores-jurisdicionados lesados pela Central de Telefones.

Resta ainda comentar uma última hipótese também plasmada em julgado do TAC/SP. Trata-se da hipótese que envolve a sucessão entre empresas e a responsabilização da sucessora, por dívida da sucedida.

Disciplina o Acórdão:

*“DEFESA DO CONSUMIDOR – Empresa sucessora – Responsabilidade solidária – Teoria da desconsideração da personalidade jurídica – Aplicação – A ré desde 21.8.91 é a sucessora da original vendedora, tem o mesmo fundo de comércio, mesmo ramo de atividades e mesmo endereço. Responde pelos contratos firmados pela antecessora. O Código de Defesa do Consumidor diz em seu art. 6º VIII (Direitos Básicos) que há inversão do ônus da prova quando verossímil sua alegação e, no caso presente, mais que verossímil: comprou, pagou, não recebeu e a sucessora não quer entregar. É caso para o Ministério Público e também para as autoridades fazendárias. No CDC, há solidariedade de responsabilidade (arts. 18 e 19) e há a desconsideração da personalidade jurídica (art. 28). Houve aqui flagrante ato ilícito. Aplica-se, no caso, por inteiro o art. 28 em seu § 5º, desconsidera-se a pessoa jurídica quando sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos ao consumidor.”*(1º TAC/SP, Ap. 557.007-2, 11ª CC, Rel. Juiz Mendes de Freitas, v. u., 24.3.99, ref. por Luiz Antonio Rizzatto Nunes em seus **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, Saraiva, p. 358).

## VI. CONCLUSÃO

Vivemos, não resta dúvida, um novo momento na história do direito brasileiro, momento este que se inaugurou com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, e se solidificou com as leis principiológicas que vieram a seguir, entre as quais a Lei nº 8.078/90 desponta.

O direito do momento presente é o direito que traz a marca da transindividualidade, em função disso é que surge o conceito de macrolesão, isto é, o direito uma vez conspurcado causando prejuízo a um, causa, em verdade, prejuízo a todos.

De acordo com esta ótica, é necessário que o operador do direito visualize objetivamente o caráter preventivo-pedagógico de toda e qualquer

decisão judicial, mesmo quando esta vem apenas em favor do “um”, pois é o asseguramento eficaz do direito de um que, na sociedade inclusiva objetivada pela Carta de 88, se transforma em parcela preciosa do asseguramento do direito de todos.

Nessa busca de soluções jurídico-sociais mais aptas a cumprir as promessas da modernidade, ressurgem os direitos humanos fundamentais como fonte e meta de toda a jornada do operador jurídico nacional.

Nas palavras de Edson Fachin “trata-se do exercício da solidariedade social”<sup>35</sup>. Mudam pois os referenciais do Juiz, que passa a ter o dever constitucional de dar efeito útil ao direito subjetivo, sabedor que agora a era dos direitos ficcionais, traduzidos por uma linguagem jurídica meramente de forma, está definitivamente encerrada.

Ao final apenas a lúcida lição da Prof<sup>a</sup> Cláudia Lima Marques:

*“Em outras palavras, ao aplicar a lei infraconstitucional sobre os direitos do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor não pode mais ser um exercício programático, deve ser um exercício efetivo de concretização destes direitos no mundo dos fatos, uma vez que esta lei envolve direitos e garantias constitucionais dos mais fracos na sociedade e deve realizar sua finalidade legislativa de proteção efetiva. O Código de Defesa do Consumidor não é um discurso pós-moderno, é um instrumento.”*<sup>36</sup> ◆

---

<sup>35</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, Renovar, 2000, p. 331.

<sup>36</sup> MARQUES, Cláudia Lima. “Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços...”. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 35, jul-set/2000, RT, p. 76).

# A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO CONSUMIDOR\*

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA

Advogado. Professor de Direito Processual Civil da EMERJ e dos cursos de pós-graduação das Universidades Estácio de Sá, Cândido Mendes e Católica de Petrópolis.

## I. INTRODUÇÃO

O processo civil moderno não admite que o juiz se exima de julgar. É a vedação do *non liquet*, corolário da garantia constitucional de acesso à tutela jurisdicional. Assim sendo, algumas regras de julgamento precisam ser estabelecidas pelo ordenamento jurídico para evitar que o juiz deixe de proferir decisão sobre o mérito da causa, em razão de não ter elementos suficientes para fazê-lo. Isto porque, como sabido, no processo de conhecimento, e para julgar o *meritum causae*, tem o juiz de verificar como se passaram os fatos da causa, aplicando-lhes a norma jurídica incidente na espécie. Assim sendo, é preciso que o julgador tenha condições de reconstruir os fatos relevantes para a causa, o que se faz através da instrução probatória e, ainda, que seja capaz de identificar a norma jurídica que incide na espécie. Esta segunda parte da atividade judicante não pode oferecer, a princípio, maior dificuldade, já que *iura novit curia*, ou seja, o juiz conhece o direito. Significa isto dizer que é dever do juiz conhecer as leis do lugar em que exerce suas funções (e só as daquele lugar, o que justifica a existência, no sistema processual, da norma constante do art. 337 do CPC, que permite ao magistrado determinar à parte que tenha alegado direito de outro lugar – Município, Estado ou País – ou direito consuetudinário que prove seu teor e vigência), não podendo ele deixar de julgar por desconhecimento da lei. Há, todavia, casos em que não há lei incidente sobre a hipótese deduzida em juízo, o que faz com que se esteja diante de uma *lacuna na lei*. É dever do juiz, porém, suprir a lacuna encontrada, o que se faz pela aplicação das regras de julgamento estabelecidas para tais casos. Dispõe, assim, o art. 126

\* Texto de palestra proferida na Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, do TJMG, em 18/10/2001.

do Código de Processo Civil, que o juiz suprirá a lacuna legal utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito. Tem-se aí, pois, uma regra de julgamento para os casos de insuficiência do sistema jurídico vigente, por haver lacuna na lei.

Mais difícil é a solução do problema que eventualmente surja com relação às questões de fato envolvidas no processo. Isto porque muitas vezes a prova produzida no processo não é suficiente para permitir a formação do convencimento do juiz. Sendo suficiente o material probatório produzido, maior problema não haverá, já que com as provas produzidas o juiz será capaz de reconstruir o modo como se passaram os fatos da causa. A insuficiência da prova, porém, não pode permitir que o juiz deixe de julgar a causa sob o fundamento de que não foi capaz de reconstruir os fatos. Era preciso aqui também, a criação de regras de julgamento, destinadas a impedir o *non liquet* nos casos em que o juiz não tivesse obtido elementos suficientes para formar convicção quanto aos fatos relevantes para o julgamento do mérito. Estas regras de julgamento são as regras de distribuição do ônus da prova, as quais permitirão, como se verá, que o juiz estabeleça qual deve ser o resultado do julgamento do mérito em um processo insuficientemente instruído.

Pode-se, pois, afirmar, que as regras de distribuição do ônus da prova e as regras que estabelecem os meios de suprimento das lacunas da lei são espécies de um só gênero. São normas destinadas a impedir o juiz de se eximir de julgar, assegurando, assim, a entrega da tutela jurisdicional, com o que se dá cumprimento à solene promessa constitucional de acesso à justiça.

O objetivo desta exposição é apresentar algumas reflexões sobre a inversão do ônus da prova em defesa do consumidor, na forma como regulado o tema pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), o que não se poderá fazer sem que antes se façam algumas considerações introdutórias sobre o tema do *onus probandi*.

## II. O ÔNUS DA PROVA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como é notório, o ônus da prova é distribuído entre as partes pelo art. 333 do CPC, segundo o qual incumbe ao demandante o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto ao demandado incumbe a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do demandante. Esta é, evidentemente, apenas uma regra geral, havendo diversas normas excepcionais, afastando sua incidência. É o que se dá, por exemplo, com a regra segundo a qual presume-se que o marido é o pai do filho de sua

esposa. Tal regra, em verdade, nada mais faz do que distribuir o ônus da prova. Imagine-se que uma mulher casada dá à luz um bebê, negando-se seu marido a reconhecer a paternidade da criança. Uma vez ajuizada demanda de investigação de paternidade, incumbiria, normalmente, ao autor o ônus da prova de que é filho do réu. Ao contrário, todavia, em um caso como o figurado incumbirá ao réu o ônus da prova da inexistência da filiação. Em outros termos, caberá ao réu o ônus da prova da inexistência do fato constitutivo do direito do autor.

Há, pois, como se pode verificar, casos em que, por força de lei, inverte-se o ônus da prova, distribuindo-se o mesmo de forma diversa da prevista no art. 333 do CPC. Tais casos de inversão, todavia, costumam operar seus efeitos *ope legis*, não tendo o magistrado a que incumbir o julgamento da causa qualquer poder decisório a respeito do modo como tal ônus se distribui entre as partes.

O CDC prevê dois tipos de inversão do ônus da prova. Um deles, a ser examinado em primeiro lugar, se opera exatamente como seus congêneres previstos em outras leis processuais: *ope legis*. O segundo caso, porém, se opera *ope iudicis*, cabendo ao juiz determinar se ocorrerá ou não a inversão no caso concreto.

É preciso, porém, para uma adequada compreensão dos casos de inversão do *onus probandi* no sistema do Código de Defesa do Consumidor, lembrar-se de que as regras de distribuição do ônus da prova podem ser examinadas de dois modos distintos: subjetiva e objetivamente.

Do ponto de vista subjetivo, as regras de distribuição do ônus da prova têm por fim estabelecer a quem incumbe produzir as provas. Isto porque é do interesse do demandante (e por isso é dele o ônus, já que este nada mais é do que um *imperativo do próprio interesse*) provar que o fato constitutivo de seu direito efetivamente ocorreu. Por outro lado, é do interesse do demandado (sendo seu o ônus) provar que ocorreu algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante.

Ocorre que, em razão do princípio da comunhão da prova, segundo o qual a prova, uma vez produzida, passa a pertencer ao processo, pouco importando quem a trouxe aos autos, o “ônus subjetivo da prova” é fenômeno de pouca, quase nenhuma importância. Muito mais relevante é o “ônus objetivo da prova”. Segundo esta visão sobre o ônus da prova, as regras de sua distribuição são *regras de julgamento*.

Em outras palavras, o que se quer dizer é o seguinte: existindo nos

autos provas suficientes para que o juiz forme um juízo de certeza a respeito do modo como os fatos se passaram, de nada servem as regras de distribuição do ônus da prova. Isto porque, estando a prova nos autos, não importa saber quem a produziu, já que, por força do princípio da comunhão da prova, uma vez produzida a prova, esta passa a pertencer ao processo, e não mais a quem a apresentou. As regras de distribuição do ônus da prova são, como dito, regras de julgamento, que serão empregadas naqueles casos para os quais a prova efetivamente produzida não é suficiente para que o juiz forme seu convencimento, estabelecendo um juízo de certeza. Nestes casos, embora não tenha certeza do modo como os fatos se deram, fica o juiz obrigado a proferir decisão, sendo vedado o *non liquet*. É nessas hipóteses que se irá aplicar o sistema de distribuição do ônus da prova.

O que se quer dizer com isso é o seguinte: tendo o juiz, após o encerramento da fase de instrução probatória, considerado que a prova produzida era suficiente para a formação do seu convencimento, proferirá a sentença, baseando-se no juízo de certeza que formulou. Pode ocorrer, todavia, de a fase de instrução probatória se encerrar sem que o juiz tenha sido capaz de formar seu convencimento. A insuficiência da prova produzida, porém, não permite que o juiz se exima de julgar. Vale-se ele, então, das regras de distribuição do ônus da prova. Assim, não havendo prova suficiente para convencer o juiz de que o fato constitutivo do direito alegado pelo demandante realmente ocorreu, deverá ele julgar o pedido improcedente. De outro lado, havendo prova do fato constitutivo, mas não existindo prova capaz de convencer o juiz de que tenha ocorrido algum fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do demandante, que tenha sido alegado pelo réu, será o caso de julgar o pedido formulado procedente.

Observa-se, desse modo, que as regras de distribuição do ônus da prova não se destinam a determinar uma atividade, já que não estabelecem a quem incumbe a produção da prova. Tais normas se destinam a regular o julgamento, determinando a quem caberá suportar as conseqüências da ausência de prova sobre determinada alegação.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Sobre as regras de distribuição do ônus da prova como regras de julgamento, consulte-se Gian Antonio Micheli, *La carga de la prueba*, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo, Bogotá: Temis, 1989, p. 157 *et seq.* Não obstante isso, porém, as normas sobre distribuição do *onus probandi* no Código de Defesa do Consumidor, conforme se demonstrará adiante, têm também o condão de estabelecer regras de atividade das partes.

Dito de outro modo: não havendo nos autos prova suficiente para convencer o juiz da ocorrência do alegado fato constitutivo do direito do demandante, deve este suportar o prejuízo decorrente da ausência de prova (já que é dele o ônus da prova neste caso), sendo improcedente o pedido por ele formulado. De outro lado, estando suficientemente provado o fato constitutivo do direito do demandante, mas não havendo prova suficiente para demonstrar que ocorreu o alegado fato extintivo, impeditivo ou modificativo daquele direito, será procedente o pedido, já que é do demandado, nesta hipótese, o ônus da prova.

Estabelecidas, assim, tais idéias a respeito do ônus da prova, pode-se enfim passar ao exame das regras sobre sua distribuição constantes do CDC.

### III. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É preciso, em primeiro lugar, para que se conheça bem o sistema de distribuição do *onus probandi* no CDC, saber que a regra geral a incidir nos processos que versam sobre relações jurídicas de consumo é a mesma do processo civil comum, estabelecida no art. 333 do CPC. Assim sendo, caberá ao demandante o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, e ao demandado o ônus da prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do demandante. Há, porém, alguns casos em que o CDC inverte o ônus da prova em favor do consumidor (inversão *ope legis*), ou autoriza o juiz da causa a fazê-lo (inversão *ope iudicis*). É destes casos de inversão que se passa a tratar.

O primeiro tipo de inversão do *onus probandi* que se manifesta no CDC é a inversão *ope legis*. Em outras palavras, é a própria lei que inverte o ônus da prova. E isto se dá através de três dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

A primeira regra a ser examinada trata do ônus da prova nos casos em que se busca reparação de dano por fato do produto. Neste caso, a existência do defeito é fato constitutivo do direito do consumidor à reparação do dano. Apesar disso, incumbe ao fornecedor a prova de que não existe defeito (art. 12, § 3º, II). O segundo caso de inversão *ope legis* do ônus da prova é o da hipótese em que se busca reparação de dano por fato do serviço, hipótese em que também se opera a inversão, nos mesmos moldes do caso anterior (art. 14, § 3º, I). A última regra a ser examinada é a constante do art. 38 do CDC, segundo o qual “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

São estes, pois, casos de inversão *ope legis* do ônus da prova. Em outros termos, nas hipóteses que ora se começa a examinar, a inversão decorre da lei, não podendo o juiz modificar tal forma de distribuição do ônus da prova.

Tratam as duas primeiras hipóteses das demandas em que o consumidor pleiteie reparação por dano decorrente de vício do produto ou do serviço. Em casos assim, insista-se, a existência do defeito é elemento integrante do suporte fático constitutivo do direito que alega ter. Apesar disso, não incumbirá ao consumidor o ônus da prova da veracidade da alegação de que existe o defeito. Em vez disso, caberá ao fornecedor o ônus da prova da inexistência do defeito. Significa isto dizer que, não havendo nos autos prova suficiente para convencer o juiz de que o defeito alegado pelo autor existe ou não, deverá o fornecedor suportar o prejuízo decorrente da insuficiência da prova, julgando-se, pois, procedente o pedido do consumidor.

Versa a última hipótese *sub examine* da publicidade enganosa ou abusiva, a qual é vedada pelo art. 37 do CDC. Diz o Código de Defesa do Consumidor que “é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços” (art. 37, § 1º, CDC). Define, ainda, o CDC a propaganda abusiva, assim consideradas, “dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (art. 37, § 2º). Por fim, afirma o CDC que “para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço” (art. 37, § 3º).

Todo consumidor que se considere lesado por propaganda abusiva ou enganosa poderá ir a juízo em busca de tutela jurisdicional. Poderá, por exemplo, postular reparação por danos que tenha sofrido em razão da aquisição de um produto em decorrência desse tipo de publicidade. Em casos assim, embora seja do consumidor o ônus de alegar que a publicidade foi abusiva ou enganosa, será do fornecedor o ônus da prova de que tal alegação é falsa. Assim sendo, ajuizada a demanda pelo consumidor em face do fornecedor

que tenha por fundamento a existência de publicidade abusiva ou enganosa, e não havendo qualquer prova no sentido de ser ou não a publicidade viciada, deverá o pedido do autor ser julgado procedente. Isto porque, como se viu, recai sobre o fornecedor a consequência da ausência dessa prova. É, pois, do interesse do fornecedor a prova de que a propaganda por ele utilizada não apresenta qualquer daqueles vícios referidos no art. 37 do CDC.

A outra regra existente sobre distribuição do ônus da prova no CDC é, sem sombra de dúvida, a mais importante. E sua importância decorre de sua generalidade, já que aplicável a todo e qualquer processo que verse sobre relações de consumo. Refiro-me, evidentemente, ao disposto no art. 6º, VIII, do CDC, segundo o qual é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

Este é, sem qualquer exagero, um dos dispositivos processuais do CDC mais aplicados na prática. Apesar disso, é dispositivo que gera uma série de dúvidas hermenêuticas, sendo, a meu sentir, e com todas as vênias, falhas quase todas as interpretações que dele têm sido feitas.

Antes de tudo, é preciso dizer que a hipótese ora em exame é de inversão *ope iudicis* do ônus da prova. Em outros termos, isto significa dizer que a lei confere ao juiz da causa o poder de inverter as regras de distribuição do ônus da prova. Assim sendo, a regra continua a ser, nos processos que versem sobre relações de consumo, a estabelecida pelo art. 333 do Código de Processo Civil, incumbindo ao demandante o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, e ao demandado o ônus da prova dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do demandante. Poderá, todavia, o juiz, desde que presentes os requisitos estabelecidos no art. 6º, VIII, do CDC, inverter o ônus da prova em favor do consumidor, passando-o para o fornecedor. Imagine-se, por exemplo, um processo em que o consumidor seja o demandante. Neste caso, invertido o *onus probandi*, não mais suportará o autor as consequências da ausência de prova do fato constitutivo de seu direito. O fornecedor, demandado, é que suportará as consequências de não se ter demonstrado que o aludido fato constitutivo não ocorreu.

Pense-se, *e.g.*, em um caso em que o demandante alegue ter adquirido um produto defeituoso e, com base nisso, peça a condenação do réu a pagar uma indenização. Como regra, caberá a ele, consumidor, demonstrar a existência do nexo de causalidade entre o dano sofrido e o defeito. Não

sendo produzida tal prova, será improcedente o pedido formulado. Invertido o ônus da prova, todavia, tudo se altera. Neste caso, será procedente o pedido do autor, a não ser que se produza a prova de que o dano sofrido pelo consumidor não foi provocado pelo defeito do produto. Verifica-se, assim, que com a inversão do ônus da prova passa a recair sobre os ombros do fornecedor a consequência de não se ter produzido a prova.

É preciso, porém, verificar quais são os requisitos necessários para que o juiz determine a inversão. Não se pode, todavia, deixar de dizer que o ato do juiz que determina a inversão do ônus da prova não é um ato discricionário. O que se tem, na hipótese, é um poder-dever do juiz. Presentes os requisitos, o juiz é obrigado a inverter o *onus probandi* em favor do consumidor. O que acaba de ser dito decorre do disposto no *caput* do art. 6º do CDC, segundo o qual a inversão do ônus da prova é um dos “direitos básicos do consumidor”. Assim sendo, não poderá o magistrado deixar de tutelar tal direito, tendo pois o dever de inverter o ônus da prova.<sup>2</sup> Registre-se, apenas por amor à clareza e completude da exposição, que o ato judicial que inverte o *onus probandi* tem conteúdo decisório e, assim, deve ser fundamentado, nos termos do que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República, não podendo o magistrado se limitar a reproduzir os termos da lei (dizendo algo como “verossímeis as alegações, e sendo hipossuficiente o consumidor, inverte o ônus da prova”), mas devendo ele apontar os fatores que contribuíram para a formação de seu convencimento acerca da presença dos requisitos da inversão.

Há que se verificar, pois, quais são os requisitos necessários para que o juiz inverta o ônus da prova.

Fala a lei em dois requisitos: a verossimilhança da alegação feita pelo consumidor e sua hipossuficiência diante do fornecedor. Tais requisitos são

---

<sup>2</sup> No mesmo sentido, Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor”, in *Doutrina*, v. 1, Rio de Janeiro: ID, 1996, p. 300. Em sentido contrário ao do que se sustenta no texto, afirmando textualmente que “não se trata de uma norma de conceito vago, mas de norma de conceito discricionário, no que concerne à avaliação da presença dos requisitos”, confira-se Tania Lis Tizzoni Nogueira, *A prova no direito do consumidor*, Curitiba: Juruá, 1998, p. 124.

<sup>3</sup> Não é este um caso isolado de dispositivo legal em que se tenha empregado a conjunção alternativa

apresentados de forma alternativa, já que entre eles existe a conjunção *ou*. Tal alternatividade, porém, é só aparente, como se demonstrará mais adiante. Não se pode, todavia, fazer essa análise sem que antes sejam examinados os requisitos anteriormente apresentados.

O primeiro requisito é a verossimilhança da alegação feita pelo consumidor. Verossimilhança, como se sabe, é a semelhança com a verdade. Assim, alegação verossímil é a que parece ser verdadeira. Deste modo, deve-se considerar verossímil toda alegação que não contrarie qualquer norma jurídica, princípio geral do direito, fato notório ou as regras da experiência comum ou técnica (sendo certo que estas regras de experiência, cuja aplicação é prevista no art. 335 do CPC, vêm expressamente mencionadas no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

Não se poderia admitir a inversão do *onus probandi* diante de alegação inverossímil. Pense-se na possibilidade de um consumidor ir a juízo dizer que sofreu prejuízo por ter adquirido um refrigerante que, ao ser aberta a garrafa, explodiu. Embora não seja impossível a explosão (ou, ao menos, o estouro) de uma garrafa de refrigerante, tal evento não costuma ocorrer com frequência. A afirmação de que tal fato ocorreu, assim, contraria as regras da experiência comum, já que abrir garrafas de refrigerante é algo que faz parte do cotidiano das pessoas, e a imensa maioria delas jamais terá visto uma explosão como a descrita na petição inicial. Inverossímil a alegação, deverá o juiz manter com o consumidor o ônus da prova da veracidade de sua assertiva.

O outro requisito para a inversão do ônus da prova é a hipossuficiência do consumidor. Não se trata de hipossuficiência econômica, não sendo, assim, aplicável o conceito decorrente da Lei nº 1.060/50. A hipossuficiência a que se refere a lei diz respeito à produção da prova. Isto porque há casos em que a prova diz respeito a fatos cujo controle está nas mãos do fornecedor. Pense-se, *e.g.*, no caso de alguém ir a juízo pleiteando indenização por ter adquirido o vírus da AIDS em um hospital, por força de uma transfusão de sangue. O consumidor pode facilmente demonstrar que é soropositivo, mas daí a provar que o vírus foi adquirido na aludida transfusão vai uma longa distância. O fornecedor do serviço, porém, poderá produzir a prova de que o sangue transfundido no paciente foi previamente controlado e submetido a análises, nele não existindo aquele vírus. Deve-se, pois, em um caso como esse, inverter o *onus probandi*.

Os dois requisitos da inversão do ônus da prova são cumulativamente exigidos. Não se trata, como faz parecer o texto da lei, de alternatividade.

O caso é, na verdade, de cumulatividade dos requisitos.<sup>3</sup> Isto porque seria absurda a idéia de se inverter o ônus da prova quando a alegação não fosse verossímil; e seria inteiramente desnecessária a inversão quando não houvesse a hipossuficiência quanto à produção da prova. A inversão baseada em apenas um desses dois requisitos certamente levaria a resultados extremamente injustos.<sup>4</sup>

Admitir-se a inversão do ônus da prova em razão da hipossuficiência do consumidor, registre-se desde logo, nada mais é do que aplicar o princípio da *par conditio*, ou seja, da paridade de armas no processo (ou seja, é aplicar o princípio da isonomia, dando tratamento desigual a pessoas desiguais, nos limites de suas desigualdades). Ora, disto decorre a conclusão de não ser possível a inversão do ônus da prova quando não houver hipossuficiência, pois neste caso será violada a isonomia, impondo-se ao fornecedor o ônus de uma prova que o consumidor poderia, sem maiores sacrifícios, produzir. Além disso, não se justifica a inversão do ônus da prova quando a alegação do consumidor for inverossímil, pois neste caso estar-se-á impondo ao fornecedor o ônus de produzir prova de realização muito difícil ou mesmo impossível. É preciso, pois, que a alegação do consumidor seja verossímil e, a par disso, seja ele hipossuficiente em relação ao fornecedor.

Tratando do tema, um dos maiores processualistas brasileiros fez algumas observações que são bastante esclarecedoras. Disse HUBERTO THEODORO JÚNIOR que “a inversão do ônus da prova prevista no CDC pressupõe dificuldade ou impossibilidade da prova apenas da parte do consumidor, não a impossibilidade absoluta da prova em si. A prova para ser transferida de uma parte para outra tem de ser, objetivamente, possível. O que justifica a transferência do encargo respectivo é apenas a insuficiência pessoal do consumidor de promovê-la. Se este, portanto, aciona o fornecedor, argüindo fatos absolutamente impossíveis de prova, não ocorrerá a inversão do *onus probandi*, mas a sucumbência inevitável da pretensão deduzida em juízo”.<sup>5</sup>

---

ou em lugar da conjunção aditiva e. O mesmo fenômeno ocorreu no texto do art. 286 do CPC. Sobre a correta interpretação desse dispositivo, confira-se José Joaquim Calmon de Passos, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. III, 8ª ed., 1998, p. 171.

<sup>4</sup> É preciso registrar que este entendimento é minoritário. A doutrina vem afirmando, majoritariamente, a alternatividade dos requisitos da inversão. Por todos, consulte-se o que diz Kazuo Watanabe, in Ada Pellegrini Grinover *et alii*, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 5ª ed., 1998, p. 617.

<sup>5</sup> Humberto Theodoro Júnior, **Direitos do consumidor**, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 140.

Vê-se, do trecho citado, que não sendo hipossuficiente o consumidor não se justifica a inversão. E esta não pode ocorrer em um caso em que seja impossível ao fornecedor a produção da prova em contrário. Ora, sendo inverossímil a alegação do consumidor, estará sendo imposto ao fornecedor o ônus de uma prova que, ao menos provavelmente, é de impossível produção. A inversão baseada na mera hipossuficiência é capaz de levar ao sacrifício desmesurado do fornecedor, o que – certamente – não é o objetivo do CDC (e, de outro lado, a inversão baseada apenas na verossimilhança contraria o princípio da isonomia, já que desrespeita a *par conditio* entre as partes do processo).

Parece possível, todavia, entender por que a doutrina majoritária afirma a alternatividade dos requisitos da inversão. Isto decorre, salvo melhor juízo, do fato de se vir fazendo uma grande confusão entre verossimilhança e probabilidade, conceitos que são inconfundíveis. É expresso o texto da lei ora em exame, frise-se, em falar na *verossimilhança* da alegação como requisito da inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Não obstante isso, porém, diversos autores que se debruçaram sobre o tema vêm falando em *probabilidade* de que o consumidor tenha razão como requisito de tal inversão. É o que se vê, *e.g.*, na obra de CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA:<sup>6</sup>

*“Escrevendo este trabalho após a recente reforma do Código de Processo Civil, pude valer-me do que se tem dito acerca da ‘antecipação da tutela’, prevista no art. 273 (na redação que lhe deu a Lei nº 8.952/94), cujo deferimento está condicionado, entre outros requisitos, a que o juiz ‘se convença da verossimilhança da alegação’ (grifei). Assim, tanto para ordenar a inversão do ônus probatório, quanto para ‘antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial’, deve o magistrado basear-se em juízo de mera verossimilhança. Em que consiste tal juízo? Os comentadores da nova lei processual sustentam que “a verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são desfavoráveis (divergentes). Se os motivos convergentes são inferiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade*

---

<sup>6</sup> C. R. Barbosa Moreira, “Notas...”, p. 303.

*diminui'. Acredito ser perfeitamente possível utilizar essas noções na exegese do dispositivo do Código de Defesa do Consumidor: estará o juízo autorizado a inverter o ônus da prova quando formar, pelo material probatório à sua disposição no processo, um juízo de **probabilidade**, de tal modo que se lhe afigure **provavelmente verdadeira** a alegação do consumidor.”*

No mesmo sentido manifestou-se HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:<sup>7</sup>

*“A **verossimilhança** é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feitiço indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser **provavelmente verdadeira** a versão do consumidor.”*

Observa-se, assim, da lição dos eminentes juristas citados, que para eles a inversão do **onus probandi** dependeria de um juízo de probabilidade quanto à veracidade das alegações do consumidor. **Data venia**, não é esta a correta exegese. O CDC em momento algum leva o intérprete a considerar que o requisito para a inversão do ônus da prova é a **probabilidade**. O requisito é, como diz a lei, a **verossimilhança** da alegação, e esses são dois conceitos inconfundíveis. A verossimilhança atua no plano da mera alegação, enquanto a probabilidade exige algum material probatório.

Sobre a verossimilhança, manifestou-se um dos mais notáveis processualistas de todos os tempos:<sup>8</sup>

*“O juízo de verossimilhança, nos casos em que o direito processual o considera relevante, tem isto de característico: é um juízo feito não sobre o fato, mas sobre a **afirmação do fato**, isto é, sobre a alegação (**positio**) do fato, proveniente da parte que requer seja admitida a prová-lo e o afirma como **historicamente já ocorrido**”. (É minha a tradução livre do texto, que no original é o seguinte: “Il giudizio di verosimiglianza, nei*

---

<sup>7</sup> Theodoro Jr., *Direitos...*, p. 135.

<sup>8</sup> Piero Calamandrei, “Verità e verosimiglianza nel proceso civile”, in **Opere giuridiche**, v. V, Nápoles: Morano, 1972, p. 621-622.

*casi in cui il diritto processuale lo considera rilevante, ha questo di caratteristico: che è un giudizio dato non sul fatto, ma sulla affermazione del fatto, cioè sulla allegazione (positio) del fatto, proveniente dalla parte che chiede di essere ammessa a provarlo e che lo afferma come storicamente già avvenuto”).*

Vê-se, pois, que a *verossimilhança* é apreciada à luz das *alegações* sobre os fatos, nada mais. Já a probabilidade exige algum material probatório. Isto porque, como ensina superiormente CALAMANDREI, “provável seria, etimologicamente, aquilo que se pode provar como verdadeiro” (mais uma vez é minha a tradução livre do texto original, que é o seguinte: “*probabile sarebbe, etimologicamente, ciò che si può provare come vero*”).<sup>9</sup> Ora, se *provável* é o que se pode provar como verdadeiro, só se pode pensar em *probabilidade* quando houver algum material probatório sobre a alegação feita pela parte. É inadmissível, pois, qualquer tentativa de se trazer para a interpretação do art. 6º, VIII, do CDC o que vem sendo dito a respeito do art. 273 do CPC. Isto porque este último dispositivo, não obstante use o termo *verossimilhança*, não se contenta com sua presença para que se possa conceder a tutela antecipada. Exige o aludido dispositivo do Código de Processo Civil que haja *prova* que convença o juiz da *verossimilhança* da alegação do demandante. Vê-se, pois, que a concessão de tutela antecipada exige a presença de algo “*che si può provare come vero*”. Há de ser, pois, provável a existência do direito do demandante para que se conceda a antecipação da tutela. Já a inversão do *onus probandi* em favor do consumidor exige apenas a *verossimilhança da alegação*, nada havendo no CDC que estabeleça a necessidade de produção de qualquer prova. O requisito da inversão é, pois, a *verossimilhança* da alegação feita pelo consumidor, e não a probabilidade de que a mesma seja verdadeira.

Do exposto até aqui, parece mais razoável, portanto, afirmar que os requisitos da inversão do ônus da prova são cumulativos, e não alternativos. Inverossímil a alegação do consumidor, não é admissível a inversão do *onus probandi*, ainda que o consumidor seja hipossuficiente. Aquele que alega em juízo fatos inverossímeis deve ter o ônus de sua prova, sob pena de se impor ao fornecedor um encargo excessivamente pesado, praticamente impossibilitando que o mesmo logre êxito no processo. De outro lado, mesmo

---

<sup>9</sup> Idem, p. 621.

que verossímil a alegação do consumidor, não se justifica a inversão quando não houver hipossuficiência, já que nesse caso consumidor e fornecedor estão no processo em paridade de armas, não se justificando, *in casu*, o tratamento mais favorável ao consumidor (o que acabaria por desequilibrar o processo, violando a garantia da isonomia e, por conseguinte, afrontando a cláusula *due process of law*). Cumulativos, pois, os dois requisitos da inversão estabelecidos no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Vistos os requisitos da inversão *ope iudicis* do ônus da prova, é preciso verificar em que momento deverá o juiz declarar que inverte o encargo. O tema é extremamente polêmico, não havendo qualquer sombra de pacificação do mesmo.

Entende uma primeira corrente que a inversão *ope iudicis* do ônus da prova deve ser feita na sentença.<sup>10</sup> Funda-se esse entendimento na afirmação de que as regras sobre distribuição do *onus probandi* são regras de julgamento, a serem aplicadas no momento do julgamento da causa, a fim de evitar o *non liquet* naqueles casos em que o material probatório carreado aos autos é insuficiente para a formação do convencimento do juiz a respeito dos fatos. Desse modo, apenas no momento de proferir a sentença, o julgador teria condições de verificar a necessidade de aplicação das regras de distribuição do ônus da prova e, pois, somente nesse momento poderia, sendo necessário, inverter o modo pelo qual referido ônus é distribuído.

Há, todavia, uma segunda corrente doutrinária, para a qual a inversão do ônus da prova deve se dar no momento em que o juiz profere a decisão de saneamento do processo. Significa isto dizer que a inversão do ônus da prova deve ser feita antes do início da instrução probatória.<sup>11</sup> Este entendimento é, a meu juízo, o único compatível com as garantias constitucionais do processo. Sendo verossímeis as alegações do consumidor, e sendo ele hipossuficiente diante do fornecedor, deverá o juiz determinar, antes de ter início a atividade de produção de provas a inversão do seu ônus. É certo que o CDC permite a inversão do *onus probandi*, mas isto não afasta a incidência das regras normais de sua distribuição, previstas no art. 333 do CPC, e que serão aplicáveis até que, por ato do juiz, se opere aquela modificação do modo de distribuição do encargo. É preciso, pois, que o juiz expressamente inverta o ônus da prova para que o fornecedor saiba que sobre ele tal ônus

<sup>10</sup> Por todos, Watanabe, *Código...*, p. 619.

<sup>11</sup> Neste sentido, por todos, C.R. Barbosa Moreira, “*Notas...*”, p. 309.

passa a recair, o que impede que o mesmo seja surpreendido pelo resultado final do processo. A inversão do ônus da prova, como muito bem esclarece CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA, tem a finalidade de “*facilitar a defesa dos direitos do consumidor, e não a de assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar*”.<sup>12</sup>

Cabe ao juiz, pois, no momento em que organizar a instrução probatória (o que, no procedimento ordinário, ocorre na audiência preliminar, prevista no art. 331 do CPC, quando o magistrado fixa os pontos controvertidos e determina as provas que serão produzidas), inverter, *se for o caso*, o ônus da prova. Somente assim se poderá evitar que o fornecedor seja surpreendido por uma decisão baseada no fato de que ele não se desincumbiu de um ônus que nem mesmo sabia ter. Esta é, permita-se a insistência, a única forma de compatibilizar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor com a garantia constitucional do contraditório. Isto porque, como afirma autorizada doutrina, o princípio do contraditório impede que qualquer das partes seja surpreendida pela atividade estatal.<sup>13</sup> É preciso, pois, em respeito à garantia constitucional do contraditório, asseguradora de um processo justo, que a inversão se dê em um momento em que ainda seja possível ao fornecedor desincumbir-se do encargo que lhe está sendo transferido.<sup>14</sup> Não se pode, registre-se, aceitar que a inversão se dê logo no despacho inicial do processo, já que nesse momento ainda não é sequer possível determinar qual será o objeto da prova (afinal, ainda não se sabe que fatos se tornarão controvertidos). Nem se pode, como visto, aceitar que a inversão se dê no momento da sentença, pois aí já não mais será possível ao fornecedor defender adequadamente seus interesses, produzindo a prova cujo ônus lhe foi imposto. Outra solução não pode haver, pois, a não ser a que aqui se propõe: a inversão deve ser expressamente feita antes do início da atividade probatória.

Do que até aqui se expôs, verifica-se que no sistema processual do Código de Defesa do Consumidor as regras de distribuição do ônus da prova não são tratadas apenas como regras de julgamento, mas também

---

<sup>12</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>13</sup> Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “Garantia do contraditório”, in José Rogério Cruz e Tucci (coord.), **Garantias constitucionais do processo civil**, São Paulo: RT, 1999, p. 143.

<sup>14</sup> Theodoro Jr., *Direitos...*, p. 141.

como *regras de atividade*, já que determinam a quem incumbe produzir cada prova, a fim de que se possa determinar o conteúdo da sentença de mérito.<sup>15</sup>

É de se dizer, à guisa de conclusão dessa breve exposição a respeito do ônus da prova no CDC, que não se admite qualquer convenção entre as partes que inverta o ônus da prova em favor do fornecedor, dificultando-se assim a defesa dos interesses do consumidor em juízo (art. 51, VI, do CDC, que comina de nulidade tais convenções).<sup>16</sup>

De todo o exposto, verifica-se que as regras de inversão do ônus da prova no sistema processual do Código de Defesa do Consumidor se destinam a equilibrar a relação processual, estabelecendo tratamento desigual a pessoas desiguais, nos limites de suas desigualdades, o que é decorrência da garantia constitucional do *processo justo*, consubstanciado na cláusula *due process of law*. É preciso que o processo em que se discutam questões referentes às relações de consumo seja justo, pois só um processo justo pode produzir resultados justos, o que é essencial para que se ampliem os meios de acesso à ordem jurídica justa. ◆

---

<sup>15</sup> No mesmo sentido, C. R. Barbosa Moreira, “Notas...”, p. 308: “É preciso ponderar, todavia, que as normas sobre a repartição do ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes: através delas, as partes ficam cientes, de antemão, dos fatos que a cada uma incumbe provar”.

<sup>16</sup> Sobre o ponto, James M. Marins de Souza, *in* Arruda Alvim *et alii*, *Código do consumidor comentado*, São Paulo: RT, 2ª ed., 2ª tiragem, 1995, p. 71.

# A OBRA DE CRIAÇÃO DO DIREITO PELO JUIZ NA INTERPRETAÇÃO DAS LEIS. LIMITES

ÁUREA PIMENTEL PEREIRA  
Desembargadora TJ/RJ

A idéia da divisão das funções do Estado, no sistema de tripartição dos Poderes, com a atribuição, a um deles da missão de julgar, mesmo antes de sua idealização por Montesquieu, em sua obra clássica **L'Esprit des Lois**, já fora preconizada por Aristóteles no Livro VI da Política quando se assinalou que “nenhum governo pode viver e florescer sem ter, como parte de seu sistema de administração dos negócios civis, alguma força humana permanente, investida de autoridade acatada e suprema, sempre em condições de exercê-la pronta e eficientemente, em caso de necessidade, quando reclamada, de modo regular, tendo caráter permanente”, *apud* J. Cretella Jr., **Elementos de Direito Constitucional**, p. 148.

O poder de julgar, que aos Juízes é atribuído, é, sem dúvida, um poder político, que se exterioriza no processo, através do *dicere ius*, quando o magistrado – cumprindo dever constitucional, em nome do Estado exercido – distribui justiça.

Ao reconhecer-se que o poder pelo Juiz desenvolvido, quando do julgamento das causas, guarda conotação política, está-se naturalmente utilizando a palavra política, em seu sentido mais elevado, afastada a idéia da política-partidária, cuja prática é vedada ao Juiz, pela **Lex Fundamental** (art. 95, parágrafo único, III).

A natureza política de tal poder, faz-se mais nitidamente presente, quando o juiz precisa decidir questões que envolvam interesse público ou direitos sociais, sobrelevando a grandeza de tal poder quando o magistrado é chamado a dizer da constitucionalidade das leis, missão da mais alta relevância, que aos Juízes é reservada, dentro do sistema de **checks and balances**.

Quando ainda não concebido o sistema da tripartição dos Poderes - em período em que os Juízes não eram vistos como membros integrantes de um

dos Poderes - quando do cumprimento da missão de julgar, não exerciam os juízes um poder político, eis que, na definição de Montesquieu, nada mais eram do que: “*la bouche inanimé qui prononçait les paroles de la loi*” (**L’Esprit des Lois**).

A missão que era então aos Juízes confiada, tinha limites angustos, na medida em que eram chamados simplesmente a *dizer a lei* que incidia no caso concreto. Deles o que se esperava eram as *virtudes passivas*, qualidades até hoje festejadas, que como lembra Cappelletti se traduzem no comportamento no processo revestido sempre de imparcialidade, independência, neutralidade e equidistância dos interesses das partes e do tratamento destas na linha da mais absoluta igualdade, tudo, na verdade, guardando mais direta conotação com a natureza jurisdicional da atividade do juiz (Mauro Cappelletti – **Dei poteri del giudice**, p. 70, 74, 76, 111).

Com a doutrina do juspositivismo – nascida em oposição às idéias então firmadas, em torno dos valores eternos e universais do *legal* e do *justo*, pela escola do jusnaturalismo, nasceu a figura do juiz, operador do direito chamado a aplicar as leis de acordo com seus rigorosos termos.

Seguindo tal vertente – como lembrou Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em erudito estudo jurídico, publicado *in Revista Cidadania e Justiça*, Ano 3, n. 6, 1º Semestre, 1999, p.79 – “A Clássica Escola da Exegese desenvolvida na França, levou ao máximo rigor o valor abstrato da lei (*toute la loi mais rien que la loi*), lançando os fundamentos do dogmatismo positivista, que se desenvolveu, até sua plenitude, e se tornaria hegemônico até o final deste século”.

Com o evolver dos tempos, os rígidos princípios do positivismo jurídico, experimentaram expressivas transformações, que – e é ainda o douto Diogo de Figueiredo Moreira Neto quem registra, em seu estudo jurídico já citado – informaram o nascimento de uma nova escola de pensamento, absolutamente distanciada da hermética doutrina francesa, de que constitui exemplo o modelo inglês, segundo o qual “o juiz aplica a lei que descobre no direito”, não mais se limitando “a aplicar o direito que se expressa na lei” (*Ib. id.*, p. 80).

O juiz moderno nenhuma identificação guarda mais com o modelo antigo do magistrado visto por Montesquieu como “*des êtres inanimés qui n’en peuvent moderer ni la force ni la rigueur*” (**L’Esprit des Lois**, Livre XI, Chap. XVIII).

O juiz dos tempos atuais, não é mais o frio aplicador das leis, que antes as tinha como “letra morta”, mas que as vê agora “como tecido vivo capaz de reações novas ante a provocação de situações supervenientes” (Milton Campos – *apud* – José Afonso da Silva – **Poder Constituinte e Poder Popular**, p. 293).

As leis, que ao juiz cabe aplicar, têm seu alinhamento feito em “autêntica pirâmide jurídica, na qual a juridicidade de cada norma é haurida da norma que a suspende.” (Prof. Goffredo da Silva Teles, *apud* Celso Ribeiro Bastos – **Curso de Direito Constitucional**, p. 389).

Quando uma lei é clara, dispensada é a sua interpretação: *interpretatio cessat in claris*. Nesse caso, já advertia Montesquieu, ao juiz cumpre simplesmente aplicá-la, do contrário necessária será a sua interpretação para a “*recherche de son esprit*”. (Obra citada, *Livre VIII, Chap. III*).

Na verdade, não raras são as hipóteses em que a lei exige do juiz interpretação, para a investigação do seu comando.

A interpretação das leis é obra que se confere ao juiz, quando da sua missão de julgar.

Tal interpretação deve ser feita, antes de tudo, com a investigação da conformidade da lei ou da norma legal com a Lei Maior do país, recomendando Carlos Maximiliano que o juiz procure buscar sempre, dentro da lei, “a interpretação que conduza à melhor conseqüência para a coletividade”.

Ao interpretar as leis, muitas vezes o juiz precisa fazê-lo *cum grano salis*, de modo a dar à hipótese submetida a julgamento uma solução, ao mesmo tempo, legal e justa. Na interpretação de uma norma, porém, como adverte o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, “não pode o juiz, em regra modificá-la para aplicá-la ao caso concreto como se fosse livre o direito, embora possa adaptá-la à realidade”. *Apud* “Decisão Judicial” – estudo jurídico publicado in **Revista da EMERJ**, v. 3 nº 11 – Ano 2000 – p. 24/42.

Os conceitos do legal e do justo, embora distintos, têm de comum a conformidade, vale dizer, o respeito que ambos guardam com a ordem jurídica. *Legal* significa conformidade com a lei; *Justo* nem sempre se confunde com o que se identifica com o *jurídico*, estando antes ligado à idéia de *Justiça*, por Ulpiano definida como “*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*”.

A busca do legal e do justo tem sido um constante desafio para o juiz, e há dele exigir, em hipóteses especialíssimas, uma verdadeira obra de construção do direito, através da interpretação das leis.

Assim, pode ocorrer, por exemplo, no processo civil, como registra José Carlos Barbosa Moreira, em que a atividade judicante se desenvolve de forma criativa, o que ocorre quando o juiz faz “opções de caráter valorativo e (no sentido lato do termo) político” (*Apud Temas de Direito Processual*, 1ª série, p. 9).

A obra de criação do Direito é mais frequentemente exigida do juiz, quando do exame de *quaestio iuris* a ser solvida à luz do direito substantivo, ou seja, à luz daquelas regras jurídicas disciplinadoras de relações concretas de direito, o que há de acontecer quando, aparentemente, o texto legal não seja claro (incerteza ou ambigüidade) ou seja mesmo omissis (lacuna da lei), a deixar dúvida a respeito da abrangência na roupagem da lei, da hipótese submetida a julgamento no processo.

É que o juiz não pode se eximir da obrigação de julgar, mesmo nos casos de lacuna, incerteza ou ambigüidade da lei, ou seja, naquelas hipóteses em que no *ius positum* não encontre solução para a hipótese submetida a julgamento (artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil e 126 do Código de Processo Civil).

Em casos tais, o julgamento é feito de forma construtiva, recorrendo o juiz à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

O uso da analogia pode ser ao juiz excepcionalmente permitido, como adverte Carvalho Santos, quando a matéria está disciplinada em lei que, todavia, não prevê o caso singular submetido a julgamento, nessa hipótese, tendo plena aplicação o brocardo: “*ubi eadem est ratio legis, ibi eadem est legis dispositio*”. Se a hipótese, porém, for de lacuna da lei, pontifica o douto Carvalho Santos, deve o magistrado solver a *quaestio iuris* à luz dos princípios gerais de direito (Código Civil Brasileiro Interpretado, v. I, p.104, 108).

Tais princípios gerais de direito, acrescentamos, são: a doutrina; a jurisprudência – através da qual, de certa forma, os Tribunais também constroem o direito – a ciência jurídica moderna, a concepção jurídica dominante, só excepcionalmente sendo permitido ao juiz julgar por equidade, como autorizado no artigo 127 do Código de Processo Civil, nas hipóteses especialíssimas de que constituem exemplos, as decisões proferidas nos processos de jurisdição voluntária e do juízo arbitral (artigos 1075, IV e 1109 do Código de Processo Civil).

A busca pelo juiz de uma solução exata para a causa, pode, em certos casos, exigir, uma obra de criação do Direito, via da interpretação da lei. Tal

obra criadora, contudo, está sujeita a limites que não podem ser transpostos com a criação, propriamente, de um direito novo, com incursão em matéria que constitua o próprio fundo do direito, pena da transmutação do juiz em legislador positivo (*law maker*).

O poder criador do Direito, pelo juiz, no processo, adverte Mauro Cappelletti, não pode ser exercido de forma discricionária, de modo a desbordar para o arbítrio (Obra citada, p. 32). Há que se ter presente, insista-se, trazendo à colação magistério de Lopes da Costa, que: “O juiz não é legislador. A autoridade de suas decisões assenta na autoridade da lei. É necessário que ele demonstre a conformidade entre umas e outra”. (**Direito Processual Civil Brasileiro**, v. 3, p. 25/27).

A figura do juiz “criador do Direito” encontra inspiração em doutrina moderna de que constituem exemplos as escolas: americanas da *sociological jurisprudence* e do *legal realism*; alemãs do *Interessenjurisprudenz* e do *Freirechtsschule* e francesa do *Méthode de la libre recherche scientifique* de François Geny, representativas de verdadeira reação ao formalismo científico e conceitual; de clara oposição à idéia de que o juiz, no exercício da função jurisdicional, deve se limitar a declarar o direito que incide, através de obra mecânica de interpretação das leis, feita com a utilização de mera lógica dedutiva. (*Apud* Cappelletti, ob. cit., p. 37).

Essas escolas, sublinha Cappelletti – de posições muito avançadas, acrescentamos – vêem a figura do juiz “criador do direito” cercada de grande responsabilidade política, sempre presente quando ele é chamado a proferir decisão que não esteja inspirada nas doutrinas tradicionais (*Ib. id.*, p. 37).

Em casos tais, embora ao juiz seja permitida verdadeira obra de criação do Direito, não se lhe há de assegurar, para tal, liberdade absoluta, de modo a permitir que de tudo resulte a criação de um direito novo – para a qual não tem o juiz competência institucional – capaz de conduzir a distorções perversas - como registra Lord Devlin, em sua obra **Judges and Law Makers** - próprias de um Estado Totalitário, quadro absolutamente inimaginável na vigência de um Estado Democrático de Direito (*apud*. Cappelletti, ob cit. p. 38).

A interpretação construtiva de texto legal, deve ser vista, portanto, como medida excepcional, destinada a adaptar a lei a situações nela não expressamente previstas, sendo oportuno lembrar que ela é possível mesmo quando em discussão norma constitucional.

Como exemplo mais expressivo de tal interpretação construtiva, pode ser lembrado a que se fez, em outros tempos, por inspiração de Rui Barbosa e de Pedro Lessa, do dispositivo que, na Carta Política brasileira de 1891, instituiu o *habeas corpus*, de modo a permitir que, tal instrumento de garantia, fosse utilizado para aplicação aos casos de violação de direitos.

Por atos de autoridade, revestidos de ilegalidade ou abuso de poder, para os quais não existia, ainda, criado, o mandado de segurança.

Ainda como exemplo de obra criadora do direito pelo juiz, pode ser lembrado o reconhecimento – mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 3º) e das Leis 8.971/94 e 9.278/96 – das uniões de fato como potencialmente geradoras de direitos e obrigações.

A interpretação construtiva, muitas vezes se faz necessária, quando se está diante de texto vetusto de lei, que já não se identifique com a realidade dos novos tempos, *exempli causa* podendo ser citada a norma do artigo 566 do Código Comercial, que – como lembrou o Ministro Eduardo Ribeiro, quando do julgamento no Egrégio Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 127/961-RJ – instituiu como meio de prova, do contrato de fretamento, a carta partida, documento que, originariamente, segundo o costume, depois de elaborado era rasgado ao meio, sendo entregue uma parte a cada um dos contratantes, meio esse de prova, inimaginável de ser atualmente exigido, como então concebido, tudo justificando que, sobre a referida norma, se fizesse uma interpretação construtiva, sabido que, modernamente, os contratos de transporte, dos quais os contratos de fretamento constituem espécie, podem ser celebrados por telefone, telégrafo ou fax, sendo possível a demonstração de sua existência, por todos os meios de prova em direito permitidos. (*Apud* “Decisão Judicial” estudo jurídico, publicado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, na **Revista da EMERJ**, v.3, nº 11 – 2000, p. 24/42).

O trabalho de integração, à norma jurídica, de caso concreto, nela não expressamente previsto, exige do juiz, repita-se, verdadeira obra de criação do direito que, naturalmente, nasce impregnada de seu subjetivismo e consciência jurídica.

Dita obra, contudo, insista-se, há de se fazer sem desbordamentos, que caracterizem o arbítrio, por oportuna merecendo ser lembrada a advertência do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, feita em seu estudo jurídico retrocitado, de que, ao juiz é vedado julgar ultrapassando os limites da lei,

“como se fosse livre o direito, ou como se estivéssemos sob o regime da *equity*” (*Ib. Idem*, p .35).

No processo civil, há hipóteses especialíssimas em que o poder criador do direito pelo Juiz, assume especial papel, para a adaptação ao texto legal, de um caso concreto nele não expressamente previsto.

Como exemplo, pode ser citado, o inciso I do art. 155 do Código de Processo Civil, que em sua generalidade, recomenda que o ato processual seja realizado em segredo de justiça, quando o exigir o interesse público, destarte devolvendo ao Juiz a obra de definição, através de correta interpretação, do que se deve entender por interesse público, capaz de ser incluído no figurino da lei.

Outro exemplo pode ser buscado no art. 525, § 2º do C.P.C., que formula a exigência da instrução, desde logo, da petição do agravo de instrumento, com a prova do recolhimento do preparo do recurso, dispositivo que, por construção jurisprudencial, tem sido interpretado de forma razoável, em harmonia com o *caput* do art. 522, do mesmo Código, de modo a permitir que se extraia o entendimento de que, enquanto não houver ainda fluído o prazo para interposição do recurso, o recolhimento do preparo há de ser sempre reconhecido como oportuno.

No processo penal, a força criadora do direito pelo Juiz, também, muitas vezes se faz presente, para, via da aplicação do critério da razoabilidade e da proporcionalidade, na interpretação de uma lei aparentemente rígida, chegar-se a uma decisão justa.

Como exemplo de hipótese em que a interpretação construtiva de um texto legal, pelo juiz, em um processo penal, pode ser importante, cita Sergio Demoro Hamilton - em seu bem lançado estudo jurídico “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a antofagia do direito” – publicado na **Revista do Ministério Público** nº 11 - 2000, p. 253/266 – a que pode ser dada ao art. 233, parágrafo único do C.P.P., de modo a admitir-se sua aplicação, não apenas *pro reo*, mas também *pro societate*, idéia que aplaudimos inteiramente, por razões que podem ser assim resumidas.

Como é sabido, o art. 233 do C.P.P., tem como insuscetíveis de serem utilizadas em juízo, como provas, as cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos.

Todavia, o parágrafo único do referido artigo, admite, excepcionalmente, que as cartas, assim obtidas, possam ser utilizadas pelo réu em juízo

em sua defesa, independentemente do consentimento de seu signatário, destarte permitindo que sirvam como meio de prova, *pro reo*.

Se assim é, não será, então, válido – através de uma interpretação construtiva do texto do parágrafo único do art. 233 do C.P.P., feita *cum grano salis* – a aplicação *pro societate* do princípio, na norma legal consagrado, levando em conta os valores sociais em conflito?

Pensamos que sim, sem embargo da norma, em princípio intransigente, do inciso LVI do art. 5º da C.F. de 1988, que veda a utilização no processo penal de provas obtidas por meios ilícitos.

Em abono de nosso entendimento, lembramos os comentários feitos por Ada Pellegrini Grinover *in As nulidades no Processo Penal*, p. 134, ao discorrer sobre o critério da proporcionalidade, trazendo à colação decisões proferidas por tribunais da então Alemanha Federal que, “sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes” *apud* Sergio Demoro Hamilton, p. 259.

A interpretação da lei, à luz do princípio da proporcionalidade, levando em conta os valores sociais em conflito, exige do juiz muita cautela, para que a carga de subjetivismo, posta quando de tal interpretação, não desborde para o arbítrio.

A advertência vale, especialmente, para aqueles casos em que, como lembra José Carlos Barbosa Moreira, seja necessária uma perfeita interpretação da lei, com a correta investigação de seu exato sentido, importante quando, por exemplo, estiverem sendo objeto de discussão, “conceitos jurídicos indeterminados, como o de “bons costumes”, o de “mulher honesta”, ou de “interesse público”. (“A Constituição e as provas ilicitamente obtidas” – estudo jurídico publicado *in Revista do Ministério Público*, n. 4 - 1996 – p. 101/114).

Em casos tais, o texto legal, pode ser objeto de interpretação construtiva, feita sem excessos ou extravasamentos, guardados os limites da lógica do razoável, excluída toda e qualquer possibilidade de nascimento, como fruto de tal interpretação, de um direito novo que seria, então, um “direito alternativo”, capaz de comprometer todo um ordenamento jurídico, pondo em risco a segurança das partes no processo.

A idéia da solução dos conflitos, no processo judicial, através da aplicação da doutrina do *Freirecht* (*direito livre* ou *direito alternativo*), tem angariado adeptos, nos últimos tempos.

A adoção de tal doutrina, todavia – como bem assinalou o douto advogado, e emérito jurista, Renato Ribeiro, em precioso estudo jurídico publicado - põe em cheque o próprio ordenamento jurídico e o direito das partes no processo, na medida em que garante ao juiz decidir: “como lhe aprouver”, fundado “na sua inspiração pessoal”, apartado do direito positivo vigente, o que soa absurdo. (“Direito Alternativo” – *apud Revista de Direito do TJ/RJ*, n. 31, p. 21/29).

De tudo que foi exposto, é possível, então, formular-se a seguinte síntese conclusiva.

O juiz, como agente da soberania estatal, exerce um Poder Político, que se exterioriza, através do *dicere ius*, sempre feito com a avaliação do legal e do justo, sendo judiciosa a observação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto de que: “parece hoje fora de dúvida que o Poder Judiciário, em sua milenar evolução, realmente transcendeu o seu papel clássico e adquiriu uma função política, cabendo-lhe não apenas aplicar a norma ao caso concreto, como adaptá-la, integrar a ordem jurídica, e, até mesmo, examiná-la diante de padrões principiológicos de assento constitucional, o que exige a superação da tradicional lógica do racional e a adoção, sempre que necessário, da lógica do razoável, sem a qual, no ensinamento de Recasens Siches, *uma lei* jamais cobra plenitude de sentido”. (**Revista Cidadania e Justiça**, Ano 3, n. 6, 1º Semestre/1999, p. 79).

Ao cumprir o dever constitucional, de distribuir justiça, se e quando necessário – ante a lacuna, incerteza ou ambigüidade do texto legal – do juiz pode ser exigida verdadeira obra de criação do direito, para a integração, a determinada norma jurídica, de caso concreto nela não previsto.

Tal obra de criação não pode, porém, insista-se, desbordar para o arbítrio, estando antes sujeita a limites, que não podem ser transpostos para alcançar o fundo do direito, na norma legal contido, em clara violação ao princípio da tripartição dos Poderes, com a transmutação do juiz em legislador positivo, via da criação de um direito alternativo, capaz de carrear insegurança para o direito das partes no processo e o comprometimento de todo um ordenamento jurídico. ◆

# MANDADO DE SEGURANÇA (QUESTÕES CONSTITUCIONAIS)

**LUIZ ROBERTO AYOUB**

*Professor de Processo Civil da EMERJ e UNESA. Juiz de Direito do TJ/RJ*

## I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Contemporaneamente, alguns temas de notória relevância, em âmbito constitucional ou infraconstitucional, têm sua interpretação e aplicação colocados em voga, face às constantes transformações peculiares ao desenvolvimento da sociedade.

A normatividade constitucional, porquanto fruto da supremacia sobre as demais fontes normativas, tem em sua própria natureza a necessidade de uma interpretação ampla, de contornos circunferenciados, indicando assim a concatenação do julgador com o Estado Social de Direito.

Dentre as inúmeras abordagens jurídicas com que nos atemos atualmente, mister se faz o entendimento renovado sobre o elixir constitucional do Mandado de Segurança conquanto relacionado com questões pecuniárias e atos disciplinadores empreendidos pelo Poder Público.

Abarcados pela nova visão da Hermenêutica Constitucional, colimada através da Constituição-Cidadã, direcionamos entendimentos intrinsecamente ligados com os interesses difusos e coletivos, superando-se totalmente a visão individualista predominante no século passado.

## II. O MANDADO DE SEGURANÇA E AS VERBAS PECUNIÁRIAS

### *II.1. Visão privatista – Uma postura em desuso*

Nos dias atuais, a hermenêutica privatista vem cedendo lugar à interpretação constitucionalizada, ao prestigiar os valores encartados no texto constitucional, possibilitando-se compatibilizar o Direito com a justiça, a ética e a moral, fundamentos primordiais para se garantir, além de um Estado Democrático, um Estado Social de Direito.

Na visão de Moraes Mello<sup>1</sup>, ainda paira sobre o universo da hermenêutica jurídica a utilização do método interpretativo “fechado”, herança do conservadorismo decisório do Direito Romano, o que, segundo o mestre:

*“... restringe a capacidade do Direito para adaptar-se às situações sociais inéditas e inovadoras. Dificulta-se, destarte, o enriquecimento do instituto jurídico, ao mesmo tempo em que se torna claro o divórcio entre o mundo do Direito e a dinâmica social.”*

Lênio Luiz Streck, em alusão a Capillongo<sup>2</sup>, na sua obra intitulada **A hermenêutica jurídica e(m) crise**, assevera que a utilização de uma interpretação distanciada dos valores constitucionais, conduzirá a uma “hermenêutica de bloqueio”, e, em conseqüência, a uma verdadeira negativa de justiça.

O empirismo de uma hermenêutica fundamentalmente contemporânea, reacende no Direito Constitucional sua magna relevância, respaldando-se na evolução da sociedade e do próprio Direito.

O Mandado de Segurança, remédio constitucional poderoso e extremamente providencial contra as injustiças do Poder Público, não fora poupado de interpretações romanescas, levando, por vezes, a inteligência do Constituinte a valores ínfimos dentro de um sistema jurídico em que se faz mister sua superação, a fim de que caminhe paralelamente à realidade socioeconômica imposta pela sociedade.

Estabelece o art. 1º da lei 1.533/51:

*“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam*

<sup>1</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. “Hermenêutica jurídica e a filosofia do novo código civil”. Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, [s.d.]. (trabalho não publicado)

<sup>2</sup> CAPILONGO, Celso. “Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico”. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 45-46 *apud* STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 88.

*quais forem as funções que exerça.*”<sup>3</sup>

Por outro lado, o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>4</sup> confere o contorno constitucional ao referido diploma, eliminando alguns óbices da lei infraconstitucional, tal como ocorre com o prazo de 120 dias noticiado pelo art. 18 da referida Lei nº 1.533/51, de forma a não mais se poder negar o destaque que o legislador constituinte pretendeu conferir à ação mandamental.

Trata-se, portanto, de um remédio com assento na Constituição da República e que tem o condão de afastar do mundo dos fatos aquilo que se considera inconcebível, o abuso ou a ilegalidade praticada por quem não poderia fazê-lo.

Com efeito, a administração pública tem como princípio cardinal a legalidade, conforme o disposto no art. 5º, II, da Carta Magna<sup>5</sup>. Destarte, mostra-se incompreensível e inconcebível que a autoridade pública, ou qualquer agente que, por delegação, esteja investido deste poder, não logre agir segundo esta perspectiva de legalidade.

Tendo como pressuposto o prisma constitucional, direcionado à interpretação das normas de direito, impõe-se afirmar que a Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal – “**Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria**”<sup>6</sup> – não é compatível com o verdadeiro objetivo protegido pela lei especial que regula o Mandado de Segurança.

A referida ação mandamental tem regras próprias, num sistema herméutico que representa, como objetivo primeiro, a garantia da celeridade na prestação jurisdicional, para afastar, ressalte-se, o inconcebível abuso ou ilegalidade perpetrada pela autoridade pública.

<sup>3</sup> BRASIL, *Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951*. Altera as disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. In: BRASIL, **Código de processo civil**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>4</sup> BRASIL, Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 26. Ed. Saraiva. São Paulo, 2000.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 271**. Mensagem recebida por *mabepassos@tj.rj.gov.br* em 22 fev. 2002.

À evidência, considerando-se que as verbas pecuniárias, contempladas na sentença da Ação de Mandado de Segurança, são somente aquelas devidas a contar do ajuizamento da ação e, ainda, que o seu pagamento deverá obedecer a ordem cronológica dos precatórios, consoante a norma do art. 100 da Constituição da República<sup>7</sup>, estaremos, sem dúvida, prestigiando o ato abusivo ou ilegal perpetrado contra o cidadão. Esse fato concorre para demonstrar o causado pelo entendimento do verbete sumular.

## *II.2. Lei nº 5.021/66 – Inovação ou reprise?*

A partir do ano de 1966, com a edição da Lei nº 5.021, firmou-se uma enorme controvérsia – até hoje presente no cenário jurídico – sobre o verdadeiro alcance e interpretação do seu art. 1º, §§ 2º e 3º,<sup>8</sup> que, aparentemente, repetindo o preceito sumular, na verdade traz uma inovação acerca da questão jurídica controvertida, a merecer maiores considerações.

De fato, da leitura do *caput* do referido dispositivo legal, pode-se depreender que se trata de mera repetição da já citada Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

*“Art. 1º- O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.”*

Contudo, da análise dos parágrafos subseqüentes já referidos, impõe-se uma reflexão sobre a matéria em destaque, porquanto, nitidamente, eles propiciam uma solução que se distancia do preceito contido na Súmula 271 da Suprema Corte. Atente-se, com efeito nas duas normas:

*“§ 2º- Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão encaminhará, de imediato,*

<sup>7</sup> BRASIL, Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 26. Ed. Saraiva. São Paulo, 2000.

<sup>8</sup> BRASIL, *Lei nº 5.021 de 9 de junho de 1966*. Dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil. In: BRASIL, **Código de Processo Civil**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

*a quem de direito, o pedido de suprimimento de recursos, de acordo com as normas em vigor.”*

*“§ 3º- A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculos (arts. 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal.”*

De outra forma, os arts. 2º e 3º da mesma Lei nº 5.021/66 noticiam as conseqüências resultantes da inobservância dos preceitos legais, demonstrando, inequivocamente, o propósito do legislador de repudiar o inconcebível, qual seja, o abuso ou a ilegalidade praticados pela autoridade coatora.

Da leitura dos dispositivos anteriormente destacados, percebe-se que o pagamento das verbas devidas, a contar do ajuizamento da Ação de Mandado de Segurança, deverá ser efetuado de imediato. Outrossim, somente as verbas pretéritas – entendidas como aquelas devidas antes do ajuizamento da ação – deverão suportar a amargura dos precatórios judiciais, considerando que o direito não socorre aqueles que dormem.

Concluindo, percebe-se que o tratamento conferido pelo art. 1º, parágrafos 2º e 3º da Lei nº 5.021/66, mais se compatibiliza com o anseio de todos, pois que, do contrário, submeter o cidadão, que foi alvo de uma violência na sua esfera jurídica, à demora no pagamento das verbas devidas seria uma brutal violência a um direito cristalino.

A fim de dirimir dúvidas e desqualificar injustiças e pela pertinência com o tema em destaque, o emérito Ministro Luiz Fux, agracia o Direito com o V. Acórdão:

*“Acumulação de proventos. Professor com dupla aposentadoria porquanto permitida a acumulação de dois cargos de professor. Vencimento de produtor executivo de Órgão ‘Federal’ extinto. Cassação administrativa das duas aposentadorias pelo Estado. Manifesta ilegalidade. Direito líquido e certo do agravante à dupla aposentadoria em cargos compatíveis. Tutela antecipada requerida para o fim de manutenção de ao menos uma das aposentadorias. Deferimento da medida não só pela liquidez e certeza do direito, mas também porque a supressão da aposentadoria em cargo de notórios vencimentos parcos suprime as reais condições de sobrevivência, revelando direito em estado de periclitção, a ensejar a concessão*

*da antecipação de tutela. A vedação da antecipação de tutela contra o Poder Público cede diante dos direitos fundamentais da pessoa humana. Destarte, na **ratio** da vedação à antecipação, o que se pretende evitar é a criação de direito novo contra administração, fazendo exsurgir despesas não previstas no orçamento. Tratando-se de supressão de aposentadoria basta o restabelecimento do estado anterior através da tutela de conservação. A sistemática do duplo grau de jurisdição não impede a concessão de liminares antecipatórias como sói ocorrer do mandado de segurança. Precedentes do E. STF. Não obstante declarada constitucional a lei proibitiva das liminares contra o Poder Público, infere-se do bojo da acórdão da Alta Corte a advertência de que a declaração positiva de constitucionalidade não inibe o exame judicial de cada caso concreto, incluída razoabilidade da norma impeditiva da liminar. Agravo provido para a manutenção de uma das aposentadorias, confirmando liminar deferida e prejudicado o agravo regimental do Estado.”<sup>9</sup>*

### *II.3. Doutrina e Jurisprudência – Persiste a controvérsia*

Não fosse o suficiente, parte da doutrina e da jurisprudência ainda não está convencida da necessidade de se estabelecer uma interpretação conforme o texto constitucional, insistindo em prestigiar a interpretação literal do dispositivo em comento, fato que, sem dúvida, merece maior reflexão por parte dos operadores do direito.

Segundo os opositores desta linha de raciocínio, há um óbice insuperável no entendimento anteriormente esposado, considerando a inteligência do art. 100 da Constituição Federal que assim o define:

*“Art. 100 - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas*

---

<sup>9</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 10ª Turma. Mandado de Segurança. Agravo de Instrumento. Nelson Tulipan e Estado do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Luiz Fux. 19 de junho de 2001. Unânime. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 15 fev. 2002.

*nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.*”<sup>10</sup>

Prevalece, então, o entendimento de que todos os pagamentos devidos pela Fazenda Pública serão efetuados, *sem qualquer exceção*, obedecendo-se à ordem cronológica dos precatórios.

Contudo, da análise dos §§ 1º e 2º do referido art. 100 da Constituição, podemos concluir que o verdadeiro escopo da previsão constitucional reside na preocupação de evitar-se a condenação imediata de verbas não antes provisionadas pelo Poder Público, conforme se infere do processo principal:

*“§ 1º. É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.”*

#### *II.4. O Princípio da Não-Surpresa – Base para o consenso*

Neste sentido, interpretando-se o dispositivo *a contrario sensu*, nota-se que os valores *já provisionados* poderão ser pagos de imediato, sem submissão à ordem dos precatórios, incidindo na hipótese o *Princípio da Não-Surpresa*, como fonte autorizadora – através da hermenêutica constitucional – do raciocínio que se empresta ao caso.

Canotilho, citado pelo ilustre Desembargador Nagib Islaibi Filho, afirma que *“o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito é um sistema normativo aberto de regras e princípios”*,<sup>11</sup> estando portanto, sujeito a captação de influências externas, não sendo concebível, destarte, o resumo de uma interpretação literal e ortodoxa. O mestre lusitano, encerra o raciocínio lógico:

*“O fato de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenômenos de tensão entre os vários*

<sup>10</sup> BRASIL, Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 26. Ed. Saraiva. São Paulo, 2000.

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes *apud* SLAIBI FILHO, Nagib (Org.). “A norma constitucional”. *Intensivão da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro:[s. ed.],[s.d.]. p. 214.

*princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários actores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos e contraditórios.”*

*“A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológica-normativa da lei fundamental.”*

Em conclusão, devemos empreender a norma constitucional como parte de um sistema dinâmico que interage com todo o sistema jurídico-social, inculcando em seu universo interpretativo a “*capacidade de aprendizagem para haurir, a cada momento, os significados de outras normas que sejam consentâneos com a realidade fática*”.<sup>12</sup>

A título de ilustração, imaginemos a hipótese em que um determinado servidor público é indevidamente afastado de suas funções, em razão de um ato praticado por uma determinada autoridade pública. Reconhecido o seu direito de retornar às suas primitivas atividades, o Estado-Juiz pronunciou a ilegalidade ou o abuso contra ele perpetrado, de modo que é justo o pagamento imediato das verbas pecuniárias, em relação àquelas devidas a contar do ajuizamento da ação de mandado de segurança. Certo, outrossim, que a determinação de imediato pagamento das verbas pecuniárias não acarreta maltrato ao preceito do aludido art. 100 da Constituição Federal, considerando que o seu escopo é o de evitar a surpresa à Fazenda Pública que, não possuindo dotação orçamentária, não poderia ser compelida a suportar, de imediato, mera condenação desta natureza.

Com efeito, com o afastamento do servidor público, as verbas pecuniárias mantêm-se provisionadas, de forma que a determinação judicial que contempla o seu pagamento de pronto não pode se enquadrar nas hipóteses em que é imprescindível a expedição do precatório porque, repita-se, incide à espécie o Princípio da Não-Surpresa.

---

<sup>12</sup> SLAIBI FILHO, Nagib (Org.). “A norma constitucional”. Intensivo da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro:[s. ed.],[s.d.]. p. 214.

Em síntese, temos que a solução sugerida mais se conforma com os anseios do povo, uma vez que o afastamento do modelo hermenêutico tradicional confere, segundo o Professor Streck,<sup>13</sup> maior legitimidade das aspirações sociais.

### III. O MANDADO DE SEGURANÇA E O ATO DISCIPLINAR

Diz o art. 5º da Lei 1.533/51:

*“Não se dará mandado de segurança quando se tratar:*

....

....

*III - de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.”*

Do referido texto legal, extrai-se a preocupação do legislador em garantir a intangibilidade do ato do administrativo praticado pelo administrador em razão de seu poder discricionário.

Desta maneira, os elementos MOTIVO e OBJETO, não seriam passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário que, por isso, estaria impossibilitado de exercer sua jurisdição.

Contudo, mais uma vez revela-se indispensável chamar à baila os princípios constitucionais atinentes à espécie, em busca de conferir justiça efetiva às decisões judiciais.

Com efeito, diante do Princípio da Legalidade inscrito em nossa Carta Política, é certo afirmar que nenhum ato administrativo pode ser considerado inteiramente discricionário, considerando que acima de tudo, deve com ele guardar sintonia.

Apoiado no citado Princípio da Legalidade, a lógica do razoável impõe o necessário equilíbrio entre a falta cometida por um servidor e a respectiva pena a ele aplicada.

Providencial a interpretação do emérito Desembargador Slaibi Filho, sobre o papel desses princípios face as normas constitucionais e infraconstitucionais:

*“Os princípios, ninguém desconhece, possuem características que os diferenciam das regras ou preceitos. Dispõem de maior grau de*

<sup>13</sup> STRECK, Lênio Luiz, op. cit.

*abstração e, portanto, menor grau de densidade normativa, e bem por isso sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional. Além disso, condensam as idéias estruturais do sistema, razão pela qual, em geral, os preceitos constituem desdobramentos de idéias-sínteses engessadas nas disposições principiológicas. Os princípios, mesmo que implícitos, e inclusive aqueles enunciados no preâmbulo, dispõem de uma funcionalidade... ...Ele cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado tempo e lugar e, por isso, fixam standards de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional. Mais do que isso, experimentam uma eficácia mínima, ou seja, se não podem sofrer aplicação direta e imediata, exigindo no mais das vezes (não é o caso dos princípios garantias) integração normativa decorrente da atuação do legislador, pelo menos cumprem eficácia derogatória da legislação anterior e impeditiva de legislação posterior, desde que incompatíveis com seus postulados. Aliás, também as normas programáticas atuam, pelo menos, essas últimas funções. Daí por que elas operam, no mínimo, uma eficácia negativa, paralisando os 'efeitos de toda e qualquer norma jurídica contrária a seus princípios' (Canotilho).”<sup>14</sup>*

Esse esclarecimento enquadra-se perfeitamente, revelando-nos a imagem justa do Direito, aludindo a pronta afastabilidade de um defasamento entre o ato administrativo com sua discricionariedade e o fundamento de um equânime princípio constitucional.

Imaginemos a hipótese em que um servidor é penalizado severamente por um administrador, em razão de uma falta leve por aquele cometida, considerando tratar-se de um desafeto seu.

Por outro lado, vislumbra-se a hipótese de outro servidor que ao cometer uma falta grave, recebe como reprimenda, uma mera advertência, porquanto mantém com o seu hierarquicamente superior, uma relação de amizade.

---

<sup>14</sup> SLAIBI FILHO, Nagib, op. cit. p. 215.

Nas hipóteses descritas, vê-se que ao se permitir o exercício da jurisdição, o mérito administrativo continuará inatingível pelo Poder Judiciário que, pautado no Princípio da Proporcionalidade, perquerirá a finalidade do ato administrativo.

Considerando a notoriedade que o tema desfruta na atualidade, mostra-se relevante destacar alguns posicionamentos esposados pela jurisprudência dos tribunais superiores:

*“Cabe mandado de segurança contra ato disciplinar quando a lei não autoriza a pena aplicada (RT 89/318), ou seja, quando há arguição objetiva de direito, extrínseca aos motivos da decisão impugnada e alheia à necessidade de revisão de critério político ou discricionário da autoridade.”*<sup>15</sup>

*“Cabe mandado de segurança contra ato disciplinar para declarar nula a punição, por falta de motivação e tipicidade.”*<sup>16</sup>

*“Cabe mandado de segurança contra ato disciplinar, se não são observadas as formalidades exigidas em lei.”*<sup>17</sup>

*“É admissível mandado de segurança contra ato disciplinar imposto pela administração pública, desde que a pretensão mandamental seja fundada em matéria de direito, arguição objetiva de legalidade, alheia ao móvel político e discricionário da punição.”*<sup>18</sup>

*“É legítima a impetração do mandado de segurança contra ato disciplinar, para coibi-lo quando abusivo e objetivamente teratológico.*

---

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança. **Revista Trimestral de Jurisprudência** 130/1.042.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª turma. Mandado de segurança. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 20 fev. 2002.

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Administrativo. Mandado de segurança. Ato disciplinar. Relator: Ministro Assis Toledo. 23 de agosto 1988. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 24 fev. 2002.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Processual. Mandado de segurança. Cabimento. Ato disciplinar. Recurso ordinário em mandado de segurança. Relator: Ministro Felix Ficher. 13 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 24 fev. 2002.

*Ao Poder Judiciário é permitido indagar sobre a legalidade ou não do ato de demissão, o que não se permite é pronunciamento sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça da medida...*<sup>19</sup>

#### IV. CONCLUSÃO

À vista do exposto, já se pode concluir pela imperiosa necessidade de modificação dos modos de interpretação para o fim de não nos afastarmos da história e do tempo, no momento de decidirmos questões conflitantes.

Já é passado o tempo em que o jus-naturalismo, o historicismo, o realismo, o positivismo, dentre outros, poderiam ser analisados de forma estanque.

No estudo do referenciado Desembargador Nagib Slaibi Filho, onde enfoca a amplitude da interpretação normativo-constitucional podemos espousar a brilhante conclusão:

*“Por si só, nunca será instrumento de redenção das mazelas sociais, políticas e econômicas que nos afligem. A Constituição somos nós, não somente os constitucionalistas (que dela sequer somos intérpretes), os políticos, os governantes, mas todos e cada um daqueles que fazem deste imenso país a soma dos conflitos e das solidariedades que nos embaraçam e nos unem.”*<sup>20</sup>

Hoje, é indispensável o pensamento voltado a uma jurisdição constitucional, afastando o aplicador do direito de uma tarefa simplificada e automática. O intérprete deve estar perfeitamente concatenado com os anseios da sociedade e com as ambições do Direito.

Parafraseando o mestre Lênio Luiz Streck,<sup>21</sup> o intérprete do direito deve ter a angústia do estranhamento, a angústia do sinistro, de forma a permitir que compreenda o universo constitucional, afastando-se da “mesmisse” resultante de modelos pré-determinados, alcançando, assim, a mais genuína Justiça. ◆

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª turma. Processual civil e administrativo. Demissão. Mandado de segurança. Cabimento. Prestação jurisdicional. Negativa que não se verifica. Recurso especial. Relator: Ministro Edson Vidigal. 19 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 24 fev. 2002.

<sup>20</sup> SLAIBI FILHO, Nagib, op. cit. p. 230.

<sup>21</sup> STRECK, Lênio Luiz, op. cit., p. 288.

# MEDIDA LIMINAR EM TUTELA ANTECIPATÓRIA

REIS FRIEDE

*Professor e Magistrado Federal*

A rigor, não existe propriamente o que se convencionou chamar de *medida liminar*, no sentido formal de provimento administrativo-cautelares, em *tutela antecipatória*, não obstante, seja cediço reconhecer, em uma tradução ampla, a plena licitude quanto à conclusão corrente pela presença de um *instrumento jurídico, provisório e antecedente*, assemelhado ao consagrado *instituto liminar*, na disciplina normativa da denominada *tutela antecipada*, ainda que com natureza finalística diversa e sem qualquer possibilidade de deferimento *ex officio* e *inaudita altera pars*.

(Resta oportuno assinalar que a expressão *liminar*, do latim *liminare*, traduz, em uma linguagem ampla, todo o tipo de *procedimento antecedente ao mérito*. Nesse sentido genérico, portanto, é plenamente aceitável afirmar que o *instituto da tutela antecipada* coaduna com o *provimento liminar*, ainda que, em termos mais rigorosos (e técnicos) seja preferível interpretar o *instrumental antecipatório* como não perfeitamente compatível com a convencionalmente designada *medida liminar*).

“Salvo no caso do art. 461, não cabe a concessão de tutela antecipada *inaudita altera parte*.” (RT 735/359)

“O nosso ordenamento jurídico acolhe, por regra constitucional, o respeito ao devido processo legal. Com exceção a esse princípio, em determinadas situações, a Lei Processual admite a concessão de liminares *inaudita altera pars*. Expressamente, o instituto criado pelo art. 273 do CPC, não menciona a possibilidade de concessão de liminar, antes da citação. Em se cuidando da antecipação da tutela, somente no art. 461 é que se vislumbra a possibilidade. A antecipação

*da tutela, antes da citação, será viável somente em casos que, por sua especialidade, exijam do julgador uma tal providência.”* (Ac. un. Da 1ª Câm. do TJMT de 12.08.96, no Ag. 6.380, Rel. Des. Barros Filho)

“Inadmissível a concessão de antecipação de tutela pelo Juiz antes da citação do demandado para oferecimento de sua defesa, *a fim de verificar a existência de prova inequívoca e convencimento de verossimilhança da alegação.*” (Ac. un. da 2ª Câm. do TJMT de 13.05.1997, no Ag. 7.198, Rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento)

*“O provimento antecipado tem por escopo adiantar o provimento final, apreciando-se **initio litis** o mérito do pedido. Provimento de cunho exauriente, embora reversível.*

*Impossibilidade de concessão da medida **inaudita altera pars**.*

*Inteligência dos arts. 273 e 461, § 3º do CPC.*

*Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder.”* (TRF/3ª Região, Agrar 03013493, 1ª T/SP, DJ 30/6/96, Rel. Juiz Sinval Antunes, unânime)

Aliás, esse é o pensamento dotado de maior rigor técnico e amplamente dominante, também na doutrina vertente.

(De qualquer sorte, é fundamental assinalar e, sobretudo, esclarecer que, na hipótese de eventual concessão da *tutela antecipada* (por se tratar de tutela de mérito) há sempre o obstáculo maior (e, nesse sentido, superável) caracterizado pela efetiva presença do *princípio constitucional do contraditório* (na hipótese, *contraditório material*) a impedir, de forma invencível, *o deferimento da antecipação sem a oitiva prévia da parte contrária*, considerando, particularmente, que a própria *referibilidade ao direito material*, inerente ao processo de conhecimento (onde se encontra inserido o instituto da tutela antecipada), por si só invalida qualquer mecanismo desafiador do princípio maior, sem o qual qualquer *decisão meritória* (mesmo que antecipada e, neste especial, *reversível* (e de cognição sumária)) somente pode ser procedida pelo julgador após a necessária manifestação de ambas as partes litigantes.

Tal obstáculo - é importante esclarecer - inexistente de modo sinérgico, na *tutela cautelar*, posto que neste caso, de forma diversa da *tutela anteci-*

*pada*, não há discussão sobre a questão de fundo (*merito cause*), existindo tão-somente uma *referibilidade processual* (intrínseca) que, de nenhuma forma concerne ao direito material controvertido, permitindo, em caráter excepcional, a caracterização do denominado *contraditório formal* que, embora, a exemplo do *contraditório material*, deva ser sempre observado *a priori* (ou seja, com a oitiva prévia de ambas as partes), pode ser observado *a posteriori*, ou seja, após o eventual deferimento da medida acautelatória, em face do próprio objetivo de *preservação* que é indiscutivelmente inerente à *tutela cautelar*).

“O requerimento de uma tutela antecipada é feito por petição, nos próprios autos do processo, sem a abertura de apenso. Nada obsta a que, na própria inicial, demonstrando os pressupostos do caput do inciso I (não do inciso II que, evidentemente, só se verifica diante da resposta ou da conduta protelatória do réu) e do § 2º do art. 273, o autor requeira, desde logo, a antecipação. O juiz, todavia, em nenhuma hipótese, a concederá liminarmente, ou sem audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado, na inicial, ou no prazo de cinco dias (art. 185), se feito em petição avulsa.” (Sérgio Bermudes, in **A Reforma do CPC**, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1995, p. 36)

“Inexiste possibilidade de antecipação da tutela, no processo de conhecimento, antes da citação do réu e oferecimento de sua defesa ou transcurso do prazo para ela previsto. (...)” (J. J. Calmon de Passos, in **Inovações do CPC**, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995, p.13).

Ainda assim, determinados autores, e mesmo alguns julgadores, - dentre estes muitos confundindo os diferentes objetivos da *tutela antecipada* (de feição *satisfativa* e *exauriente*) e da *tutela cautelar* (de natureza *acautelatória* e *não-exauriente*) -, insistem em afirmar pela plena possibilidade de se prover *liminarmente* (e sem audiência da parte contrária) a *tutela antecipada*, o que tem motivado, de certa forma, o Poder Executivo (através de medidas provisórias) e o Poder Legislativo (por intermédio de sua competência constitucional) a, de modo atécnico e, em certo sentido,

redundante, impor limites disciplinadores no que concerne à concessão da *tutela antecipatória*.

“*Se urgente o deferimento da medida de antecipação de tutela, sob pena da possibilidade de ocorrência de grave, ou irreparável dano, a mesma deve ser assegurada liminarmente (ou seja, antes da ouvida do réu) a tutela, ouvindo-se em seguida aquele.*” (Francisco Cavalcante, in **Inovações no Processo Civil**, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 50).

“*A inovação mais importante instituída pela Lei nº 8.952, de 1994, foi, sem dúvida, a que autoriza o juiz, em caráter geral, a conceder liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos que o novo texto do art. 273 arrola (...).*” (Humberto Theodoro Jr., in **As Inovações no CPC**, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, p. 11).

De qualquer forma, ao que tudo indica, parece restar evidente à parcela majoritária (e mais tecnicamente capacitada), tanto da doutrina como da jurisprudência, as nítidas (e insuperáveis) diferenças, sobretudo finalísticas, de ambos os institutos (*antecipatória* e *cautelar*) (1), afastando, neste diapasão analítico, qualquer possibilidade de concessão de *provimento liminar* (2), - no sentido específico de *medida urgente* desafiadora do princípio basilar do contraditório -, em *tutela antecipada*, mormente se considerarmos o aspecto meritório (satisfativo e exauriente) que a mesma forçosamente contém em sua efetivação, ainda que parcial.

“*Tutela antecipada não se confunde com medida liminar, eis que nesta a providência se destina a assegurar a eficácia prática da decisão judicial posterior, enquanto que naquela existe o adiantamento do próprio pedido de ação.*” (Ac. un. da 5ª Câmara do TJRJ de 10.12.1996, no Ag. 4.266/96, Rel. Des. Miguel Pachá; RDTJ RJ 32/240).

“*A tutela antecipada nada mais é que um adiantamento da prestação jurisdicional, incidindo sobre o próprio direito reclamado, e não consiste em uma maneira de ampará-lo, como acontece*

*com as cautelares.* O art. 273 do CPC coloca como requisitos para a antecipação da tutela a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizada a resistência da parte adversa. *Cândido Rangel Dinamarco, ao lecionar que o objeto da antecipação é a própria tutela requerida no processo, assevera com precisão:*

‘A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. *Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro.* A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor’ (in **A Reforma do Código de Processo Civil**, Malheiros Editores, 1995, p. 139).

Já no *procedimento cautelar* não se antecipa a prestação jurisdicional buscada na lide principal, pois isso implicaria atribuir-lhe o caráter de execução provisória da sentença a ser prolatada no processo principal, o que não é possível. Diversamente do que ocorre com a tutela antecipada, instituída pelo art. 273 do CPC para a admissibilidade da ação cautelar, além dos requisitos que devem ser observados em qualquer demanda, dentre eles os pressupostos processuais e condições da ação devem estar presentes o *fumus boni iuris*, ou seja, a plausibilidade do direito invocado pela parte e o *periculum in mora* ou o fundado temor de dano a direito de uma das partes.

Assim, não se pode dizer que com o advento do instituto da tutela antecipada o credor não possa valer-se das ações cautelares que entender por bem ajuizar para amparar o direito ameaçado, estando em pleno vigor o Livro III do Código de Processo Civil, que cuida do Processo Cautelar e medidas cautelares” (Ac. un. da 1ª. T. do TJMS de 10.10.95, na Ap. 45.065-3, Rel. Des. Chaves Martins; **Adcoas**, de 20.06.1996, nº 8.150.292).

## 1. NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS IMPEDITIVAS (OU RESTRITIVAS) QUANTO À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

No que tange ao instituto da *tutela antecipada genérica* (art. 273 do CPC) e *específica* (art. 461 do CPC), de forma diversa da *tutela cautelar* (e de seus respectivos *providimentos liminares*), basicamente existe apenas um único ato normativo, editado pelo Poder Legislativo, objetivando impor limites à concessão da *tutela antecipatória* contra o Poder Público.

Em termos mais precisos, trata-se da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que, por sua vez, originou-se do texto da Medida Provisória nº 1.570, inicialmente editada em 26 de março de 1997.

Esta mencionada MP nº 1.570/97, é importante assinalar, impôs, na verdade (numa razoável confusão legislativa), uma série de restrições a diversos *instrumentos jurídicos*, alterando expressamente o texto da Lei nº 8.437/92 (basicamente uma disciplina normativa limitadora de medidas liminares, de feição cautelar) e da Lei nº 7.347/85, relativo a disciplina legal da ação civil pública.

*MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1.570, DE 26 DE MARÇO DE 1997.*  
(Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera as Leis nos 8.437, de 30 de junho de 1992, e 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.)

“Art. 1.º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o dispositivo nos arts. 5.º e seu parágrafo único e 7.º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1.º e seu parág. 4.º da Lei n.º 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1.º, 3.º e 4.º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 2.º. O art. 1.º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

‘Parág. 4.º. Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da *concessão de liminar*, ou de *qualquer medida de caráter antecipatório*, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.’

Art. 3.º. O art. 16 da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.’

*Art. 4.º. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação (27/03/97).’*

A medida provisória em questão foi reeditada em 24 de abril de 1997 (MP nº 1.570-1) já com alterações, suprimindo, desta feita, a anterior modificação consagrada no art. 2º da versão original, que foi reputada inconstitucional pelo STF.

*MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1570-1, DE 24 DE ABRIL DE 1997  
(Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera as Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, e 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências)*

*“Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos artigos 5º. e seu parágrafo único e 7º. da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no artigo 1º e seu § 4º. da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.*

*Art. 2º. O artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:*

‘Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.’

*Art. 3º. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1570, de 26 de março de 1997.*

*Art. 4.º. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.’*

As subseqüentes reedições (MP's nºs 1.570-2, 1.570-3, 1.570-4 e 1.570-5) repetiram, na íntegra, o texto da MP nº 1.570-1, permitindo que, em 10 de setembro de 1997, fosse editada a Lei nº 9.494 com base no texto último da MP nº 1.570-5, de 21 de agosto de 1997.

Ainda assim, de forma, no mínimo, surpreendente, o Poder Executivo editou a MP nº 1.798/99, alterando, dentre outras, o texto da Lei nº 9.494/97, criando novas restrições, de modo geral, ao Poder Jurisdicional, e atingindo, de uma certa feita, a disciplina normativa da *tutela antecipada* que, em termos objetivos, continua restringida diretamente pelo art. 1º. da Lei nº 9.494/97 e, agora, indiretamente, pelo art. 2º., B, do mesmo ato normativo.

#### LEI Nº 9.494, DE 10 DE SETEMBRO DE 1997

(Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências)

*“Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos artigos 5º. e seu parágrafo único e 7º. da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no artigo 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.*

(Sobre a *eficácia jurídica* do presente dispositivo legal, resta consignar que o ‘STF, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar para suspender, com eficácia **ex nunc** e com efeito vinculante até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre o pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustentando ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiram. Votou o Presidente’ (STF-Pleno, ADC 4-UF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 11.2.98, DJU 13.2.98, Seç. 1, p. 1).

*Art. 1º A. Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais.*

*Art. 1º B. O prazo a que se refere o caput dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a ser de trinta dias.*

*Art. 1º C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.*

*(artigos 1º A/B/C acrescentados por força do art. 4º da MP nº 2.102/2001)*

*Art. 2º. - O art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:*

‘Art. 16 - A sentença civil fará coisa julgada **erga omnes**, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.’

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

*Parágrafo único - Nas ações coletivas propostas contra entidade da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com o ato da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.*

*Art. 2º. B - A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação,*

concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *inclusive de suas autarquias e fundações*, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

*Parágrafo único - A sentença proferida em ação cautelar só poderá ter caráter satisfativo quando transitada em julgado e sentença proferida na ação principal.*

*(artigo 2º. A, 2º. B e respectivos parágrafos únicos, acrescentados por força da MP nº 2.102/2001)*

*Art. 3º. - Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.570-4, de 22 de julho de 1997.*

*Art. 4º. - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”*

(É importante assinalar que o texto original da MP nº 1.570, de 26.03.97, aludia, em seu art. 2º, a uma importante modificação na Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, vazada nos seguintes termos:

*“Art. 2º. - O art. 1º. da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:  
§ 4º. - Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude de concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.”*

O STF, em 15.04.97, no entanto, suspendeu a eficácia deste dispositivo por seis votos a cinco (DJU 24.4.97, p.14.914), fazendo com que a Lei nº 9.494 tomasse por base a MP nº 1.570-5 (5ª. reedição) desprovida deste dispositivo e com a conseqüente renumeração dos demais).

### *1.1 Restrições Objetivas Previstas na Lei nº 9.494/97*

Em termos objetivos, é lícito afirmar que as principais restrições à

concessão da *tutela antecipada* se encontram previstas no art. 1º da Lei nº 9.494/97 que, em seu texto redacional, expressamente alude à aplicação dos arts. 5º e 7º da Lei nº 4.348/64, art. 1º da Lei nº 5.021/66 e arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437/92 aos institutos da *tutela geral* (art. 273 do CPC) e da *tutela específica* (art. 461 do CPC).

LEI N.º 4.348, DE 26 DE JUNHO DE 1964

*“Art. 5.º. Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.*

*Parág. único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.*

*Art. 7.º. O recurso voluntário ou **ex officio**, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança, que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.”*

LEI N.º 5.021, DE 9 DE JUNHO DE 1966

*“Art. 1.º. O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.*

*Parág. 4.º. Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.”*

LEI N.º 8.437, DE 30 DE JUNHO DE 1992

*“Art. 1.º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.*

*§1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade*

*sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.*

*§2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.*

*§3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.*

*§4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.*

*§5º Não será cabível medida liminar que defra compensação de créditos tributários ou previdenciários.*

*(Parágrafos 4º e 5º acrescentados por força da MP nº 2.102/2001)*

*Art. 3.º. O recurso voluntário ou **ex officio**, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.*

*Art. 4.º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.*

*§1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar nominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.*

*§2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas.*

*§3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.*

*§4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende*

*suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.*

*§5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o §4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.*

*§6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.*

*§7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.*

*§8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.”*

(Parágrafos 2º ao 8º com redação determinada pela MP nº 2.102/2001)

Também, segundo o texto normativo da Lei n.º 9.494/97, fica alterado o art. 16 da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, que passa a vigor com a seguinte redação:

*“A sentença civil fará coisa julgada **erga omnes**, nos limites da competência territorial do órgão prolator; exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”*

Se considerarmos em seu conjunto, as restrições impostas pela nova lei vertente - em uma interpretação hermenêutica de feição sistêmica - encerram, sobretudo, *limitações* para o deferimento da *medida liminar* (na verdade, antecipação *in limine*, como já nos referimos) em *tutela específica* (art. 461, parágrafo 3º, do CPC), possuindo, no que tange à denominada *antecipação de tutela geral*, prevista no art. 273 do CPC, no mínimo, *alcance menor*, na própria medida que inexistente na hipótese *provimento liminar inaudita altera pars*, conforme já nos referimos.

Por efeito, o disposto no art. 5.º da Lei n.º 4.348/64 e a previsão ínsita no parágrafo 4.º do art. 1.º da Lei n.º 5.021/66 cingem-se, pelo menos em princípio, a pretensas *medidas liminares* deferidas sem a audiência da parte contrária (possuindo, neste sentido, nítida característica *cautelar*), o que, em todos os casos, não encontra respaldo de aplicabilidade prática no que tange ao instituto da chamada *tutela antecipada* (art. 273 do CPC), considerando que o escopo de atuação da *antecipação meritória* somente se efetiva após a resposta do réu (ou de audiência específica) e da conseqüente caracterização do *contraditório*.

Como, por outro prisma, os arts. 1.º e 3.º da Lei n.º 8.437/92 aludem expressamente a *procedimento cautelar*, de incontestada natureza diversa em relação ao *instituto antecipatório* (que, por sua vez, apresenta-se com indiscutível matiz *cognitiva*), resta, nesta acepção, a absoluta inaplicabilidade efetiva da restrição *sub examen* e, por efeito conseqüente, a sinérgica possibilidade legal de se prover, pelo menos em princípio, a *antecipação meritória* pretendida, com fulcro no art. 273 do CPC, após a oitiva do réu (integrante da Fazenda Pública), independente de outras condicionantes legais, com exceção das que tenham por objeto *recursos públicos*, em face da restrição imposta pelo art. 2.º B, introduzido por força da MP nº 1.798/99, e ratificada pela MP nº 2.180/2001 (ainda que sem o anterior parágrafo único), *verbis*:

“Art. 2.º B - A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.”

### *1.2 Recorribilidade Ampliada*

Sob o aspecto recursal, todavia, a nova legislação restritiva da concessão de *tutela antecipada* parece ter plena e sinérgica efetividade.

Nesse sentido, o art. 7.º da Lei n.º 4.348/64, assim como os arts. 3.º e 4.º da Lei n.º 8.437/92, ao incluir obrigatório *efeito suspensivo* nos recursos interpostos contra o deferimento da *tutela antecipada*, adiciona importante restrição ao exercício da faculdade anterior de se prover (ou não) efeito suspensivo quando da apreciação do recurso de *agravo*, na modalidade *por instrumento*.

Desta feita, a anterior *opção* do julgador, quando da apreciação do recurso e de seu eventual *provimento*, simplesmente desaparece, ensejando lugar à inafastável imposição do efeito suspensivo no eventual recurso interposto contra a *antecipação* porventura concedida no juízo originário.

Também, o recurso próprio e específico (e, neste particular, até então único) de *agravo* contra a concessão da *antecipação de tutela* enseja lugar a outras possíveis modalidades recursais (até então inadmissíveis *in casu*), como o recurso administrativo de suspensão de efeitos da antecipação, apreciada pelo presidente do tribunal a que se encontra vinculado o julgador originário.

### *1.3 Limites Quanto ao Objeto da Antecipação*

Não obstante a doutrina mais abalizada sobre o tema sempre ter manifestado entendimento no sentido de que o objeto próprio e particular da *antecipação de tutela meritória* (arts. 273 do CPC) limita-se a prestações futuras (uma vez que as prestações pretéritas (os denominados atrasados em se tratando de prestações periódicas) gozam da prerrogativa de pagamento (e quitação) através de precatórios judiciais, o art. 1.º da Lei n.º 5.021/66, aplicável aos arts. 273 e 461 do CPC, não permite mais qualquer dúvida nesse particular, considerando a expressa disposição normativa impeditiva de qualquer forma de antecipação sobre prestações vencidas e/ou anteriores ao ajuizamento da ação em que se deseja o deferimento da tutela antecipada.

Aliás, mesmo antes do advento da disciplina legal restritiva em epígrafe, expressiva parte da jurisprudência já nutria posicionamento neste sentido, *verbis*:

“Providência plenamente satisfativa da pretensão de direito material, que essa Colenda Segunda Turma, a exemplo das demais que integram o egrégio tribunal, têm como ato ilegítimo, que ao juízo não é dado proferir na antecipação de tutela para pagamento de vantagens e vencimentos a servidores, aplica-se, por analogia, a vedação da Lei n.º 5.021/66.” (TRF/1ª. Região, AG 0136882, 2ª T/DF, DJ 12.05.97, Rel. Juiz Antônio Sávio, maioria).

### *1.4 Exigência de Prestação de Caução para o Deferimento da Antecipação de Tutela Cognitiva*

Quanto ao acréscimo do parágrafo 4º. ao art. 1º. da Lei n.º. 8.437/92, por força da MP n.º 1.570/97, *verbis*:

“§4º. Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude de concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.”;

deve ser consignado, em nosso entendimento, - de forma diversa do restante do texto normativo - a perfeita correção redacional do dispositivo em análise que expressamente alude, de maneira diferenciada, à concessão de *medida liminar* (de nítida feição cautelar) e à concessão de *medida antecipatória* (como as previstas nos arts. 273 e 461 do CPC (de incontestes natureza cognitiva)), ambas em qualquer hipótese, passíveis, com fulcro neste regramento (embora no que diz respeito às providências cautelares já existisse disposição legal semelhante), de garantia real ou fidejussória, na qualidade de autêntica *prestação contracautelar* (ainda que na segunda hipótese (antecipação de tutela meritória) mais certo seria afirmar pela existência *in casu* de verdadeira *prestação cautelar* de garantia).

De qualquer forma, cumpre registrar que o *acréscimo normativo* em questão foi reputado, em votação apertada, seis votos a cinco (DJU 24.04.97, p.14.914), *inconstitucional* pelo STF, tendo sido suprimido das reedições subsequentes da MP nº 1.570/97 e, conseqüentemente, não incorporado ao texto da vigente Lei nº 9.494/97.

#### 1.5. Constitucionalidade da Lei nº 9.494/97

Em que pese algumas vozes discordantes, entendemos que *inexiste*, na atual configuração vigente, qualquer vício de ineficácia jurídica (inconstitucionalidade) a macular a Lei nº 9.494/97 em sua disciplina restritiva quanto à concessão da *tutela antecipada* (art. 273 do CPC) ou da *tutela específica* (art. 461 do CPC), na própria medida em que os institutos em questão *não* possuem *natureza cautelar* e, portanto, não encontram abrigo no princípio da inafastabilidade ampliada do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88). ◆

# AÇÕES DE CLASSE. DIREITO COMPARADO E ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES\*

HUMBERTO DALLA BERNARDINO DE PINHO  
*Professor*

O tema que nos cabe nesse nosso encontro é “A ação de classe no Direito Norte-Americano”, a chamada *class action*.

Esse tema começou a despertar muito interesse no Direito brasileiro no final da década de 80, no começo da década de 90, contudo tínhamos ainda estudos muitos incipientes sobre a matéria. O primeiro autor que se debruçou sobre o tema, que efetivamente trabalhou e estudou a fundo a matéria, foi o Prof. José Rogério Cruz e Tucci, que tem um livro clássico sobre a matéria, chamado *Class Action em Mandado de Segurança Coletivo*, editado pela Saraiva no ano de 1990.

Após o trabalho do Professor José Rogério, tivemos alguns artigos isolados em doutrina. Temos um artigo do Prof. Cássio Scarpinela Bueno, que está publicado na *Revista de Processo*. Temos um artigo recente, da autora Ada Pellegrini Grinover, sobre a *Class Action for Damages*, que seria uma ação de classe indenizatória típica do Direito norte-americano e que influenciou a nossa ação coletiva no Direito brasileiro.

No começo do ano passado, o Prof. Luiz Paulo, que é Juiz Federal e professor da UERJ, lançou um livro sobre “Ações de Classe”. Sendo assim, a doutrina foi, então, se preocupando mais com a matéria.

O que conhecemos como ação civil pública, é regulado pela Lei nº 7.347 de 1985, ou seja, um instituto que conhecemos somente há dezesseis anos; o Direito norte-americano já o conhece desde 1820. Desde o século anterior, já se notava uma preocupação no Direito americano, que herdou essa preocupação do Direito inglês.

A primeira disposição que se encontra (e que é referência histórica) seria o *bill of peace*, datado do século XVII, na Inglaterra, onde já encon-

\* Exposição realizada em 28/9/01, no Simpósio de Processo Civil, na EMERJ.

tramos uma menção às expressões *relator action* e *representative action*, que seriam ações nas quais em um dos pólos da relação processual há um número de litigantes muito elevado. Seria como uma concepção embrionária do litisconsórcio como conhecemos hoje na forma do artigo 46 do Código de Processo Civil. Contudo, há entre os integrantes desse pólo uma homogeneidade, uma relação muito íntima do direito de cada um deles.

A legislação evolui em 1820, como disse, surgindo o primeiro precedente em Rhode Island, nos Estados Unidos. Uma ação em princípio, que parecia ser individual, e que acabou refletindo no interesse de todos os habitantes de Rhode Island. Um dos juízes relatou o fato pela primeira vez em uma decisão, e esse é considerado o *leading case*, o precedente, pelo menos na esfera do *common law*, onde pela primeira vez se menciona a necessidade ou utilidade de uma ação de classe. Entretanto, até então, só existia uma manifestação na jurisprudência, não havendo ainda lei sobre o assunto. A primeira lei que tivemos sobre a matéria, em 1845, foi editada nos Estados Unidos, é chamada “*Rule 48*”. Enquanto nos referimos a artigos e a leis, eles se referem a *rules*, cuja tradução seria regras. A regra quarenta e oito, data de 1845, sofre uma modificação em 1912, sendo rebatizada como regra 38. E, finalmente, em 1938, é editado o Código de Processo Civil Americano, chamado **Federal Rules of Civil Procedure**, que teve sua concepção embrionária em 1938 e recebe uma reforma, sendo finalmente modificado em 1966 e manteve a sua redação até hoje.

O Direito Brasileiro tenta, de alguma forma, obter os mesmos parâmetros do Direito norte-americano no que se refere à legitimidade e ao processamento das ações coletivas. É óbvio que é impossível traçar uma linha de comparação retilínea, porque de um lado existe um sistema de *common law* e de outro de *civil law*; em outras palavras, qualquer problema que surja no exame daquela ação coletiva, qualquer questão procedimental que não esteja prevista em lei, o juiz simplesmente resolve aquela matéria e com aquele precedente cria uma norma; isso é o *common law*. O juiz brasileiro não tem esse poder, não tem essa autorização legal, porque vivemos no sistema do *civil law*, o sistema romano-germânico, onde o juiz tem a sua atuação balizada, muitas vezes excessivamente balizada, pelo texto legal.

O Direito norte-americano cria algumas teorias para explicar a razão de ser, a necessidade de uma ação coletiva; fala-se em teoria da comunhão de interesses, em teoria do consentimento e em teoria substantiva. A primeira teoria, que é a da comunhão de interesses, dizia que uma ação de

classe é justificada na medida em que você tem um grupo de pessoas com um interesse em comum. A segunda teoria, que é chamada a do consentimento, desloca o eixo dessa ação de classe do interesse e o recoloca no eixo do consentimento. Para que eu tenha uma ação de classe, dizem esses teóricos, basta que eu tenha um grupo de pessoas que autorizem um único representante, uma única entidade a ir a juízo postular e defender os seus interesses. Nenhuma das duas teorias é satisfatória, razão pela qual hoje na doutrina americana elas estão abandonadas e segue-se a terceira teoria, que é a substantiva. A teoria substantiva procura fugir dessa controvérsia toda, ou seja, saber se o pólo está no interesse ou está no consentimento. Ela é uma teoria extremamente franca. Ela entende que o ideal é que não se precisasse ter uma ação coletiva, contudo há determinados casos em que ou adota-se a ação coletiva ou o Poder Judiciário submergiria numa enorme quantidade de processos. A teoria substantiva prega, portanto, que a ação coletiva é uma manifestação do movimento de acesso à Justiça sempre que a prestação da jurisdição estiver inviabilizada pelo elevado número de ações individuais que seriam propostas.

Seguindo os ditames desta teoria, temos, na regra 23, uma série de incisos, de alíneas, que regulamentam esse procedimento, ou seja, como se deve dar a atuação do Poder Judiciário. A primeira questão que me chama a atenção no Direito norte-americano é a da certificação da classe. Na regra 23, existem requisitos para a admissibilidade de uma ação coletiva e existem requisitos para a manutenção dessa ação coletiva. O direito brasileiro conhece uma forma de controle um pouco diversa. Aqui falamos em condições da ação ou, sendo mais técnico, condições para regular o exercício do direito de ação. É por isso que encontramos com bastante frequência despacho ou decisões dizendo que a petição inicial será indeferida ou que o processo será extinto sem julgamento do mérito, pois se entende que o Ministério Público é parte ilegítima para o ajuizamento dessa demanda ou, ainda, que a petição será indeferida porque se entende que essa associação de classe não guarda uma relação de pertinência temática com o objetivo daquela ação civil pública (legitimidade e interesse), basicamente as duas formas que o juiz brasileiro tem para controlar aquela representação adequada.

No direito norte-americano utiliza-se conceito um pouco diverso. O juiz, ao receber a petição inicial, examinará se aquilo que está sendo postulado representa realmente o interesse de uma classe. Se ele achar que o que está escrito naquela petição inicial é verdadeiramente a tradução de

interesse de uma classe, ele emite um certificado de classe, que equivaleria, no direito brasileiro, ao nosso despacho liminar de conteúdo positivo, como se o juiz recebesse aquela petição inicial e entendesse que, ao menos, em um primeiro momento, examinando aquela matéria no plano das asserções, estão presentes os requisitos mínimos para a constituição e para o regular desenvolvimento daquela relação processual.

Então como isso se dá na prática? Como o juiz emitirá esse certificado da classe? Diz a legislação norte-americana que o juiz se orientará por dois princípios básicos: primeiramente, precisa definir quantas pessoas compõem essa classe. E o direito norte-americano diz que é preciso que esse número seja bastante elevado; que o juiz se convença de que é mais razoável, de que é mais interessante (por critérios de conveniência e oportunidade), que a prestação jurisdicional seja efetivada de forma mais adequada por intermédio de uma ação coletiva que por uma ação individual. E aí, certamente, você pode perguntar: Existe um número mágico para isso? Cem, duzentas, mil, quinhentas, cinqüenta, mil pessoas?

Qual é o número, a partir do qual o juiz vai entender que se configura uma classe e vai emitir o certificado dessa classe? Não existe esse número. E esse dilema, essa questão complicada existe no direito brasileiro também. O artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, quando define as espécies de direito metaindividual (direito difuso, direito coletivo, direito individual homogêneo), em nenhum momento (aliás nem o Código de Defesa do Consumidor, nem a Lei da Ação Civil Pública), diz qual o número que fixará, ensejará, o cabimento de uma ação coletiva. Em duas oportunidades - uma no Superior Tribunal de Justiça e outra no Tribunal de Justiça de Minas Gerais - essa questão já foi discutida. E, nas duas oportunidades, o Tribunal entendeu que, se esse número não for suficientemente elevado, não haveria um direito transindividual, um direito coletivo. Também não seria um interesse individual, alguns julgadores entenderam por bem criar uma classificação intermediária, uma classificação mediana entre o interesse individual e o interesse coletivo. É o que eles chamam de interesse plúrimo. O interesse plúrimo nada mais é do que um litisconsórcio.

E como diferenciar na prática um litisconsórcio multitudinário de uma ação coletiva? Então darei o seguinte exemplo: quinhentas pessoas sofreram um acidente de consumo. Essas quinhentas pessoas têm, em tese, direito a uma indenização por danos patrimoniais e, eventualmente, por danos morais. Essas quinhentas pessoas resolvem ingressar em litisconsórcio facultativo

ativo, em uma mesma demanda ou, ao invés disso, essas quinhentas pessoas procuram alguém que tenha uma representação adequada e pedem que essa pessoa ajuíze a ação para elas.

Qual seria a diferença, na prática, no direito brasileiro entre um simples litisconsórcio multitudinário e uma ação coletiva? À primeira vista, pode parecer que não há diferença alguma, pode parecer que havendo uma quantidade exagerada se estaria diante de um litisconsórcio. Até porque, basicamente, o fundamento do litisconsórcio é o mesmo da ação coletiva - tem que haver uma comunhão de interesses.

O artigo 46 do Código de Processo Civil, que trata do litisconsórcio, a todo momento fala, com diversas palavras, que o pressuposto básico do litisconsórcio é a comunhão de interesses. E todos os doutrinadores, que se debruçam sobre a lei da ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor, também falam que para que haja uma ação coletiva, uma ação de classe é preciso que entre os interessados haja uma comunhão de interesses. Qual é então a diferença? A diferença reside na relevância social daquele direito, na relevância social da prestação jurisdicional. Quando há um litisconsórcio, há uma simples e mera soma de interesses individuais. Quando se está diante de uma pretensão coletiva, quando se provoca a jurisdição coletiva, há não só a soma de interesses individuais, mas também um plus especializante. Essa soma de interesses individuais assume uma relevância social, uma relevância coletiva. É por isso que se discute, hoje, muitas vezes, se o direito é ou não disponível. Se é disponível, o Ministério Público não pode ir a juízo tutelá-lo. Mas se o interesse é indisponível, o Ministério Público tem autorização para ir a juízo tutelar esse direito.

O que é disponível ou indisponível? Quem pode me dizer um artigo da legislação brasileira, quer esteja no Código, quer esteja em uma legislação extravagante, que defina direito disponível e direito indisponível? Ninguém encontrará a definição disso. A doutrina, caso a caso, vem dizendo o direito que é disponível ou indisponível. E, por vezes o mesmo direito é disponível e indisponível, dependendo do referencial de exame. Como isso ocorre? Por exemplo: o direito a alimentos, para quem está prestando, é disponível; para quem está recebendo, é indisponível.

Guardadas as devidas proporções, faço a mesma comparação com a ação coletiva. Por exemplo: o direito das pessoas que fizeram parte de um consórcio é um direito disponível. A subsistência deles não depende de vencer ou perder aquela ação. Se você considerar cada direito individual-

mente, ele é indisponível. Mas se considera que a soma daqueles direitos provocou um impacto na sociedade, provocou um sentimento de insegurança e desconfiança, parece-me que isso, indistintamente, adquire uma natureza indisponível.

Então, dizer que um direito é disponível ou indisponível é, pelo menos em um primeiro momento, definir qual a premissa que está sendo utilizada, ou melhor dizendo, qual o referencial que está sendo usado. Se você está partindo de um referencial meramente individual ou se está partindo de um referencial coletivo, de um referencial social.

Mas, voltando ao Direito norte-americano, na regra vinte e três, alínea “a”, encontramos os requisitos que são utilizados para a formação, para a admissibilidade de uma ação de classe. Ao invés de ler o dispositivo em inglês, vou ler a tradução que o Professor José Rogério Cruz e Tucci faz desse dispositivo:

*São quatro requisitos apresentados pela legislação americana:*

*Então dispõe o artigo 23, alínea “a” do **Federal Rules**:*

*“Um ou mais membros da classe podem demandar ou serem demandados como representantes no interesse de todos.*

*Requisitos:*

*1º - a categoria for tão numerosa que a união de todos os demandados, como representantes, se torne impraticável.*

*2º - quando houver questões de direito e de fato comuns ao grupo.*

*3º - quando os pedidos ou defesas dos litigantes forem idênticos aos pedidos ou defesas da própria classe.*

*4º - quando os litigantes atuarem ou protegerem adequadamente os interesses da classe”.*

O legislador americano se fixa muito na comunhão de interesses e na representação adequada. A comunhão de interesses é o segundo elemento que define a postura do juiz, como dissemos anteriormente. Assim sendo, é preciso ter um número de interessados muito grande, eles têm que guardar entre si uma relação de pertinência, uma comunhão de interesses e, além disso, aquele que for escolhido para representar o interesse de todos deve fazê-lo de forma adequada (representação adequada), deve ter legitimidade para ocupar aquela posição, para postular, para apresentar aquela pretensão e interesse para ir a juízo e buscar aqueles objetivos.

Na parte da legitimidade, o Direito norte-americano apresenta algumas variantes em relação ao Direito brasileiro. É certo que há um traço comum entre ambos os ordenamentos. Tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, a representação ou, melhor dizendo, a legitimidade para propositura de uma ação de classe, é concorrente. No caso brasileiro, essa matéria está disciplinada no artigo 129, § 1º da Constituição Federal, que dispõe que as ações cíveis, que podem ser intentadas pelo Ministério Público não serão de forma exclusiva ou de forma privativa. Sabemos que no Direito brasileiro só existem duas hipóteses de legitimidade privativa do Ministério Público: o exercício da ação penal pública e a instauração do inquérito civil. As demais são concorrentes. A regra, no Direito brasileiro, é que a ação cível, a ação coletiva cível tenha uma natureza, uma legitimidade concorrente.

No Direito norte-americano isso também é mantido, mas com algumas variantes. Lá, por exemplo, é reconhecida a capacidade postulatória a algumas agências governamentais. Então, o FDA, que é a agência que regula alimentos e medicamentos, tem capacidade postulatória para ir a juízo, tem capacidade para ajuizar uma ação civil pública, para ajuizar uma *class action*, caso o seu representante entenda que o interesse dos consumidores está sendo lesado ou violado.

No Direito brasileiro, não se outorga, ainda, essa capacidade postulatória às agências. Até porque a criação de agências no Direito brasileiro é algo recente. Desde o primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique, houve um processo de desconcentração, de descentralização, em que atribuições, que antes eram acometidas aos Ministérios e às Secretarias, passaram a ser, gradativamente, acometidas às agências de controle de energia elétrica, das telecomunicações, do petróleo etc. Contudo, não há ainda no Direito brasileiro uma autorização para que essas agências venham a ingressar em juízo, não há ainda capacidade postulatória outorgada a essas agências. Outra diferença que se verifica é quanto à postura do Ministério Público. No Brasil o MP é uma instituição autônoma, obviamente ele não é um quarto poder, mas também não se insere dentro de nenhum dos outros três poderes. Assim, como o Tribunal de Contas, ele é um órgão autônomo, um órgão de fiscalização.

Já no Direito norte-americano é diferente; o Ministério Público está formalmente, e até mesmo materialmente, inserido no Poder Executivo. Basta dizer que, em nível Federal, o Procurador Geral da República é, ao mesmo tempo, o Ministro da Justiça, escolhido discricionariamente pelo

Presidente da República. Em âmbito estadual, o Procurador-geral é eleito, na maioria dos Estados, na mesma chapa do Prefeito. Então, há um grau de comprometimento muito grande entre o Ministério Público e o Poder Executivo nos Estados Unidos. O que atrapalha ou, até mesmo, inviabiliza qualquer tipo de pretensão contra o governo. É praticamente impensável, nos Estados Unidos, visualizar um membro do Ministério Público ajuizando uma ação de improbidade administrativa contra um membro do governo, pois ele está intimamente relacionado àquele governo.

Excepcionalmente, quando é preciso, eles necessitam buscar soluções extravagantes, extraordinárias. Lembram-se do caso em que o próprio Presidente norte-americano foi investigado? Qual era a denominação dada a quem era o Procurador encarregado? Ele era um Promotor independente, ele era um Procurador independente. Era necessário criar quase que um cargo novo, uma função nova para que pudesse haver um mínimo de controle.

O que encontramos hoje no cenário da jurisprudência norte-americana é o MP agindo sempre que o réu não é um agente governamental, ele age, na maioria dos casos, contra particulares, contra empresas. Há muitas ações ajuizadas e, até mesmo, já encerradas contra empresas produtoras de derivados do fumo, tabaco, cigarros, charutos etc., por motivos ligados ao câncer. Há, também, um grande número de ações coletivas ajuizadas contra empresas por acidentes com peças defeituosas de automóveis. Geralmente, a postura, a atuação do MP americano se dá na área do Direito do Consumidor, enquanto no Direito brasileiro essa postura se coloca tanto na área do Direito do Consumidor quanto na área ambiental do patrimônio histórico e, principalmente nos últimos tempos, na área da improbidade administrativa.

Seguindo o exame do Direito norte-americano, ainda na regra 23, enquanto a alínea “a” trata dos requisitos para a admissibilidade da ação coletiva, a alínea “b” trata dos requisitos para a manutenção dessa ação coletiva, ou seja, não basta que o juiz emita o certificado da classe, não basta que o juiz reconheça que está presente a comunhão de interesses, que está presente a relevância, o grande número de interessados naquele caso. Outros requisitos devem ser satisfeitos no curso do processo, e é isso que dispõe a alínea “b”. Na tradução do Prof. José Rogério Cruz e Tucci, uma ação pode desenvolver-se como *class action* desde que satisfeitos os pressupostos da alínea “a” e ainda se: 1º) o ajuizamento de ações separadas por ou em face de membros do grupo, faça surgir risco de que as respectivas sentenças (nelas proferidas em prol do litigante contrário à classe) prejudiquem, ou

tornem extremamente difícil, a tutela dos direitos de partes dos membros da classe estranhos ao julgamento.

Há uma preocupação muito grande no Direito norte-americano com o risco das chamadas decisões conflitantes. É muito melhor reunir em uma única demanda todas aquelas pessoas que possam ter interesse naquela situação, e obter um único provimento judicial e uma única sentença do que correr o risco de permitir diversas ações individuais (ou algumas individuais e uma coletiva) e haver entre essas demandas um antagonismo.

Esse antagonismo, muitas vezes, ocorre no Direito brasileiro. No *site* do STJ, encontramos a questão da litispendência, que não é tecnicamente litispendência, pois seria um caso de conexão, entre uma ação individual e uma ação coletiva. E, mais: às vezes, o sujeito ajuíza uma ação individual, obtendo a procedência daquele pedido e, logo depois, como representante daquela classe (Presidente de uma associação de classe, MP ou a própria pessoa jurídica de direito público interno) ajuíza uma ação coletiva e obtém uma decisão de improcedência do pedido. Como vamos coadunar essas duas decisões que se abatem sobre o mesmo fato e cada uma segue um sentido diametralmente oposto ao da outra? O Código de Defesa do Consumidor procura mais ou menos regular essa matéria nos artigos 103 e 104, mas é óbvio que a solução não é técnica, mas sim política. A solução não é jurídica, procura-se encontrar uma solução mais adequada dentro de uma situação de caos, que foi criada pelo do próprio ordenamento jurídico. Procura-se identificar qual seria a melhor ou talvez a única saída para aquele caso ou para aquela situação.

O terceiro ponto que gostaria de focar com vocês é, especificamente, a regra 23 na sua alínea “b”, item 3. A doutrina norte-americana chama de *damage class action* ou a ação de classe indenizatória. Há dois ou três meses saiu publicada a dissertação de mestrado do Prof. Pedro Dinamarco, filho do Prof. Cândido Dinamarco, cujo tema é Ação Civil Pública. Ele se debruça em um dos capítulos da sua dissertação sobre a *class action for damage*. A Prof<sup>a</sup> Ada Pellegrini Grinover, em 1999/2000, passou uma temporada nos Estados Unidos a convite de uma Universidade americana fazendo uma pesquisa sobre ações de classe e publicou esse trabalho em diversas revistas, repositórios de doutrina, em que individualizava e exemplificava os principais casos de direito norte-americano desse tipo de ação. A *class action for damage* basicamente equivaleria à nossa ação coletiva *stricto sensu*.

Alguns doutrinadores brasileiros fazem uma distinção entre a ação

civil pública e a ação coletiva, ou melhor, entre a ação civil pública *stricto sensu* e a ação coletiva. Utilizar-se-ia a ação civil pública sempre que o seu direito fosse coletivo ou difuso. E utilizar-se-ia a ação coletiva, propriamente dita, sempre que o seu direito fosse um direito individual homogêneo. Pois bem, a *class action for damage* é o correspondente nos Estados Unidos à nossa ação coletiva *stricto sensu*, que busca defender um direito individual homogêneo. Um direito que existe abstrata e genericamente e que diz respeito a uma classe, a uma coletividade, mas um direito que pode ser, num segundo momento, individualizado, um direito que pode ser fracionado. Quando se está diante de um direito coletivo ou de um direito difuso, a principal característica desses direitos é a sua indivisibilidade. Não conseguimos quantificar individualmente aquele direito, por exemplo: uma lesão ao meio ambiente; todos nós que vivemos e usufruímos daquela floresta, daquele rio, daquela lagoa, vamos ser afetados. Mas não conseguimos individualizar uma cota parte, um quinhão, que cada um de nós teria daquele bem que foi violado.

Já no direito individual homogêneo isso é perfeitamente possível em uma relação de consumo. Voltamos àquele velho exemplo: quinhentas pessoas sofrem um acidente de consumo. Genericamente, elas têm o mesmo direito, todas consumiram um produto impróprio para o uso. Contudo, concretamente, cada uma delas sofrerá um grau, um prejuízo em grau diverso. Algumas pessoas simplesmente não vão sentir nada, pois ingeriram pouco daquele alimento; outras perderão um dia de trabalho e terão uma série de problemas no seu dia-a-dia e outras sofrerão de um mal mais grave, sendo até necessária uma internação ou até um procedimento cirúrgico. Consegue-se quantificar tranquilamente o grau de prejuízos que cada um sofreu. Ela é uma ação cindível, na fase cognitiva é tratada como se fosse uma ação coletiva; na fase executiva (quando se consegue chegar à execução) ela é tratada como se fosse uma ação individual. Cada um dos integrantes daquela classe vai ao cartório e apanha uma cópia reprográfica daquela decisão transitada em julgado, provando ao juízo seu nexos de causalidade com aquela situação e apresentando um memorial de cálculos para evitar uma fase de liquidação de sentença, quando isso é possível, iniciando, desde logo, o procedimento de execução.

O principal problema que encontramos no Direito brasileiro, um dos principais problemas dessa nossa ação coletiva, se resume a como ter certeza de que todas as pessoas que sofreram aquele acidente de consumo, para voltar àquele exemplo, poderão se beneficiar com aquela decisão, ou

mais, como fazer para que aquelas pessoas que sofreram aquele acidente de consumo, mas que não desejam se beneficiar daquela decisão, não sejam atingidas pela coisa julgada que se formará a partir daquele procedimento e a partir daquela decisão?

Nunca é demais lembrar que a Constituição Federal resguarda o direito de acesso à Justiça, mas em nenhum momento ela nos obriga a ir à Justiça. Em nenhum momento você está obrigado a recorrer ao Poder Judiciário, você pode simplesmente renunciar ao seu direito, não só renunciar à sua pretensão, mas pode efetivamente renunciar ao seu direito (você pode não querer exercer aquele direito material que, em tese, você titulariza). Imaginem a seguinte situação: um (ou mais) desses quinhentos consumidores, simplesmente não quer ir a juízo, não quer aborrecimentos, brigas. Então, como ele pode fazer para ser excluído dos efeitos dessa decisão? Não temos um mecanismo apropriado no Direito brasileiro. Pela regra do artigo 104, do Código de Defesa do Consumidor, ele precisaria ajuizar uma ação individual no prazo de trinta dias em que tomasse conhecimento do ajuizamento de uma ação coletiva e, permanecendo ou perdurando essa ação individual, o juiz iria presumir que ele está desistindo ou se excluindo da ação coletiva. É um mecanismo um pouco complicado e nem sempre muito fácil de ser implementado na prática, devido ao elevado número de pessoas interessadas e, muitas vezes, falta uma estrutura cartorária capaz de suportar aquela quantidade de demandas e pessoas interessadas. O Direito norte-americano utiliza uma solução muito mais simples, ele utiliza a solução do *option in* e *option out*. O que é isso? Quando a demanda é ajuizada, quando é emitido o certificado da classe, são feitas as publicações em Diário Oficial e em jornais de grande circulação informando que uma ação de classe está sendo ajuizada ou que uma ação de classe foi ajuizada. E as pessoas que quiserem se excluir dos efeitos daquela decisão, têm um prazo assinalado de alguns dias para comparecer a juízo e pedir formalmente por escrito a sua exclusão de qualquer efeito que venha advir de uma decisão proferida naquele procedimento. É um mecanismo pelo qual você consegue coadunar o acesso à Justiça na jurisdição coletiva e o direito individual que cada um tem de recorrer ou não ao Poder Judiciário. Se você quer obter uma indenização, mas não quer se aborrecer, basta que você permaneça inerte, basta que você deixe transcorrer aquele prazo e o resultado que for obtido naquela ação de classe vai atingir você.

Caso você prefira se excluir daquela ação de classe ou caso prefira

ajuizar a sua própria demanda individual, pois tem todo direito de achar que naquela hipótese o Ministério Público não vai representar adequadamente os seus interesses, também pode entender que a agência do governo não vá postular de forma tão diligente como você faria naquele caso, você pode pedir a sua exclusão, você pode pedir a sua saída, ingressando individualmente e contratando um advogado para ingressar com uma demanda coletiva. O mecanismo do *option in* e *option out*, além de tornar as coisas muito mais claras, facilita a prestação jurisdicional. O juiz, desde o início do processo, já consegue ter uma visão muito mais cristalina da extensão subjetiva da decisão que ele vai proferir. Não é necessário, lá na frente, ao final do processo de conhecimento, na fase de liquidação, na fase executória, determinar ou tentar determinar que pessoas ou quais pessoas vão ser atingidas por aquela decisão.

E, finalmente, o último tópico que gostaria de abordar com vocês, antes das conclusões finais, é a possibilidade de se fazer um acordo em ações coletivas. A alínea “e”, da regra 23 dispõe claramente que os litigantes não podem renunciar ou transigir no âmbito da *class action* sem autorização do Tribunal, que disporá sobre a notificação na forma em que determinar, no conteúdo da renúncia ou da transação a todos os membros do grupo. No Direito norte-americano, há uma preocupação com essa questão da transação. Realmente, o legislador norte-americano deu um passo a mais que o legislador brasileiro. Ele faz a previsão de um acordo, contudo cria uma série de mecanismos de freios e contrapesos, uma série de mecanismos de controle para que as pessoas que estão envolvidas naquela situação possam ter a perfeita noção dos efeitos e das conseqüências daquele acordo que vai ser celebrado. Esse mecanismo não existe no Direito brasileiro.

A Constituição Federal e a Lei nº 7.437/85 outorgam ao Ministério Público, por exemplo, legitimidade para ajuizar uma ação civil pública. E as leis infraconstitucionais, como a lei do Ministério Público, o CDC, o ECA e a Lei da Ação Civil Pública outorgam legitimidade para que o Ministério Público tome o chamado termo de ajustamento de conduta. Mas em nenhum momento é indagado ou pode ser indagado dos particulares (de cada cidadão, de cada um de nós) se concordam com os termos daquele ajustamento de conduta, se acha apropriado, se acha que realmente o seu “representante” deveria ter agido daquela forma ou se deveria ter prosseguido na ação até o seu momento final. E aqui caímos numa questão bastante complicada, que é a questão da legitimação política. De uma hora para outra, vem um artigo da

Constituição, da lei, e dispõe que aquele Promotor de Justiça, aquele Procurador do Estado ou aquele Procurador do Município, de agora em diante é o seu anjo da guarda. Ele vai ajuizar essa ação por você, ele vai ser diligente, ele tomará todas as providências e obtém, ao final, uma sentença favorável. Então, você só precisará dar início ao processo de execução. E em um belo dia você acorda, abre o jornal e descobre que ele firmou um ajustamento de conduta e que aquela ação não vai mais chegar ao seu fim. O que você poderá fazer contra isso? Nada, pois não existe nenhuma forma de controle no Direito Brasileiro para esses atos dispositivos. Alguns entendem que o termo de ajustamento de conduta não é um acordo, não é uma transação. Realmente, não é uma transação de direito material, mas assume, de certa forma, uma feição de transação processual.

Todos os autores da Escola Clássica de São Paulo: Rodolfo de Carmargo Mancuso, Hugo Mazzilli e José dos Santos Carvalho Filho sustentam claramente que a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta é uma transação processual. É certo que há professores, como o meu mestre Paulo César Pinheiro Carneiro, que sustentam que não se trata de uma transação, mas sim de uma forma de reconhecimento de pedido. Não se está transacionando, não se está fazendo concessões recíprocas, mas adequando uma conduta que antes era ilícita, que antes confrontava, que antes atingia o ordenamento jurídico. Mesmo seguindo essa teoria que, tecnicamente, parece-me a mais correta, é inegável reconhecer que haverá uma consequência processual, de fim daquele processo antes do momento inicialmente previsto e de forma diversa da que foi inicialmente prevista.

Então, afastar definitivamente a natureza de transação processual é um pouco complicado para essa situação. O que temos no Direito brasileiro como forma de controle desse termo de ajustamento de conduta, é tentar, de alguma forma, levar essa questão a um segundo juízo que pudesse efetivar um controle de legalidade e, até mesmo, de conveniência e oportunidade daquele ato. Como é que isso se dá? Depende. Se você ainda está em sede de inquérito civil, pode fazer esse controle por intermédio do Conselho Superior do Ministério Público. Se você já tem uma ação civil pública ajuizada, o controle é feito pelo juiz, ao homologar ou não o Termo de Ajustamento de Conduta. Essa questão do T.A.C. traz à baila novamente o Instituto da Legitimidade em sede de ação coletiva.

Sabemos que no nosso ordenamento existem três esferas de legitimidade em jurisdição coletiva: uma legitimidade para instaurar o inquérito

civil, que é privativa do Ministério Público, uma legitimidade para ajuizar a ação civil pública, que é a do Ministério Público, da pessoa jurídica de direito público interno, das associações de classe e também existe uma terceira dimensão da legitimidade, que é justamente a legitimidade para tomar o ajustamento de conduta, que é uma legitimidade intermediária. Ela é maior que a do inquérito civil e menor que a do ajuizamento da ação civil pública. Só podem tomar ajustamento de conduta o MP e as pessoas de direito público interno. E surge uma questão bastante interessante, que já tivemos na prática, inclusive, submetida ao Tribunal e que, hoje, pende de recurso no STJ e no próprio STF: um determinado Município ajuizou ação civil pública em face de certa empresa. Essa ação foi encerrada por um ajustamento de conduta. O Ministério Público se pronunciou de forma contrária, entendendo que aquele acordo não era benéfico à sociedade, recorrendo, então, dessa decisão, estando a questão submetida aos Tribunais Superiores com o objetivo de examinar qual o grau de influência da manifestação de vontade do Ministério Público nesse tipo de acordo.

Em outras palavras, poderia haver a homologação de um termo de ajustamento de conduta contra o posicionamento do Ministério Público? Lembramos que, nesse caso, o Ministério Público não está agindo em nome próprio, ele está representando toda a sociedade. O argumento é o seguinte: se estou em uma ação civil individual e as partes resolvem fazer um acordo, o juiz só homologa esse acordo depois que todas as partes tomam ciência e os respectivos advogados também estejam de acordo.

Em uma ação coletiva, não tenho como passar uma lista por todos os habitantes de uma cidade para que cada um deles assinasse que está de acordo. Preciso pegar um “de acordo” com o suposto representante ou presentante daquela sociedade que, no caso, seria o Ministério Público. Trata-se de mais uma forma de controle que se tenta colocar, introduzir, no Direito brasileiro. Não há dispositivo legal sobre a matéria, os Tribunais Superiores estão decidindo e vão decidir ainda se deve ou não haver mais essa forma de controle no termo de ajustamento de conduta.

Concluindo, gostaria de dizer o seguinte: o direito norte-americano (e aqui fizemos uma abordagem muito rápida) procura fazer as coisas da forma mais prática, rápida, desburocratizada, mas mesmo assim algumas questões ainda permanecem sem solução, pois são inerentes à própria problemática da ação coletiva. Sempre que se tem um grupo de pessoas sendo representadas em juízo, é muito difícil coadunar o interesse, é muito difícil se obter uma

comunhão efetiva dos interesses de todos os integrantes daquele grupo. Então, essa situação extrajurídica, que é social e política gerará efeitos no Direito no momento da legitimidade, do procedimento, dos efeitos da sentença e, principalmente, na parte da coisa julgada.

De qualquer forma, fica a noção de que o Direito brasileiro realmente pega por empréstimo diversas regras do Direito norte-americano, embora nem sempre essas regras se aplicam adequadamente. Não se pode pegar o que foi “bolado”, o que foi idealizado pelo sistema da *commom law* e simplesmente recortar e colar em um sistema que vive sob a égide do *civil law*. São necessárias alterações, modificações, aperfeiçoamentos, que ainda estão por vir, há uma série de projetos em andamento no Congresso Nacional em comissões de reformas pelo país inteiro, para que isso possa ser aperfeiçoado da melhor forma possível. ◆

# A RESPONSABILIDADE DO CREDOR PELA EXECUÇÃO

**ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA**

*Juiz de Direito do TJ/RJ*

**1. Introdução.** O artigo 574 do Código de Processo Civil estabelece que “o credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução”, produzindo uma completa alteração nas relações materiais e processuais entre credor e devedor. É sabido que o credor, munido de título executivo, tem ao seu dispor a ação executiva, no intuito de satisfazer o direito naquele representado; o artigo, ao revés, reconhece ao devedor, o direito de pleitear “os danos” que sofreu quando restar vitorioso em ação que declarar “inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução”. Verifica-se que o dispositivo legal, quando servir de fundamento à ação movida pelo devedor, é farto em indagações e conseqüências patrimoniais em detrimento do credor, que merece estudo criterioso quanto a sua própria ontologia.

## **2. Embargos do devedor e ação autônoma de responsabilidade.**

Ao dispor de título executivo, judicial ou extrajudicial, o credor, ao propor a ação executiva, apenas se encontra exercendo direito seu, reconhecido pelo ordenamento jurídico (CPC, 3º). O devedor, nesta qualidade, pode se opor à sua pretensão, seja através dos embargos, seja em ação própria, de natureza declaratória, que tenha por escopo obter provimento jurisdicional que declare “inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução”. Saliente-se que ambas as ações não se confundem em seus objetivos, posto que os embargos pretendem extinguir a execução, por quaisquer das causas elencadas no art. 741 do Código de Processo Civil, ao passo que a ação autônoma, referida no artigo 574, visa, especificamente, obter a declaração da “inexistência de relação jurídica” (CPC, 4º, I), ou seja, da relação obrigacional que supostamente une o credor e o devedor, como sujeitos ativo e passivo de determinada obrigação.

O inciso VI do art. 741 do Código de Processo Civil estabelece que o devedor pode opor embargos que versem sobre “qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença”. Não há que se confundir com a ação declaratória esposada no artigo 574, posto que o juiz da execução, ao conhecer e prover os embargos com este fundamento, somente pode extinguir a execução em razão da própria “extinção da obrigação” e não declaração de sua anterior inexistência. Os juízos não se confundem: ao acolher os embargos com base no inc. VI do art. 741, o julgador exerceu raciocínio lógico-jurídico no sentido de proceder à extinção de obrigação anterior existente, válida e eficaz; diversamente se daria se declarasse que a obrigação sobre que se funda o título executivo é “inexistente”. Verifica-se, portanto, que o devedor não alcançará o desiderato do art. 574 do Código de Processo Civil pelo simples manejo acionário dos embargos, eis que seu espectro cognitivo é restrito e enseja sempre sentença de natureza mandamental, no sentido de extinguir a execução; imprescindível que proponha ação própria.

**3. Natureza jurídica da ação autônoma de responsabilidade.** O estudo do dispositivo processual em exame indica que a natureza da ação proposta pelo devedor, em face do credor irresponsável, se apresenta como nitidamente declaratória, embora não se esgote na simples declaração da “inexistência da obrigação que deu lugar à execução”. O devedor não se contenta apenas em ver acertado, por sentença, que a obrigação que o credor acreditava poder dele exigir determinada prestação, consubstanciada no título executivo que serviu à anterior execução, não existe; pretende mais. Quer o devedor, agora autor, obter o ressarcimento dos “danos que sofreu” em razão da própria ação de execução. Além do pedido declaratório, o devedor também formula pedido de natureza condenatória, embora só obtenha sucesso se o juiz acolher o pleito inicial. Existe, assim, uma correlação lógica entre ambos os pedidos, determinando o conhecimento do segundo apenas se for acolhido o primeiro. A ação do art. 574 traz pedidos cumulados, na forma do art. 292 do Código de Processo Civil, se encontrando presentes os requisitos subjetivos (mesmo réu, juiz competente) e objetivos (rito processual, compatibilidade). Pode ocorrer, no entanto, que, mesmo declarando inexistente a obrigação, o juiz julgue improcedente o pedido indenizatório, não havendo consequência lógica entre ambos os pedidos (v.g., os embargos foram recebidos no efeito suspensivo em relação a toda a execução, sem

que a penhora, por si, seja causa eficiente de prejuízo).

Ao propor a ação, o devedor, agora autor, deve dispor as causas de pedir em relação a ambos os pedidos. O provimento declaratório deve se assentar na afirmação dos fatos concernentes à “inexistência da obrigação” e de seu conhecimento pelo credor, além das razões pelas quais a obrigação se encontra “extinta”, representando os “fatos e os fundamentos do pedido” (CPC, 282, III); o pedido, a seu turno, deve focalizar-se, unicamente, na declaração jurisdicional de que a “obrigação que deu lugar à execução” era “inexistente, no todo ou em parte” (CPC, 574). Quanto ao pedido condenatório, o devedor (autor), deve afirmar “os danos que sofreu” em razão da ação de execução proposta pelo credor, esclarecendo por que a ação lhe causou tais e quais danos (ou seja, os “fundamentos jurídicos do pedido”), pleiteando a condenação do credor a proceder ao “ressarcimento dos danos” (o pedido, em si). À falta de quaisquer destes elementos, a petição inicial poderá ser indeferida, caso a emenda não atenda aos reclamos legais (CPC, 295, parágrafo único, I); ultrapassada esta fase, o autor pode descuidar-se de provar os fatos afirmados como fundamento de quaisquer dos dois pedidos, ensejando a procedência parcial, no sentido apenas de declarar “inexistente a obrigação”, não reconhecendo direito à indenização pleiteada.

A demanda declaratória exige que a obrigação seja “inexistente” ao tempo da propositura da ação de execução, ou seja, a partir do momento em que foi distribuída ou “simplesmente despachada” (CPC, 263 c/c 219, parágrafo 1º); se a obrigação vem a se extinguir no curso da ação executiva, não pode o credor vir a responder pelos “danos” que o devedor sofreu. A obrigação pode não existir, embora existente e válido o título executivo, habilitando o credor à ação executiva; o que gera o direito ao ressarcimento é a inexistência da obrigação “que deu lugar à execução”, ou seja, contemporaneamente à propositura da ação de execução. O provimento declaratório, portanto, deve voltar-se para o passado e para o momento em que a ação do credor foi proposta, incumbindo-se o devedor (agora autor) da afirmação e da prova do fato de que, ao tempo da ação, inexistia obrigação hígida a fundamentar o título executivo. A seu turno, não colhe a atenção a afirmação do devedor de que a obrigação se extinguiria “no curso da ação de execução”; basta ao credor que a obrigação exista no momento em que inicia a demanda, munido de título executivo, pouco importando que a obrigação

tenha termo certo para se extinguir, após a propositura da ação. O termo final estabelecido em obrigação não impede o pleno exercício dos direitos do credor decorrentes da obrigação e, “enquanto se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido” (CC, 119 c/c 124). O implemento do termo final, no curso da execução, poder servir habilmente para a oposição dos embargos, com fulcro na extinção da obrigação (CPC, 741, VI), mas não é suficiente para a propositura de ação ressarcitória (CPC, 574), devendo ser julgado improcedente o pleito declaratório e prejudicado o condenatório subsequente.

**4. Responsabilidade subjetiva do credor pela execução.** Sob outro ângulo, o pleito indenizatório somente pode ser acolhido se o devedor provar que a ação de execução lhe causou “danos”. A maioria dos doutrinadores<sup>1</sup> sustenta que a responsabilidade esposada pelo artigo 574 do Código de Processo Civil tem natureza objetiva e prescinde da demonstração de que o

---

<sup>1</sup> J. J. Calmon de Passos afirma que “O art. 574, pelo que se deduz de seu contexto, cuida de situação diversa. Nele, o elemento subjetivo é totalmente posto à margem, derivando a responsabilidade do exeqüente do fato de haver sentença, passada em julgado, declarando inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução”, afirmando, mais adiante, no mesmo artigo, que se trata de “responsabilidade objetiva, quando a execução frustrar-se por ter sido declarada inexistente a obrigação que lhe deu lugar” (cf. “Responsabilidade do exeqüente no novo Código de Processo Civil”, **Revista Forense**, 246, p. 167/171, abril/junho, 1974). Pontes de Miranda, sem se referir expressamente à responsabilidade sem culpa, afirma que “trata-se de regra jurídica que apenas apresenta um pressuposto para a indenização: ter havido, depois da execução, sentença que, trântisa em julgado, declarou não ter existido, no todo ou em parte, obrigação que daria ensejo à execução, se tivesse existido” (cf. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo IX, p. 145, 1ª edição, 1976, Forense, Rio de Janeiro). Alcides de Mendonça Lima, em peremptória passagem, afirma que “o fundamento do ressarcimento dos danos dispensa a culpa ou dolo do credor” (cf. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VI, p. 184, 4ª edição, 1985, Forense, Rio de Janeiro). Por fim, pode-se citar ainda Edson Ribas Malachini, ao asseverar que “o problema dos danos ocasionados pela execução injusta, assim como o da responsabilidade no direito material, tem sofrido evolução no sentido de desligar-se da culpa, como fundamento, para tornar-se objetiva. No direito processual brasileiro, no que concerne à execução, isso está expresso em termos inequívocos, nos arts. 574 e 588” (*in Questões Sobre a Execução e os Embargos do Devedor*, p. 1174/175, Editora Revista dos Tribunais, 1980, São Paulo). Em posição duvidosa, mas que se apresenta contrária à tese da responsabilidade objetiva, se ergue Araken de Assis, ao aceitar que se revela “razoável restituir ao devedor, agora vitorioso e livre da sujeição imposta pelo título, tudo quanto o aparente credor tenha recebido através da execução e as próprias despesas processuais recolhidas ao Estado. Mas, fazê-lo responsável, ainda, por perdas e danos, e independente de culpa, estampa um exagero flagrante”. Mais adiante: “o artigo 574 do CPC introduz no processo de execução brasileiro uma responsabilidade excepcional do credor sempre que um ato jurisdicional, chamado de sentença, declarar inexistente a obrigação que se encontrava no título” (cf. **Manual do Processo de Execução**, p. 256, Letras Jurídicas Editora, Porto Alegre, 1987).

credor agiu com culpa no manejo da ação executiva. A tese tem repercussões extremamente negativas para o credor, que, munido de título executivo, judicial ou extrajudicial, socorreu-se à via própria ao ensejo de compelir o devedor a cumprir com a obrigação que se encontrava assumida no título; se, logo depois, vem a receber sentença, em ação própria, que declare a inexistência desta mesma obrigação, fica obrigado a reparar os danos causados àquele que supunha ser seu devedor. A simples obtenção da sentença seria causa suficiente e eficiente para que respondesse pela indenização pleiteada pelo devedor, agora autor, passando ao largo da afirmação e demonstração de que o aparente credor tenha agido com culpa ou dolo no exercício do direito de demandar.

O direito brasileiro, no entanto, está alicerçado na responsabilidade com culpa. O artigo 159 do Código Civil serve como sustentáculo basilar da norma segundo a qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” e estabelece, com exatidão, as situações de fato em que o causador do dano responderá independentemente de se indagar sobre a natureza de seu comportamento (v.g., CC, 1.527, 1.521, 1.529 etc.). Logo a seguir, o Código Civil esclarece que “não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido”, ou seja, reconhecido no momento da prática do ato. Ao propor a ação de execução, o credor se apresenta como sujeito de uma relação jurídica onde tem o poder de exigir determinado comportamento do devedor, consistente em uma prestação, consubstanciado em título executivo, judicial ou extrajudicial; exerce, portanto, um “direito reconhecido”, qual seja, o de demandar em juízo, quando tem legitimidade e interesse (CPC, 3º). A norma inserta no art. 574 do Código de Processo Civil, ao referir-se unicamente à “sentença passada em julgado”, não permite concluir, como entendem os doutos, que o devedor, agora autor, se encontra dispensado de afirmar e provar que o suposto credor agiu com culpa ou dolo ao exercer seu direito de ação; ao contrário, a culpa ou o dolo do credor deve integrar a causa de pedir que fundamenta o pedido de declaração da inexistência da obrigação, e é parte integrante e imprescindível à obtenção do sucesso pretendido. O elemento subjetivo da culpa (em sentido estrito, ou o dolo), há de se apresentar como qualificador do comportamento do credor ao propor a ação de execução. A se entender de modo diverso, o credor, munido de título executivo, ver-se-ia em situação bastante desvantajosa perante o devedor, sempre por temer

a possibilidade real de que o mesmo venha a propor ação que declare a inexistência da obrigação em que figurava como sujeito ativo (ou seja, no “exercício de um direito reconhecido” pelo ordenamento jurídico positivo), devendo, agora, responder por eventual prejuízo. A culpa, em sentido lato, deve lastrear a responsabilidade civil, mormente quando o próprio sistema jurídico estabelece que “realiza-se a execução no interesse do credor” (CPC, 612). O credor deve ter conhecimento, sabido ou suposto, de que a obrigação que o título executivo representa, não mais existe à época da propositura da ação executiva, para que venha a ressarcir os danos causados ao devedor; se não sabia, ou não podia saber, não age ilicitamente, mas “no exercício de direito reconhecido” e não responde por eventual prejuízo suportado pelo devedor em razão da ação de execução.

**5. Os danos indenizáveis.** Estabelecida, assim, a imperiosa necessidade de se provar a culpa ou o dolo do credor, há de se assentar quais sejam os “danos” a serem ressarcidos ao devedor. Não se trata dos danos processuais, que integram a própria sucumbência daquele que ficou vencido na ação, isto é, as despesas processuais e os honorários de advogados, conforme dispõe o art. 20 do Código de Processo Civil; estes danos serão ressarcidos por ocasião da extinção da ação de execução, obtida pelo julgamento dos embargos opostos pelo devedor. Os danos a serem compostos, de que trata o art. 574, referem-se aos danos extraprocessuais, que atingiram a esfera patrimonial pessoal do devedor, como se revela, com mais frequência, no ato de penhora e, eventualmente, de arrematação do bem penhorado, na hipótese de os embargos terem sido rejeitados pelo próprio Juiz da execução e esta ter prosseguido até a satisfação (agora verificada indevida), do credor. Fica claro que o acolhimento dos embargos, opostos incidentalmente à ação de execução, tem o condão de reduzir, em muito, os eventuais danos suportados pelo devedor, uma vez que traz, como consequência imediata, a liberação, total ou parcial, dos bens penhorados. Como toda ação de responsabilidade civil, deverá o autor (ex-devedor) afirmar e provar que sofreu dano, sendo insuficiente para abalizar o dever do credor de indenizar, com suporte apenas no art. 574, que a “sentença declare inexistente a obrigação”; o fato de o devedor ter figurado no pólo passivo de relação jurídica processual de natureza executiva se revela absolutamente írrito para o fim de se obter a condenação do credor. Necessário que tenha ocorrido dano, seja de natureza patrimonial ou moral. O ato de penhora não causa nenhum abalo ao direito de propriedade do devedor e tem o efeito, apenas, de estabelecer, em favor

do credor, o “direito de preferência sobre os bens penhorados” (CPC, 612 e 711). Pode o devedor, inclusive, obter autorização para vender o bem penhorado, substituindo-o por dinheiro (CPC, 668). A indisponibilidade do bem penhorado, assim, é relativa, não sendo, por si, causa direta a produzir dano ao devedor.

**5a. Os danos pela arrematação injusta.** A repercussão negativa da execução injusta se revela em todo o seu esplendor com a arrematação do bem penhorado por terceiro, momento em que o devedor se vê, realmente, despojado de parte de seu patrimônio. Mais uma vez, acentue-se que o acolhimento dos embargos à arrematação põe por terra a alegação de dano causado pela simples hasta pública. É imprescindível a alegação e demonstração de que ela trouxe dano real e efetivo ao devedor (v.g., quando o mesmo já se encontrava em vias de concluir negócio jurídico tendo por objeto o bem penhorado, ou quando terceiro já se oferecera para saldar o débito). É de se registrar que o arrematante se encontra a salvo de qualquer investida do devedor, no sentido de ele pretender recuperar o bem legalmente adquirido em procedimento judicial próprio na ação de execução. O ato de arrematação encontra-se perfeito e acabado, nos termos do art. 694 do Código de Processo Civil, segundo o qual “assinado o auto pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou pelo leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável”. Não se diga que a arrematação foi realizada de forma condicional pelo fato de haver ação do devedor com pedido declaratório sobre a inexistência da obrigação; a exigência legal de constar no edital menção da “existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados” (CPC, 686, V), não se confunde com a ação de que trata o art. 574 do Código de Processo Civil. A limitação diz respeito aos próprios bens que garantem a execução e não a eventual direito do devedor de ser futuramente ressarcido dos danos.

Da mesma forma, não se pode entender que o arrematante adquire bem sujeito a condição resolutiva (CC, 119), a depender, para a sua eficácia plena, do julgamento de futura ação declaratória a ser eventualmente proposta pelo devedor em face do credor. Os casos de desconstituição da arrematação (“desfazimento”), estão previstos no art. 694, parágrafo único do CPC, sem qualquer referência a ação prevista no art. 574. O arrematante não tem nenhuma responsabilidade para com o devedor pelos danos que a execução injusta venha a causar-lhe. Deve o credor responder pelo desapossamento indevido (para o devedor) dos bens penhorados. Não se pode

entender que o arrematante, terceiro desinteressado nas relações jurídicas que unem credor e devedor, venha a ser obrigado a proceder à devolução do bem licitamente arrematado, em razão de sentença que declarou a “inexistência da obrigação” subjacente ao título que serviu à execução. O arrematante conserva todos os direitos adquiridos pela arrematação em relação ao bem arrematado. O devedor deve procurar o ressarcimento dos danos perante o credor, nos termos exatos do art. 574 do Código de Processo Civil. O prejuízo do devedor, sofrido com a perda do bem, há de ser compensado, no sentido mais amplo possível, pelo credor e não pelo arrematante.

Verifica-se que os “danos” mencionados no art. 574 são de ordem patrimonial, sem excluir eventual dano moral, a ser efetiva e concretamente demonstrado pelo devedor.

O acolhimento parcial da pretensão declaratória ensejará, igualmente, a procedência parcial do pedido condenatório e fica a depender de liquidação prévia para se ajustar os termos iniciais do pedido ao que restou decidido na sentença.

**6. A ação autônoma e ação de execução.** A ação prevista no art. 574 pode ser proposta imediatamente após a citação do devedor para a ação de execução, o que evitará, em medida considerável, prejuízos ao seu patrimônio jurídico. No entanto, não tem o condão de ocasionar a suspensão do processo de execução, eis que neste não se discute o mérito do pedido, mas apenas torna eficaz anterior obrigação assumida pelo devedor (em título extrajudicial ou em razão de decisão judicial). O art. 265, IV e suas alíneas, não faz qualquer referência ao processo de execução e não cabe interpretação extensiva ou analógica, em razão do art. 598 do mesmo Código, que determina a aplicação subsidiária à execução das “disposições que regem o processo de conhecimento”. A execução prosseguirá em todos os seus termos, ciente o credor dos efeitos negativos que o acolhimento da pretensão declaratória do devedor produzirá a eventual recomposição dos danos sofridos. A propositura da ação declaratória, a seu turno, não torna desnecessária, por si, a oposição dos embargos do devedor, eis que tem escopos e efeitos processuais diversos; somente os embargos poderão suspender o curso da ação de execução, acaso recebidos, em sua totalidade, no efeito suspensivo (CPC, 739, parágrafo 1º). Não se afigura, ainda, prevenção do juízo da execução ou conexão de ações entre a declaratória do art. 574 e a ação executiva e podem ambas serem decididas por juízes diversos, em diferentes oportunidades, sem que a decisão de um possa acarretar

a nulidade da decisão do outro ou de quaisquer dos atos praticados nos respectivos processos. O manejo da ação prevista no art. 574 não pode servir de obstáculo ao direito do credor de ser satisfeito e retirar, por mínimo que seja, a carga executiva do processo de execução, transformando-o, por vias transversas, em ação de conhecimento.

**7. A ação autônoma e a ação rescisória.** Por último, a rescisão da sentença que gerou o título executivo judicial em razão da procedência de ação rescisória (CPC, 494), não inibe, por si só, o interesse do devedor em fazer uso da ação declaratória prevista no art. 574. O objeto da ação rescisória é a desconstituição da “sentença de mérito”, conforme estabelece o art. 485; a seu turno, pretende o devedor obter decisão que declare a “inexistência, no todo ou em parte, da obrigação que deu lugar à execução”; no primeiro caso, os efeitos são principalmente de ordem processual, ensejando novo julgamento, ao passo que, no último, a decisão judicial alcança as relações materiais entre as partes.

**8. Conclusão.** Conclui-se que o direito do credor, munido de título executivo, judicial ou extrajudicial, permanece íntegro e valorizado pelo ordenamento jurídico; sua responsabilidade por danos causados ao devedor é subjetiva e esta, a depender de declaração da inexistência da obrigação em que se funda o título e da demonstração de efetivo prejuízo. A se entender de modo diverso, ou seja, que o credor responde objetivamente, seria transformar o processo de execução em empreitada arriscada e temerosa, além de sujeito a diversas possibilidades procrastinatórias do devedor, com perda crescente de tempo e dinheiro pelo devedor. O sistema jurídico produz o título executivo para que seja utilizado, de forma célere e segura, pelo credor; eventual falta, há de ser alegada e provada pelo devedor, sem retirar do credor a presunção de segurança e certeza que o título lhe proporciona. ◆

# A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE NORMAS NO DIREITO BRASILEIRO

THIAGO RAGONHA VARELA

Professor da Universidade Estácio de Sá

Ao longo da história do Direito brasileiro, os textos constitucionais apresentam evidentes indicadores de avanços e recuos, no sentido do controle de constitucionalidade. Com base nessa premissa, elaboramos o presente artigo, em que procuramos trazer à luz alguns pontos relativos ao controle de constitucionalidade, na legislação nacional.

De início, é pertinente registrar que a Carta Magna do Império (de 25 de março de 1824) omitiu-se em relação a essa importante função. O silêncio pode ser compreendido, pelo menos em parte, se considerarmos a influência dos modelos europeus que, à época, refletiam-se em nossa produção legislativa. Por exemplo, na Inglaterra, estava em pleno vigor a doutrina da supremacia do parlamento e, na França, havia enorme respeito à doutrina da separação dos Poderes. Por isso, não se admitia que um órgão pudesse controlar a atividade legislativa; ao mesmo tempo, a lei era encarada como a expressão da vontade *da nação*. Essa filosofia fundamentava a ausência do controle de constitucionalidade das leis nos citados países, embora nos Estados Unidos, tal prática já vigorasse.

A Constituição Imperial estabelecia em seu art. 15, IX que o Poder Legislativo tinha o dever de *velar a guarda da Constituição*. No entanto, a Lei mencionada não fazia referência aos mecanismos a serem empregados pelos congressistas para tornar efetiva essa guarda.

Como esclarece Clèmerson Merlin Clève,<sup>1</sup> sob esse ponto de vista, o projeto de Constituição que estava sendo elaborado pela Assembléia Constituinte de 1823 era mais avançado, embora também não fornecesse indicação precisa de como a guarda da Constituição seria exercida pelo Legislativo. Note-se que o projeto previa, em seu art. 266, que *todas as leis existentes*,

---

<sup>1</sup> A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 64.

*contrárias à letra e ao espírito da presente Constituição, são de nenhum valor.* Mas, com o fechamento da Assembléia Constituinte, por ordem do Imperador, tivemos uma Carta outorgada (de 1824), que não reproduzia o disposto no art. 266 do citado projeto.

Contudo, o fator que mais contribuiu para a inexistência de um controle judicial da constitucionalidade das leis, na Carta outorgada de 1824, foi a inclusão, no texto constitucional, de um Poder Moderador, exercido pelo Imperador, que possuía a função de coordenação entre os Poderes. O seu art. 98, determinava:

*“O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos.”*

Tornou-se, então inviável pensar em controle da constitucionalidade, exercido pelo Poder Judiciário, pois caberia ao Imperador e não ao Judiciário compor os conflitos entre os Poderes.

A rigor, o controle jurisdicional teve início em nosso ordenamento, por via de exceção, com a Constituição Republicana de 1891, que instituiu recurso ao Supremo Tribunal Federal, das decisões das justiças estaduais. Rezava o artigo 59, § 1º daquela Constituição, que o recurso era cabível, quando houvesse a contestação relativamente *à validade de leis ou atos dos governos dos Estados, em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerasse válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.*

A mudança de filosofia constitucional deveu-se, em parte, à influência norte-americana. Tal repercussão é nítida, pois, tal como presente no modelo americano, a Constituição de 1891 adotou a república, o presidencialismo, um legislativo bicameral, sendo o Senado a casa legislativa de representação dos Estados da Federação, a própria federação, o controle judicial e a organização judiciária, com um Supremo Tribunal e com uma Justiça Federal.<sup>2</sup>

Apesar da competência atribuída pelo art. 59, § 1º desse diploma legal, o Supremo Tribunal Federal, composto, na maior parte, por membros

---

<sup>2</sup> Id., p. 65.

do antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império – que desconheciam esta função –, inicialmente exerceu tal prerrogativa com muita timidez.

Porém, tal situação modificou-se a partir de 1893, quando Rui Barbosa, no patrocínio de uma causa, defendeu a tese de que caberia ao Judiciário analisar a constitucionalidade dos atos executivos e legislativos e negar-lhes aplicação, caso afrontassem o texto constitucional.

Outro marco relevante na história do controle da constitucionalidade, no ordenamento jurídico nacional, ainda por via de exceção, foi a Lei 221, de 20 de novembro de 1894, que organizou a Justiça Federal. Em seu artigo 13, § 10, determinava que *os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição*. Desse modo, o controle era medida excepcional; portanto, só aplicável às partes num procedimento contencioso.

A Reforma Constitucional de 1926 à Constituição de 1891 não introduziu qualquer modificação significativa no sistema de controle da constitucionalidade, então existente. A reforma apenas propiciou maior clareza aos dispositivos constitucionais que regulavam a matéria.

Avanço mais evidente ocorreu com a Constituição de 1934, que instituiu, segundo análise de Paulo Bonavides,<sup>3</sup> quatro inovações em nosso sistema de controle da constitucionalidade das leis, a saber:

1º) instituição da maioria absoluta de votos dos juízes dos tribunais, para que se declarasse a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do poder público;

2º) o Senado, incumbido de coordenar os três Poderes entre si, segundo o art. 88 da Constituição de 34,<sup>4</sup> passou a ter a competência de suspender a execução total ou parcial de qualquer lei, ato ou regulamento considerado como inconstitucional pelo Poder Judiciário (art. 91, IV). Com isso, procurava-se fornecer eficácia *erga omnes* à decisão judicial de inconstitucionalidade no caso concreto;

3º) provocação do Procurador-Geral da República, para que o Supremo Tribunal Federal declarasse a constitucionalidade da intervenção da União num Estado federado, por violação aos princípios constitucionais sensíveis, contidos no art. 7º, I, *a a h* daquela Constituição (art. 12, V e §

<sup>3</sup> Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional**, p. 257

<sup>4</sup> Clèmerson Merlin Clève, ob. cit., p. 67.

2º). Tratou-se do surgimento da representação interventiva.

José Carlos Moreira Alves<sup>5</sup> destaca que tal medida não constituía um controle direto de constitucionalidade em abstrato, pois se referia ao conflito federativo concreto, dentro de um caso de intervenção num Estado membro da Federação. Declarando-se a constitucionalidade do decreto interventivo, estava o Supremo Tribunal Federal decidindo pela inconstitucionalidade do ato ou da lei do governo estadual que teria violado os princípios constitucionais sensíveis;

4º) instituição do mandado de segurança, criado para defender direito certo e inquestionável, que estivesse ameaçado ou fosse violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

Com a Carta de 1937, a Constituição do Estado-Novo, houve um retrocesso no controle da constitucionalidade. Esta Carta Magna legitimava o governo de Getúlio Vargas, de cunho nitidamente ditatorial e centralizador. Com efeito, não se tratava do instituto da representação interventiva, nem da suspensão, pelo Senado Federal, da execução de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, a referida Constituição tratou de restringir a atuação do Poder Judiciário, através de seu art. 96, parágrafo único, assim redigido:

*Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República.*

*Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.<sup>6</sup>*

Dessa forma, por dois terços de votos de cada câmara, o Legislativo conferia eficácia a uma lei declarada inconstitucional pelo Judiciário. No

---

<sup>5</sup> José Carlos Moreira Alves, "A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil". *In As Garantias do Cidadão na Justiça*, pp. 1 a 14.

<sup>6</sup> Id., pp. 3 e 4.

entanto, como bem lembra Clèmerson Merlin Clève,<sup>7</sup> o Legislativo sequer chegou a ser convocado, de modo que o Executivo realizou a faculdade fornecida pelo parágrafo único do art. 96 por via de decreto-lei.

Certo é que controle por via de ação é controle político. Contudo, o modelo da Carta outorgada de 1937 instituía um controle político apenas para favorecer o Poder Executivo e não a ordem constitucional vigente, como ocorre nos países que adotam o controle político da constitucionalidade. Eis porque a Carta de 1937 foi um retrocesso para o controle da constitucionalidade das leis em nosso ordenamento jurídico.

Entre as mudanças decorrentes da queda do Estado-Novo em 1945, merece destaque a revogação do parágrafo único do art. 96, pela Lei Constitucional nº 18, de 11 de dezembro de 1945.

Com a redemocratização e conseqüente elaboração de nova Constituição nacional em 1946, o obscurantismo da Carta de 1937 foi afastado. A Carta de 1946 retomou os avanços já elencados da Lei Magna de 1934, com algumas modificações. Para que houvesse a intervenção federal em Estado-membro, em decorrência da inobservância dos princípios constitucionais sensíveis (contidos no nº VII do art. 7º), fazia-se necessária a decisão do Supremo Tribunal Federal, provocado pelo Procurador-Geral da República, com relação à inconstitucionalidade do próprio ato atacado. O Congresso Nacional poderia suspender a intervenção, se a decisão do Supremo já bastasse para restaurar a normalidade constitucional naquele Estado federado (art. 13).

A competência do Senado para suspender a execução de lei declarada como inconstitucional foi mantida; contudo, apenas se a decisão definitiva fosse do Supremo Tribunal Federal (art. 64), tomada por maioria de votos (art. 200).

Durante a vigência da Constituição de 1946, aprovou-se a Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954, que criou a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Esse documento disciplinava a matéria de constitucionalidade relativa ao controle estabelecido no parágrafo único do art. 8º, referente à salvaguarda dos princípios constitucionais sensíveis contemplados pelo art. 7º, nº VII.

No entanto, este controle só alcançava leis federais cujos atos pudessem conduzir a intervenção federal. Assim, regras gerais federais e estaduais

---

<sup>7</sup> Ob. cit., pp. 68 e 69.

que não violassem o disposto no nº VII do art. 7º da Constituição de 1946 estavam fora do campo de atuação deste controle.

Marco verdadeiramente fundamental na história da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) foi a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Esta emenda alterou a alínea *k* do art. 101, inciso I da Constituição de 1946, fornecendo competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente *a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República*. Dessa forma, qualquer lei federal ou estadual poderia ser objeto de uma análise direta de sua constitucionalidade em abstrato pela Suprema Corte do país – sendo, portanto, *controle concentrado* –, mediante provocação do Procurador-Geral da República.

Analisando as inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 16, José Carlos Moreira Alves afirma que a dita Emenda:

*(...) introduziu, no direito brasileiro, o controle de constitucionalidade de ato normativo federal ou estadual em abstrato em face da Constituição Federal, e, por ser feito apenas pelo Supremo Tribunal Federal, implicou a adoção de controle concentrado de constitucionalidade, sem prejuízo do difuso.*<sup>8</sup>

Esta representação do Procurador-Geral da República, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Emenda nº 16, difere da *representação interventiva*, a cargo desta mesma autoridade. Sobre as diferenças entre os dois institutos, ensina Clèmerson Merlin Clève:

*A representação instituída pela Emenda Constitucional 16/65 não se confunde com a representação interventiva. Consiste esta em mecanismo de solução de conflito entre a União e uma Coletividade Política Estadual. Por isso, a violação apenas dos princípios constitucionais sensíveis pode autorizar a sua propositura pelo Procurador-Geral da República. Cuida-se, ao contrário, o mecanismo instituído pela Emenda 16/65, de representação genérica, apta, portanto, a garantir a observância de todos os dispositivos da*

---

<sup>8</sup> Ob. cit., pp. 5 e 6.

*Constituição. A representação interventiva implica uma fiscalização concreta da constitucionalidade, embora exercida por via de ação direta; presta-se exatamente para a solução de um conflito federativo. A representação genérica, ao contrário, implica a realização de uma fiscalização abstrata da constitucionalidade, já porque neste caso está em jogo unicamente a compatibilidade, em abstrato (em tese), de um dispositivo normativo infraconstitucional contrastado com a Lei Fundamental da República.”<sup>9</sup>*

Com relação aos atos normativos municipais, estabeleceu a Emenda 16/65 que o controle poderia ser feito pelo Tribunal de Justiça do Estado, quando tal ato violasse dispositivo da Constituição Estadual. Assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não cabia representação de inconstitucionalidade de lei municipal, em seu âmbito ou no do Tribunal de Justiça, quando violasse dispositivo da Constituição Federal, por absoluta falta de previsão constitucional.

A Constituição de 67 não introduziu modificações expressivas no sistema de controle da constitucionalidade então vigente. Uma das mudanças foi a retirada do dispositivo instituído pela Emenda 16/65, que autorizava o Tribunal de Justiça dos Estados a controlar originariamente a constitucionalidade de ato normativo municipal, frente à Constituição Estadual. Outra inovação diz respeito à representação interventiva, movida pelo Procurador-Geral da República, transferindo-se a competência para suspender o ato estadual do Legislativo para o Presidente da República.

A Carta de 1967 foi alterada pela Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969. Esse documento reformulou tantos dispositivos constitucionais e assumiu tal abrangência e profundidade que alguns estudiosos a consideraram como um novo Texto Constitucional.

A esse respeito, é ilustrativa a avaliação de José Afonso da Silva, quando defende que a Emenda nº 1/69

*(...) não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela*

---

<sup>9</sup> Ob. cit., pp. 70 e 71.

*denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.*<sup>10</sup>

Contudo, cabe salientar que tal posição, apesar de ser a mais adequada em nossa visão, não é unânime na doutrina constitucional brasileira. Em sentido oposto ao defendido por José Afonso da Silva há o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, que considera o ato realizado em 1969 como uma Emenda à Constituição de 1967.<sup>11</sup>

Com a redação da Emenda nº 1/69, os Estados-membros passaram a poder utilizar a representação interventiva, para verificar a constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Estadual.

A Emenda Constitucional 7/77 forneceu ao Supremo Tribunal Federal competência para interpretar ato normativo, com efeito vinculante. Tal atribuição foi abolida pela Constituição de 1988. Outra novidade foi a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conceder liminar nas representações de inconstitucionalidade, prerrogativa que a Corte já reconhecera anteriormente, constando inclusive em seu Regimento Interno e em jurisprudências anteriores.

A mesma Emenda tratou de incluir no Texto Constitucional a chamada *avocatória*, que possibilitava ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar

*“as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido.”*<sup>12</sup>

Assim, no sistema misto que vigorava no Brasil naqueles dias, tínhamos o *controle difuso*, realizado de forma incidental, pelos diversos órgãos do Poder Judiciário, nos casos submetidos ao seu julgamento. Havia ainda

---

<sup>10</sup> José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 80.

<sup>11</sup> Celso Ribeiro Bastos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 139.

<sup>12</sup> Art. 119, I, o da Constituição de 1967/Emenda Constitucional nº 1/69.

o *controle direto, de forma concreta*, para fins de intervenção da União em Estado-membro da Federação e o *controle direto, de forma abstrata*, de atos normativos federais e estaduais.

A propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei federal ou estadual constituía competência privativa do Procurador-Geral da República. Tal monopólio possuía tamanha força que, certa vez, o MDB (Movimento Democrático Brasileiro), enviou representação ao Procurador-Geral da República argüindo a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 1.077, de 26 de janeiro de 1970, que instituiu a malfadada censura prévia em livros e periódicos. A representação foi arquivada pelo então Procurador-Geral da República, motivando a propositura de uma Reclamação do MDB, no Supremo Tribunal Federal, contra aquela autoridade. O Supremo julgou improcedente a Reclamação, entendendo que o Procurador-Geral da República possuía discernimento necessário para decidir se ingressaria ou não com ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, uma lei ou ato do governo que ferisse flagrantemente a Constituição da República, somente poderia ter sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, caso o Procurador-Geral da República ingressasse com ação direta de inconstitucionalidade. Se não o fizesse, ficariam os cidadãos obrigados a respeitar determinada norma, ainda que inconstitucional.

Vale acrescentar que o cargo de Procurador-Geral da República era de confiança do Presidente da República. Tal centralização de poder no âmbito do Executivo é coerente com o momento político nacional, pois nos encontrávamos sob ditadura militar, desde o golpe de Estado de 1964, que destituiu o Presidente João Goulart.

A Constituição Federal de 1988 aperfeiçoou o nosso sistema de controle da constitucionalidade, que pode ser avaliado como um *misto de controle difuso incidental com um concentrado principal*. Uma das mais importantes alterações introduzidas pela nova Constituição nacional foi a independência funcional do Procurador-Geral da República, que deixou de ser cargo de confiança exclusiva do Presidente da República, passando a ser nomeado entre os membros do Ministério Público da União, só podendo ser destituído de seu cargo por aceitação da maioria absoluta do Senado Federal. Além disso, quebrou-se o monopólio do Procurador-Geral da República para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Hoje, qualquer dos órgãos ou entidades arroladas pelo art. 103 da Constituição de 88 pode mover ação direta de inconstitucionalidade; ou seja, a legitimidade ativa desta ação cabe ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de Assembléia Legislativa, ao Governador de Estado, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e à confederação sindical, ou entidade de classe de âmbito nacional.

Tais mudanças têm trazido ao Supremo Tribunal Federal algumas questões relativas à legitimidade para a propositura da ADIn. Desse modo, na atualidade, no Supremo Tribunal discute-se o que seja uma entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, IX), já tendo decidido (quanto às organizações sindicais) que só as confederações possuem tal legitimidade, desde que se comprove a relação entre a norma impugnada e o interesse de classe.<sup>13</sup>

Analisando essas mudanças, Poletti afirma que, *com essa pulverização de sujeitos, o sistema brasileiro avançou para o da jurisdição concentrada*.<sup>14</sup> No seu entender, esse elevado número de legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade levará ao congestionamento inevitável do Supremo Tribunal. De certa forma, essa interpretação é coerente com a análise de Adriano Pilatti, quando assinala que:

*(...) um ponto extremamente vantajoso do novo ordenamento diz respeito à ampliação de legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade. Aí me parece que a Constituição andou muito bem, buscando um certo equilíbrio, no sentido de não estender esta legitimação demais, o que a princípio era desejado por alguns setores da sociedade, mas poderia levar determinados setores, muito especialmente aqueles que detêm poder maior de mobilização econômica etc., a cooptar cidadãos individualmente para fazer chover ações de inconstitucionalidade sobre o Supremo Tribunal Federal e assim, virtualmente, paralisar os seus trabalhos. Parece-me que a Constituição encontrou um meio-termo aceitável.*<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Cf. José Carlos Moreira Alves, ob. cit., p. 12.

<sup>14</sup> Ronaldo Poletti. **O Controle da Constitucionalidade das Leis**, p. 92.

<sup>15</sup> Adriano Pilatti. "Limites e Avanços da Constituição de 1988". In **Revisão Constitucional e Estado Democrático**. Edições Loyola, 1993.

Os Estados-membros da Federação podem exercer o controle da constitucionalidade da Constituição Estadual em face de leis estaduais ou municipais, conforme o art. 125, § 2º da Constituição da República. Contudo, não é facultado aos Tribunais de Justiça dos Estados julgar a inconstitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Federal, pois tal decisão violaria competência do Supremo Tribunal Federal, que é o legítimo guardião da Constituição Federal, nos termos do art. 102, *caput* da Lei Fundamental de 1988.

Há ainda a ação de inconstitucionalidade por *omissão de medida*, definida pelo art. 103, § 2º e utilizada para suprir uma omissão do Congresso Nacional quanto à regulamentação de dispositivo constitucional não auto-aplicável, uma vez que tal lacuna resultaria na não-aplicabilidade de norma expressa na Constituição Federal. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, deverá dar ciência ao Poder competente para elaborar a norma a fim de que tome as providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para que o faça em trinta dias. Poletti atenta para o fato de que há *séria dívida a respeito das conseqüências se o órgão, sobretudo o outro Poder, continuarem omisso*.<sup>16</sup>

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida pode ser proposta por qualquer dos legitimados do artigo 103. Ao cidadão que se encontra privado de exercer direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania por falta de norma regulamentadora, há a possibilidade de ingressar com um *mandado de injunção*.<sup>17</sup>

A Carta Magna de 88, em seu artigo 97, manteve ainda o *quorum* especial da maioria absoluta dos membros de um tribunal, ou de seu órgão especial, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Permaneceu igualmente inalterada a atribuição do Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X), no julgamento de ações que exijam

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 93.

<sup>17</sup> O constituinte entendeu que seria inconstitucional a omissão de órgãos administrativos ou dos Poderes da República em deixar de regulamentar norma constitucional, já que alguns dispositivos constitucionais não seriam auto-aplicáveis. Assim, para evitar que os cidadãos não exercessem seus direitos constitucionais por falta de norma regulamentadora, criaram-se o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Com isso, o constituinte decidiu que a falta de ação para tornar efetiva norma constitucional era por si só um ato inconstitucional.

o controle concreto da constitucionalidade, realizado pela via de exceção, pois, se o julgado do Supremo for de controle abstrato, terá eficácia *erga omnes*, independentemente da manifestação do Senado Federal.

Ações diretas de inconstitucionalidade, assim como todas as ações tramitando no Supremo, demandam sempre um parecer do Procurador-Geral da República, inclusive quando este for o autor. Nas ações diretas de inconstitucionalidade, exige-se ainda a citação do Advogado-Geral da União, que atuará como curador da norma impugnada.

A Constituição de 1988 tratou também da *representação interventiva*, movida pelo Procurador-Geral da República, para garantir a observância dos princípios constitucionais sensíveis do art. 34, VII, no seu art. 36, III.

Contudo, esse dispositivo não encontra mais relevância na vida constitucional pátria, pois a intervenção pode ser evitada, caso se suspenda o ato violador do princípio constitucional sensível. Ora, o Procurador-Geral da República, mormente com as garantias que lhe foram fornecidas pela Constituição de 88, em vez de ingressar com pedido de intervenção no Supremo Tribunal Federal, lançará mão de ação direta de inconstitucionalidade contra o ato que violou o princípio constitucional sensível.

Com relação às normas anteriores à promulgação da Constituição, entende o Supremo Tribunal, que, se essas tiverem dispositivo contrário ao Texto Constitucional, então não foram recepcionadas, prescindindo de ação direta de inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional nº 3, de 18 de março de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, através da qual se busca pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, com relação à constitucionalidade da norma, tendo a decisão da Suprema Corte eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário. A mencionada ação encontra respaldo no art. 103, § 4º da Constituição da República, que a define como competência do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados e do Procurador-Geral da República.

Do exposto, inferimos que, em decorrência da supremacia da norma constitucional, criou-se o controle da constitucionalidade das leis, de modo a que nenhum dispositivo legal interno venha a conflitar com o texto Constitucional.

Teoricamente, há várias formas de controlar a constitucionalidade das leis; o Brasil adota um sistema misto de controle. Conforme esse sistema, temos o *controle difuso*, exercido por via incidental, em que qualquer juiz ou tribunal, ao julgar um caso concreto, pode, por exceção, declarar a inconstitucionalidade de uma lei, cuja decisão somente afetará as partes envolvidas na lide. Dispomos ainda do *controle concentrado* da constitucionalidade, por via principal, exercido perante o Supremo Tribunal Federal, mediante ação direta de inconstitucionalidade ou uma ação declaratória de constitucionalidade, em que os legitimados podem provocar o Supremo para que declare a (in)constitucionalidade de uma lei.

À guisa de conclusão, cabe assinalar que a efetividade da democracia requer, imperiosamente, um sistema de controle da constitucionalidade das normas, tendo em vista coibir abusos do próprio poder público contra os cidadãos. Esse é um princípio filosófico subjacente ao sistema de controle da constitucionalidade.

Em sua evolução histórica, o sistema jurídico brasileiro, com avanços e recuos, encaminhou-se para tal objetivo. Como demonstramos ao longo deste estudo, o mesmo vem sendo aperfeiçoado ao longo do tempo. A rigor, pode-se concluir que o sistema elaborado pela Constituição de 1988 é o mais democrático que já houve entre nós, mormente com a ampliação dos legitimados ativos a interpor uma ação direta de inconstitucionalidade.

Por outro lado, há quem entenda que o sistema pode ser aprimorado, se o Supremo Tribunal Federal puder fornecer eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para todas as suas decisões em sede de controle de normas. Na mesma direção, os resultados poderiam ser mais efetivos, se todos os legitimados pelo art. 103 da Lei Fundamental de 1988 a mover ação direta de inconstitucionalidade pudessem interpor ação declaratória de constitucionalidade.

Justificamos essa proposta, pois que não há razão técnica plausível para essa discriminação entre os legitimados a iniciar o controle abstrato no Supremo Tribunal Federal.

Nessa perspectiva, merece relevo o pensamento de Marcelo Figueiredo, ao defender que: *As mesmas pessoas legitimadas a promover a ação direta de inconstitucionalidade deveriam poder ingressar com a ação declaratória de constitucionalidade.*<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Marcelo Figueiredo. *A Ação Declaratória de Constitucionalidade – Inovação Infeliz e Inconstitucional*, pp. 156 e 157.

O controle de normas no direito nacional foi também disciplinado pela Lei 9.868/99, que tratou do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. É sabido que nosso legislador inspirou-se claramente no processo e julgamento de ações perante o **Bundesverfassungsgericht**, o conhecido Tribunal Constitucional alemão, que se apresenta como a Corte Constitucional mais influente da Europa.

Por fim, foi regulamentado pela Lei 9.882/99 o art. 102, § 1º da Constituição, que trata da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Em julgamentos anteriores, havia o Supremo decidido que tal dispositivo constitucional não seria auto-aplicável. Agora, com a sua regulamentação, dispomos de mais um instrumento que muito contribui para a jurisdição constitucional brasileira.

Como procuramos demonstrar ao longo do estudo, a jurisdição constitucional brasileira apresentou avanços e recuos significativos ao longo de nossa história até o modelo concretizado em 1988. Ademais, cumpre assinalar que o estudo da jurisdição constitucional é por demais relevante, para ser negligenciado, ou analisado apenas em seus aspectos técnicos.

Conforme afirmou o Juiz John Marshall, em histórica decisão da Suprema Corte americana no caso *Marbury vs. Madison*, a Constituição foi criada com a finalidade de limitar o poder do Estado, garantindo a liberdade dos cidadãos. Se for permitido ao Poder Político criar normas ou praticar atos contrários à Constituição, então esta nada mais seria do que uma absurda tentativa de se limitar um poder de fato ilimitável.

Se a sociedade deseja viver em uma democracia, não terá outra opção senão elaborar e fazer respeitar sua Constituição, já que ela é o documento político em que são definidas as regras fundamentais da vida em sociedade. Mais do que isso, como afirmamos, a Constituição é a norma suprema, que limita o poder do Estado. A dura experiência do século XX, com seus modelos totalitários, demonstrou que não há democracia onde o Poder Político não encontre limites e controles.

Assim concebido, o sistema de controle constitucional apresenta-se como efetivo guardião da normalidade democrática, pois impede que os detentores do Poder Político violem justamente o documento criado com a finalidade de limitar o seu poder. Garantir a efetiva aplicação das normas constitucionais, impedindo a sua violação e desrespeito pelos poderosos significa, de fato, proteger as liberdades públicas e o próprio regime democrático. ◆

# ENSINO JURÍDICO E CONCURSO PÚBLICO

**ANDRÉ CLEÓFAS UCHÔA CAVALCANTI**

*Juiz de Direito do TJ/RJ. Coordenador-Geral do Curso de Direito da UNESA*

## CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Muito se discute quanto à eficácia do ensino jurídico universitário, tendo em vista o alto índice de reprovação nos concursos públicos para as carreiras jurídicas. Procuramos aqui compartilhar algumas reflexões sobre o tema e, se possível, apresentar alguma contribuição para o constante aprimoramento dos exames de seleção, no sentido de ratificar a credibilidade conquistada ao longo dos anos e preservar a imagem das instituições que compõem as diversas carreiras.

Eventuais observações que façamos sobre a postura das entidades de ensino ou das bancas de concurso não têm direcionamento específico, mas apenas a finalidade de sugerir caminhos para mudanças de condutas que poderiam se justificar num determinado momento histórico, mas que hoje talvez se revelem impróprias.

Partimos, portanto, da seguinte indagação: o ensino jurídico é demasiadamente fraco ou os concursos não logram aferir verdadeiramente os conhecimentos jurídicos e as vocações dos candidatos?

## AVALIAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO: MEC E OAB

O ensino jurídico tem passado por profundas transformações nos últimos anos. O Ministério da Educação, antes do atual governo, limitava-se a cuidar dos procedimentos de autorização e de reconhecimento, referindo-se, grosso modo, à abertura e ao momento da formatura da primeira turma dos cursos, respectivamente. O primeiro visava à análise da proposta educacional e o segundo a sua efetiva implantação. Assim, após o reconhecimento, as faculdades praticamente não tinham mais contas a prestar junto ao governo dos serviços educacionais que ofereciam à sociedade. Se, com o tempo, a qualidade do curso sofresse um decréscimo ou, como é natural, sua proposta ficasse ultrapassada pelas transformações sociais, tal fato não era apurado,

pois não havia qualquer mecanismo institucionalizado para acompanhamento sistemático dos cursos.

Hoje, entretanto, além desses procedimentos, implementaram-se dois novos: a renovação de reconhecimento, que, dependendo da qualidade do curso, é conferida pelo prazo máximo de cinco anos, e o “provão”. O primeiro dirige-se às condições de oferta do curso pelas instituições de ensino, analisando-se suas instalações, corpo docente e projeto didático-pedagógico. O provão, por sua vez, tem por escopo a verificação da qualidade dos egressos, tendo em vista os parâmetros constantes da Portaria nº 1886/94 e das diretrizes curriculares estabelecidas por uma comissão de especialistas do Ministério.

A OAB, que fornecera elementos para a implantação da nova sistemática de avaliação realizada pelo governo, pois há muito se preocupava com a qualidade do ensino jurídico, acabou praticamente alijada deste processo de acompanhamento dos cursos, sob o argumento de que sua função restringia-se à fiscalização do exercício profissional e não à avaliação do sistema nacional do ensino universitário, papel que cabe exclusivamente ao Ministério da Educação. Assim, como uma forma de se fazer presente neste contexto, a OAB instituiu seus dois instrumentos de avaliação: o selo de qualidade “OAB Recomenda” e o “Provão da Ordem”, de indispensável aprovação pelo bacharel para o exercício da advocacia. Da mesma forma que os instrumentos do MEC, o primeiro volta-se para a verificação da qualidade dos serviços oferecidos pelas instituições de ensino e o segundo para o nível de conhecimento jurídico daqueles interessados no exercício da advocacia. Após o mencionado exame, a OAB divulga a *performance* dos diversos cursos de direito, apurando o percentual de aprovados dentre os inscritos de cada uma das instituições de ensino.

Observa-se, portanto, que nos últimos seis ou sete anos, o ensino do direito, que sofria pouca interferência externa, vê-se fiscalizado das mais diversas maneiras e por dois organismos distintos, que produzem constantes informações à sociedade, cujo julgamento final determinará seu sucesso ou insucesso.

Esta metodologia, independentemente de qualquer crítica à sua forma ou conteúdo, gerou uma movimentação das instituições de ensino dirigida ao aprimoramento dos cursos. Investiu-se em bibliotecas, laboratórios de informática e escritórios-modelo. Reformularam-se os projetos pedagógicos e patrocinou-se o aprimoramento acadêmico do corpo de professores, com

incentivo à continuidade dos estudos em cursos de especialização, mestrado e doutorado.

Quanto a este último ponto, vale ressaltar que o art. 52, inciso II, da LDB impõe às instituições de ensino que pelo menos 1/3 de seu corpo docente, até o ano de 2004, seja composto de mestres ou doutores. Ora, o ensino universitário, de uma maneira geral, busca seus professores no campo de trabalho, convidando profissionais bem sucedidos, que ingressam no magistério muitas vezes ao acaso. Esta nova atividade vai sendo desenvolvida *a latere*, lastreada apenas no conhecimento técnico-jurídico, sem considerar as peculiaridades do magistério, como a didática, o relacionamento professor-aluno, as técnicas de avaliação e assim por diante. Acreditamos, portanto, que o ensino jurídico, antes ministrado de forma empírica, caminha para a profissionalização, ou seja, aquela atividade secundária do magistério deverá ser encarada como uma atividade de mesmo nível de importância que a outra já desenvolvida pelo profissional da área.

O docente que vai à instituição de ensino apenas para ministrar aulas transforma sua disciplina numa ilha, faz dela um compartimento estanque, sem articulação com o restante do curso. A atividade docente implica diálogo, articulação com a direção do curso e com os demais professores, para fazer do curso um todo e de sua disciplina uma consequência da anterior e um pressuposto da próxima. Devem-se analisar as deficiências apresentadas pelos estudantes nas disciplinas ministradas anteriormente para suprimento naquelas que serão oferecidas posteriormente. Tudo isso sem descuidar do aspecto interdisciplinar de que todo curso precisa, para evitar a fragmentação de conteúdos.

No tocante ao aprimoramento acadêmico, o simples fato de portar um diploma de mestrado ou doutorado não constitui garantia de qualidade do trabalho docente. Até porque aqueles que se dedicaram exclusivamente aos estudos terão uma visão mais restrita do que os outros que compatibilizaram a prática com o aprofundamento acadêmico. Todavia, parece-nos inegável que aquele que se tenha dedicado com afinco à atividade acadêmica, durante o curso de mestrado, por exemplo, estará mais bem preparado para a docência do que antes de fazê-lo. Num bom curso de mestrado são abordados temas jurídicos de forma mais profunda e também assuntos de didática. O aluno do mestrado, ao produzir diversos trabalhos, aprimorara sua expressão escrita e oral, e para tanto deve ler muito, enriquecendo seus conhecimentos. Esse, portanto, o objetivo daquela regra da LDB.

Analisando as providências administrativo-pedagógicas das direções dos cursos e os processos de avaliação a que estes são submetidos, inferimos que o ensino jurídico não vai mal. Pelo menos há pensamento e ação. Ressaltemos, a esta altura, a importância do conteúdo das diretrizes curriculares para os cursos de direito. Ali fica disposto o que se quer do ensino jurídico, as habilidades que devem ser desenvolvidas nos alunos e o perfil profissional desejado<sup>1</sup>.

## **RESULTADOS DA FORMAÇÃO JURÍDICA E SUA AVALIAÇÃO NOS CONCURSOS PÚBLICOS**

Voltamo-nos à questão inicial: os candidatos estão realmente despreparados para o ingresso nas carreiras jurídicas que postulam ou as questões formuladas pelas bancas não estão adequadas às pretensões substanciais dos concursos? Talvez ambas as afirmativas estejam corretas.

De início, é importante perceber que as modificações implementadas no ensino jurídico datam de 1997 (embora seja a Portaria nº 1886 do ano de 1994, sua aplicação tornou-se obrigatória a partir de 1997). Levando-se em conta que o curso de direito deve ser cumprido em, no mínimo, cinco anos, as primeiras turmas estariam saindo dos bancos escolares no ano de 2002, não havendo tempo até agora, portanto, para que os concursos extraíam os proveitos decorrentes daquelas mudanças. Nem mesmo em 2002 isso será possível, já que as primeiras turmas foram aquelas que receberam o primeiro impacto, às vezes com tímidas propostas de alterações de cursos

---

<sup>1</sup> **Habilidades desejadas pelas diretrizes curriculares da comissão de especialistas de direito do Ministério da Educação:** 1 – leitura, compreensão e elaboração de textos e documentos; 2 – interpretação e aplicação do direito; 3 – pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e outras fontes do direito; 4 – correta utilização da linguagem – com clareza, precisão e propriedade – fluência verbal e escrita, com riqueza de vocabulário; 5 - utilização do raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica; 6 – julgamento e tomada de decisões; 7 – domínio de tecnologias e métodos para a permanente compreensão e aplicação do direito. **Perfil desejado do formando:** 1 – permanente formação humanística, técnico-jurídica e prática, indispensável à adequada compreensão interdisciplinar do fenômeno jurídico e das transformações sociais; 2 – conduta ética associada à responsabilidade social e profissional; 3 – capacidade de apreensão, transmissão crítica e produção criativa do Direito, a partir da constante pesquisa e investigação; 4 – capacidade para equacionar problemas e buscar soluções harmônicas com as demandas individuais e sociais; 5 – capacidade para desenvolver formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos individuais e coletivos; 6- capacidade de atuação individual, associada e coletiva no processo comunicativo próprio ao seu exercício profissional; 7 – domínio da gênese, dos fundamentos, da evolução e do conteúdo do ordenamento vigente; 8 – consciência dos problemas de seu tempo e de seu espaço.

há muito adormecidos. Ademais, tendo em vista o tempo de prática exigido para algumas carreiras, tais formandos somente terão acesso após 2, 3, ou até 5 anos de prática profissional, o que retardará ainda mais os efeitos da nova política educacional.

Quanto à primeira vertente do problema, qual seja, a melhora da qualidade dos candidatos, acreditamos que brevemente será percebida, bastando que se aguardem os promissores resultados deste novo direcionamento, implantado a partir da Portaria 1886/94, da nova LDB e do procedimento para a “fiscalização” dos cursos pelo Ministério da Educação e pela OAB.

Preocupa-nos, entretanto, a estagnação por que passam os concursos públicos de uma forma geral. Não são, ao menos, perceptíveis alterações substanciais quanto ao critério para escolha dos membros da banca (quando existe algum) ou no tocante à sistemática de elaboração de provas, por exemplo.

Em regra, as bancas são formadas por competentes profissionais de carreira, com conhecimento da matéria sobre a qual formularão as questões de prova, mas que não detêm, comum e obrigatoriamente, domínio pedagógico para, por meio de questões jurídicas, extrair dos candidatos aqueles demais aspectos não jurídicos, eventualmente tão importantes quanto os técnicos, como a consciência sobre os problemas de seu tempo e de seu espaço, capacidade para buscar soluções harmônicas com as demandas individuais e sociais, aplicação do direito com responsabilidade social e profissional e assim por diante.

Assim, os concursos acabam por possuir uma formatação que privilegia o conhecimento técnico, mas que desprestigia a vocação, a ética, a vontade, a disponibilidade e a disposição, aspectos aparentemente intangíveis, mas que podem, de alguma forma, ser apurados. Exemplifico: partindo do princípio de que é dado ao juiz solucionar o conflito e não terminar com os processos, seria de mais valia que fosse verificada sua capacidade conciliatória, numa lide, do que dele exigir uma solução processual altamente técnica que o levasse à extinção do processo sem julgamento do mérito, obrigando que a parte autora, detentora de um bom direito, ingressasse novamente em juízo para ver satisfeita sua pretensão. Por outro lado, é vital para o Estado que o pretendente da função de Defensor Público tenha facilidade de lidar com o público, em especial com pessoas carentes. Além disso, diferentemente do magistrado, a quem se impõe a sensatez e a ponderação, o Defensor deve ser um “guerreiro”, no mais puro espírito de que tratou Ihering em sua

obra **A luta pelo Direito**, já que digladiará no interesse de seus assistidos. E assim por diante.

Caminhando neste sentido, é importante que os candidatos a tais carreiras tenham uma visão crítica do fenômeno jurídico, de forma a criar soluções e não apenas repetir o que vem sendo dito. As transformações sociais impõem transformações jurídicas, que são elaboradas também, a par dos doutrinadores, pelos “operadores” do direito<sup>2</sup>. Para tanto, o candidato deveria demonstrar habilidade no manejo dos princípios e dos institutos jurídicos. Todavia, não é isto que as bancas de concurso demandam. Comumente, seus membros querem ouvir respostas prontas, não raro dadas por eles próprios em seus livros ou em notas de rodapé de autores estrangeiros, donde se verificará sua erudição. As questões são formuladas com o intuito de descobrir o que o candidato desconhece e não se ele possui o cabedal suficiente para exercer a função que se propõe. Há examinadores que se realizam ao saber que nenhum candidato conseguiu responder a questão por ele engendrada. Isto ocorre em virtude da posição muitas vezes assumida pelas comissões de concurso de que “nós sabemos tudo e os candidatos são despreparados”. Tal postura cria um distanciamento entre a banca e o candidato, portanto entre os membros das carreiras e os cidadãos, que vai se perpetuando, a partir do exemplo que é absorvido, pelos aprovados, em face da própria estrutura dos concursos.

Esta mentalidade talvez se justificasse em outras épocas, quando a afirmação dos poderes do Estado se fazia pelo contraste entre a ignorância do cidadão e a “enorme cultura” dos detentores do poder. Hoje as concepções de administração, inclusive do Estado, passam por um plano mais participativo. Poder do Estado e sociedade devem se completar, para que o primeiro seja um espelho dos anseios do cidadão. Atualmente, os movimentos de privatização, de desregulamentação das atividades econômicas, a criação da ONG’s, os programas do tipo “amigos da escola”, todos visam a uma participação maior da sociedade, permitindo acessibilidade ao poder através da divisão do trabalho, da atribuição de responsabilidades, dentro do princípio de que o homem comum talvez tenha mais possibilidade de encontrar remédios mais adequados para os seus próprios problemas, por conhecê-los melhor. O Magistrado, o Defensor Público, o Promotor, enfim todos devem estar mais próximos do cidadão comum (devem ser homens comuns), na busca

---

<sup>2</sup> Uma interpretação só se torna viva quando aplicada, o que se dá com a atuação dos “operadores”.

de melhores soluções para os conflitos individuais e coletivos.

Temos para nós que a primeira coisa a ser feita pelos dirigentes dos órgãos organizadores dos concursos é definir o perfil profissional adequado à função a ser exercida. O que se espera de um magistrado? E de um membro do Ministério Público? Que qualidades seriam fundamentais para um Procurador da República? O que vemos como indispensável a um Advogado da União ou a um Procurador de uma autarquia? Traçado o perfil, balizam-se, então, os parâmetros norteadores do exame de seleção e elege-se, mediante critérios técnicos, uma banca com aptidões pedagógicas específicas, não só na elaboração das questões, mas também na formatação do certame, capaz de pinçar o candidato mais ajustado ao que se pretende. Com isso, dá-se mais transparência aos concursos e minimizam-se os movimentos tendentes à imposição de controles externos nas instituições. Note-se: não por receio deles, mas por sua desnecessidade, já que as classes assumem, elas mesmas, posturas de abertura, ou, usando um termo preferido por alguns, de democratização.

Além disso, definido e bem divulgado o perfil profissional desejado, bem como as habilidades exigidas, o candidato, ciente do que dele se espera, pode trabalhar sua formação, buscando as competências específicas para a carreira que almeja.

Para que as observações aqui alinhadas não se percam no vazio, formulamos algumas modestas sugestões, visando a aprimorar, profissionalizar e democratizar os exames de seleção:

1 – Escolha de membros da banca focados no verdadeiro objetivo do certame e dotados de capacidade de reflexão sobre eventuais críticas;

2 – Elaboração de um documento em que estejam claros os objetivos do concurso, com perfil do candidato “ideal”, as habilidades que serão exigidas nas provas, o tipo de questão a ser formulada, a formatação do exame (cada etapa e suas metas), buscando-se, caso necessário, assessoria externa;

3 – Conscientização da banca, no sentido de privilegiar questões dirigidas a apurar se o candidato possui os conhecimentos necessários para o exercício da função (embora incluído no item anterior, sempre é bom lembrar!);

4- Divisão do concurso em duas etapas: a primeira, eliminatória, tendente à verificação dos conhecimentos técnico-jurídicos do candidato. Os aprovados nesta fase se submeteriam a avaliação por membros da banca ou

por técnicos especialmente designados durante um período de trabalho no auxílio de profissionais que se encontrassem no exercício da função (não só no aspecto técnico-jurídico, mas também sob a ótica ética e comportamental);

5 – Submissão dos aprovados a um período de treinamento;

6 – Acompanhamento rigoroso dos aprovados durante o período de vitaliciamento;

7 – Submissão das provas e dos critérios do certame à OAB, às universidades, aos cursos preparatórios para concursos e a toda comunidade jurídica, para críticas dirigidas ao aprimoramento, através de pesquisas e debates em eventos profissionais. ◆

# CONTRATO DE *SHOPPING CENTER*

**GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA**

*Professor Assistente de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro.*

## I. INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA DOS CONTRATOS CONTEMPORÂNEOS

Na realidade atual dos sistemas político-econômicos dos países, especialmente daqueles denominados capitalistas, mostra-se fundamental analisar os elementos dos institutos jurídicos que se relacionam à circulação da riqueza, especialmente em quadrante histórico de desafiantes crises e transformações políticas, econômicas, sociais, religiosas, morais e mesmo familiares. Tal análise não pode ser realizada sem a atenção voltada para o elemento teleológico dos próprios institutos, nunca deixando de observar que, por mais que os teóricos pretendam dissimular os verdadeiros fundamentos acerca da vida humana na realidade cósmica, nunca será demais lembrar que todas as nossas ações, arriscadas ou cautelosas, ao menos em tese, se dirigem a propiciar melhor qualidade de vida para aqueles que compartilham a existência no planeta Terra, e têm como destinatário final a pessoa humana, não somente integrante da presente geração, mas também das vindouras. Sob tal prisma se encaixa a visão contemporânea a respeito dos contratos que envolvem o uso, a fruição, e mesmo a disposição de bens de uso, bens de consumo, e bens de produção.<sup>1</sup>

Assim, cumpre ressaltar que, ao lado da propriedade - especialmente imobiliária, o contrato recebeu acentuado destaque nas codificações dos países ocidentais filiadas à família do direito continental (ou *civil law*), alicerçado nos princípios e valores que se reconheceram prevalentes em determinada

---

<sup>1</sup> A respeito do tema, em sede do enfoque dos vários conteúdos do direito de propriedade, importante lembrar as lições de Ricardo Pereira LIRA: “... o fato incontroverso é que hodiernamente não se pode admitir a mesmidade do conteúdo do direito de propriedade nos bens de uso, nos bens de consumo e nos bens de produção.” (**Campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Texto que serviu de base à conferência no evento comemorativo dos setecentos anos da Università Degli Studi di Macerata, na Itália, em 9 de maio de 1991). Rio de Janeiro: Gráfica Riex Editora, [s.d.], p. 17).

época histórica. Um dos principais postulados foi o da não-intervenção do Estado na economia interna das relações contratuais, somente sendo chamado o Poder Público, na sua função jurisdicional, no caso de descumprimento de certas cláusulas e obrigações, em nítido reconhecimento que a liberdade e a autonomia contratuais eram dotadas de quase completo absolutismo, resguardando o interesse das pessoas “livres”. No caso do Direito Civil brasileiro, as influências históricas e políticas da Europa continental foram sentidas com bastante intensidade, sendo importante destacar que muitas vezes institutos foram trazidos para o território normativo brasileiro sem a devida e necessária adaptação à realidade existente no país. O período de elaboração do projeto do Código Civil brasileiro, que remonta desde o final do século XIX até sua efetiva aprovação, em 1916, é marcado por uma economia “essencialmente agrária, dominada pelos latifúndios rurais e pelo predomínio, no campo filosófico, do pensamento liberal, da concepção de propriedade como expressão e extensão da personalidade e da liberdade do homem”.<sup>2</sup> De acordo com as concepções da ideologia liberal, tal como vigente à época, sobressaíam duas importantes figuras no cenário jurídico civilista: aquelas relativas ao proprietário e ao contratante. É curioso observar como os proprietários mereciam detido e peculiar tratamento por parte da legislação civilista codificada, daí a prevalência de certos princípios e características do patrimonialismo, do absolutismo e da liberdade irrestrita, rigorosamente cumpridos em atenção aos valores e dogmas introduzidos pela classe política e econômica dominante numa economia eminentemente voltada para o campo.

Normalmente, sob o argumento da existência de um suposto equilíbrio entre os contratantes, alguns deles – especial e principalmente relacionados à condição de proprietários de bens imóveis – mereciam maior tutela do ordenamento legal do que outros, ou seja, recebiam maior proteção do que os “contratantes-não proprietários”. Tal observação não escapou da atenção de Gustavo TEPEDINO: “*O legislador, refletindo o momento histórico em que estava inserido, privilegiou o ‘contratante-proprietário’ em relação ao ‘contratante-não proprietário’. A preocupação maior era a salvaguarda do patrimônio, cujo exercício contratualmente se transfere*”.<sup>3</sup> Diante de tais circunstâncias, e em coerência com os princípios e valores que buscou

---

<sup>2</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 139.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 139.

tutelar, o Código Civil de 1916 modelou o contrato de *locação de coisas* com reconhecimento da nítida proeminência do locador sobre o locatário, pressupondo, assim, que como titular de direito real sobre o bem locado – normalmente, como proprietário, ou equiparado a tal, como o enfiteuta –, o locador merecia ser tutelado de maneira mais ampla do que o locatário. Restava, desse modo, evidenciada a preocupação maior com o “contratante-proprietário”, comparativamente ao outro estipulante.

No que pertine aos imóveis urbanos, pouco tempo após o início de vigência do Código Civil de 1916, e especialmente em decorrência das mudanças operadas no cenário econômico mundial, produtores de consequências imediatas sentidas no Brasil, e de acontecimentos políticos e sociais em nível internacional, reconheceu-se a necessidade da intervenção estatal em vários institutos relativos à aquisição e utilização dos bens imóveis, como se costuma exemplificar no caso do contrato de locação de imóveis urbanos, através de sucessivas leis especiais, inicialmente tidas como temporárias e extravagantes.<sup>4</sup>

De acordo com fatores econômicos e sociais, a legislação especial sobre locação predial atuava ora de forma liberalizante em virtude da necessidade de dar maior atenção aos interesses do locador, ora de forma intervencionista, quando se buscava atender aos interesses do locatário, nas questões relativas a conflitos eternos entre situações proprietárias e situações não-proprietárias. Como observa Nagib SLAIBI FILHO, “*a legislação do inquilinato está estreitamente vinculada às políticas que têm sido adotadas pelos diversos governos, de variados matizes ideológicos, que tivemos desde a promulgação do Código Civil de 1916*”.<sup>5</sup> Logo, em matéria de legislação sobre locação de imóvel urbano, verifica-se a necessidade de se alcançar equilíbrio entre os vários interesses em jogo, daí os exemplos da Lei nº 6.649/79, mais protetiva ao inquilino, e da Lei nº 8.245/91, menos intervencionista, mas também adotando medidas de proteção ao locatário. É digna de destaque a advertência a respeito da possibilidade da legislação ser demasiadamente intervencionista, gerando a repulsa do mercado, ora por meio da inutilidade das regras com a sua

<sup>4</sup> Para uma análise mais detalhada sobre a evolução histórica da legislação em matéria de locação de imóveis urbanos, remeto o leitor ao emérito Silvio RODRIGUES. *Direito Civil*, v. 3, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 229 e ss.

<sup>5</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à Nova Lei do Inquilinato*. 9. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1996, p. 14.

conseqüente inoperância, ora através da retração e diminuição do número de imóveis para locação, agravando os setores habitacional e comercial, dois dos grandes causadores de litígios na pós-modernidade.

A função social da propriedade rompe seus limites dogmáticos e formais do campo dos direitos reais para ser reconhecida em outros segmentos do Direito Civil, especialmente nos contratos, legitimando a intervenção do Estado quer através de normas jurídicas, quer por meio de comandos administrativos<sup>6</sup>. O que se verifica nas avenças relacionadas à transferência de parcela das faculdades dominiais representa o aproveitamento econômico da coisa de modo a atender interesses especialmente relacionados ao “contratante-não proprietário”. Em termos gerais, a intervenção estatal na ordem econômica, voltada aos interesses particulares, se expressa sob dois aspectos importantes: a) pela restrição, nos contratos, da autonomia da vontade que, portanto, deixa de ser dogma e princípio absoluto, através do estabelecimento de um núcleo mínimo imodificável, como, por exemplo, em matéria de locação residencial, a imposição de limitações à retomada do imóvel, ou, como no caso de locação não-residencial, por meio da atribuição de algumas conseqüências a determinada conduta, com a previsão acerca do direito à renovação compulsória; b) pelo controle estatal, via função jurisdicional, quanto ao cumprimento e observância de tais limitações e conseqüências, com a imposição e aplicação de sanções ao infrator contratual.

A partir da Constituição Federal de 1988, houve mudança da tábua de valores reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo ruir determinados dogmas e princípios considerados inabaláveis, e a própria *summa divisio* entre direito público e direito privado. E, em cumprimento ao texto constitucional de 1988, algumas leis foram editadas e devem ser interpretadas em conformidade com os novos postulados constitucionais, imbuídos de solidarismo, humanismo e existencialismo, a prestigiar as

---

<sup>6</sup> Merece transcrição a séria e atual advertência de André Osorio GONDINHO a respeito do não-cumprimento da função social da propriedade imobiliária: “*A apropriação do solo, seja urbano, seja rural, para fins meramente especulativos, acaba por gerar um quadro de instabilidade social, violência, criminalidade e poluição, além de contribuir decisivamente para a concentração de riqueza e distribuição da miséria. Enfrentar esse abuso do direito de propriedade, violador de sua função social, é imprescindível para colocar o direito rente à vida, a serviço do homem e de suas necessidades vitais, contribuindo para a criação de uma sociedade justa e solidária como preconiza o texto constitucional.*” (“Função social da propriedade”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 399).

situações existenciais em detrimento das situações patrimoniais sem funcionalidade social.

Dentro dessa perspectiva, sobreveio a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, objetivando compatibilizar valores constitucionalmente tutelados atinentes à habitação e moradia (na locação de imóveis residenciais), ao fundo empresarial (na locação de imóveis não-residenciais) e à autonomia contratual.<sup>7</sup> Há, hodiernamente, o reconhecimento de que o contrato também possui função social que precisa ser cumprida, não havendo, pois, dissociação da noção da função social da propriedade (em suas várias espécies) aos vários negócios que contemplem aspectos dessa mesma propriedade. Gustavo TEPEDINO bem observou tal peculiaridade: “*opção legislativa de disciplinar o contrato de locação tendo em conta o seu aspecto funcional, reunindo sob o mesmo estatuto apenas as espécies locatícias que regulam interesses considerados dignos de tutela diferenciada pelo sistema constitucional, como a moradia, o fundo de comércio, a empresa como instituição social geradora de empregos*”.<sup>8</sup>

O *shopping center* representa novo instrumento da atividade econômica, típico dos países de feição econômica capitalista, utilizado na área de fornecimento de produtos e serviços, em uma sociedade de massa, integrada por uma coletividade ávida à prática do consumo, insuflada a tanto por meio do crescimento dos meios de comunicação e, ao mesmo tempo, da propaganda. Cuida-se de fenômeno econômico-social da pós-modernidade, originado nos Estados Unidos da América nos idos da década de 1950, que se espalha por outros países, inclusive o Brasil, nos anos seguintes. Daí a observação de Sílvio de Salvo VENOSA no sentido de que “*os centros de compras (...), hoje vão colocando-se como molas mestras do comércio, em todos os países, à medida que desenvolvem seu capital e dão oportunidade à economia privada (...), se transformam em centros de convivência*”.<sup>9</sup> Numa tradução literal da expressão inglesa, *shopping center* pode ser considerado na língua portuguesa como “centro de compras”, mas no seu desenvolvimento acabou por se transformar em centro de convivência, com ofertas de lazer, divertimentos e serviços dos mais variados, e não apenas de produtos para venda pelos comerciantes. Daí o motivo pelo qual a expressão inglesa

<sup>7</sup> Tal colocação foi feita por Gustavo TEPEDINO, numa análise do tema envolvendo algumas impressões sobre os artigos 1 a 26, da Lei nº 8.245/91 (**Temas de direito civil**, p. 137).

<sup>8</sup> *Idem*, p. 142.

<sup>9</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Nova Lei Inquilinato Comentada**. São Paulo: Atlas, 1992, p. 195.

foi aceita no vocabulário da língua portuguesa, e hoje consta formal e expressamente na legislação brasileira.<sup>10</sup>

Na sua origem norte-americana, os *shopping centers* (ou centros de compras comerciais) eram espaços a céu aberto, com a facilidade de oferecerem estacionamento para veículos e visavam à clientela, em regra, dos consumidores dos bairros dos subúrbios, daí sua localização comum ser fora dos centros urbanos. No Brasil, o fenômeno se repetiu basicamente com tais características, mas acabou também ocorrendo nas áreas de grande índice de urbanização, inclusive em bairros com alta taxa de ocupação populacional, normalmente em virtude do melhor poder aquisitivo do público-alvo.

Comparativamente aos estabelecimentos comerciais ou de serviços conhecidos como lojas tradicionais que abrem portas para a via pública, os *shopping centers* oferecerem “*maior segurança, melhor estacionamento, lojas sempre agradáveis, ‘avenidas’ largas e arejadas, ar condicionado tanto no interior das lojas quanto no mall, áreas de lazer para crianças e adultos, restaurantes, lanchonetes, enfim, as pessoas vão em busca de um programa de fim de tarde, ou de fim de semana, às vezes apenas passear ou encontrar os amigos, para não falar no glamour de estarem num ambiente sofisticado e bonito*”.<sup>11</sup> Tal é a importância do fenômeno que, dependendo de alguns fatores, é perfeitamente possível o fechamento de estabelecimentos tradicionais localizados nas vias públicas, diante da maior atratividade e segurança do consumo no *shopping center*.

De acordo com a entidade norte-americana que congrega os *shopping centers*, pode-se conceituar *shopping center*, sob o ponto de vista econômico, como “*um grupo de estabelecimentos comerciais unificados arquitetonicamente e construídos em terreno planejado e desenvolvido. (...) deverá ser administrado como uma unidade operacional, sendo o tamanho e o tipo de lojas existentes relacionados diretamente com a área de influência comercial a que esta unidade serve. (...), também deverá oferecer estacionamento compatível com todas as lojas existentes no projeto*”.<sup>12</sup> Nas palavras de Nardim Darcy LEMKE, *shopping center* pode ser considerado

<sup>10</sup> Veja-se, por oportuno, o emprego da expressão nos artigos 52, § 2º, e 54, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.245/91.

<sup>11</sup> LEMKE, Nardim Darcy. **Shopping Center**. Blumenau: Acadêmica Publicações, 1999, p. 26.

<sup>12</sup> PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping center, uma nova era empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 1.

como “um local planejado para os consumidores irem às compras e terem lazer; com maior segurança, sem as usuais dificuldades de estacionamento, e poderem contar com amplo espectro de lojas comerciais e de lojas prestadoras de serviços, de atividades diversificadas, muitas voltadas para o lazer e as diversões, organizadas de tal modo que haja uma convivência pacífica entre os lojistas, sem concorrência predatória, cobrindo grande número de necessidades humanas e contando com uma administração única e centralizada, que mantenha e melhore o **tenant mix**, sempre atualizando sua atuação no proveito recíproco de empreendedor e lojistas”.<sup>13</sup>

A partir de tais conceitos, alguns aspectos podem ser destacados, o que será feito por ocasião da referência às características do *shopping center*. No entanto, pode-se indicar uma diferença entre uma loja de *shopping center* e outra, concebida tradicionalmente. No *shopping center*, como regra, nenhuma loja deve abrir portas diretamente para a via pública, mas para o **mall**, com o objetivo de fazer com que as pessoas entrem no *shopping* e obrigatoriamente tenham que percorrer as diversas lojas lá existentes. Daí a razão e a importância da distribuição planejada e conseqüente alocação das lojas, fazendo com que os lojistas tenham que se submeter à organização e à administração do empreendedor do *shopping*.

Mister se faz então destacar algumas características do empreendimento do *shopping center*: a) há importante e necessário **planejamento do empreendimento**, o que permitirá alcançar o êxito pretendido no maior apelo à presença dos consumidores de serviços e produtos nos centros comerciais e de serviços, não sendo possível que qualquer um dos lojistas interfira na organização global do empreendimento; b) o **estabelecimento**, pelo **empreendedor**, do **tenant mix**, a saber, a “disposição estratégica das lojas, de acordo com o gênero de produtos oferecidos, bem como as escadas rolantes, os banheiros, os serviços de apoio, de modo a assegurar uma máxima utilização da estrutura organizacional e do potencial econômico, em benefício de toda a comunidade de lojistas”,<sup>14</sup> como conseqüência do próprio planejamento do empreendimento; c) **divisão dos espaços** localizados no interior do *shopping center* entre **lojas-âncora** ou magnéticas - as mais importantes e conhecidas, para permitir a atração do público-consumidor, em geral formando a clientela comum, representadas por grandes magazines

<sup>13</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 33.

<sup>14</sup> TEPEDINO, Gustavo, *op. cit.*, p. 144.

ou supermercados, lojas de departamento, em geral – e as **lojas-satélite** – aquelas que oferecem produtos e/ou serviços específicos e variados, não sendo tão conhecidas do público em geral – e os **centros de lazer** – como restaurantes, lanchonetes, bares, cinemas, teatros, pequenos parques de diversão; d) a submissão dos lojistas a **normas contratuais padronizadas**, permitindo equilíbrio de oferta sem concorrência predatória, e o aproveitamento racional dos espaços comuns – como benefícios de elevadores, escadas rolantes, estacionamento, por exemplo –, e a otimização do lucro nas atividades desenvolvidas no interior do *shopping center*. Diante de tais características, em termos de planejamento estratégico do *shopping center*, é normalmente reservado para a única loja-âncora daquele empreendimento o espaço dos fundos da construção, com o intuito de fazer com que os clientes tenham necessariamente que passar em frente das lojas-satélites, ao passo que na hipótese de haver duas lojas-âncoras cada uma deve ficar em extremidade oposta, ligadas por uma “alameda”, em havendo apenas um piso, ou localizadas em andares diferentes, quando há mais de um pavimento da construção.

A finalidade do *shopping center* é “*congregar e juntar, num mesmo local, de preferência fora dos centros urbanos, para facilitar a movimentação, o maior número possível de diferentes ramos do comércio, atividades empresariais, prestação de serviços para que o consumidor sinta-se, não só seguro em relação aos produtos a serem adquiridos, mas, igualmente, estimulado a adquirir o maior número de produtos*”.<sup>15</sup> Há, nesse particular, uma atividade de empreendimento que resulta de planejamento estratégico, proporcionando maiores benefícios aos consumidores em geral comparativamente ao comércio tradicionalmente desenvolvido fora de tais ambientes, mas que recebe contraprestação por tais benefícios, daí o valor dos produtos e serviços normalmente incluir um **plus** comparativamente aos preços cobrados por outros lojistas, não ocupantes de espaços em *shopping center*. Dentro dos fenômenos da vida contemporânea, principalmente relacionados aos grandes problemas sociais como a criminalidade crescente e a conseqüente insegurança social, o *shopping center* se apresenta como um lugar dotado de maiores vantagens e benefícios, inclusive nessa área, proporcionando um sentimento de melhor segurança e, conseqüentemente, maior bem-estar. Tal

---

<sup>15</sup> MONTEIRO, Franklin Delano do Rego, **A Nova Lei do Inquilinato**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 110.

ponto merece ser destacado principalmente por eventuais danos relacionados às pessoas em função da má-prestação de serviços de segurança pelo empreendimento, o que, em tese, pode ensejar a responsabilização civil objetiva do empreendedor, em alguns casos gerando obrigação solidária entre lojista e empreendedor. A respeito de tal ponto, merece destaque trecho do trabalho de Franklin Delano do Rego MONTEIRO, cuidando especificamente sobre furto de automóveis em estacionamento do *shopping center*: “...a idéia dos shopping centers está estreitamente ligada ao automóvel, eis que, sem eles, tornar-se-ia impossível a grande quantidade de compras, feitas pelos usuários, eis que se torna bastante difícil a verificação de casos onde as pessoas, após compras em grande quantidade nos centros comerciais, se utilizem de outros meios de locomoção para retorno a suas casas (ônibus, metrô etc.), a não ser um automóvel. O fato primordial para a apuração da responsabilidade dos shopping centers, em caso de furto ou dano em veículo, certamente será o de que, embora gratuito, sempre haverá responsabilidade do shopping, tendo em vista ter o dever de vigilância pela contrapartida em oferecer ao seu usuário a proteção e guarda necessária, a verdadeira prestação de serviços, com o intuito de angariar e aumentar a sua clientela”.<sup>16</sup>

Costuma-se separar a organização do empreendimento do *shopping center* sob três aspectos,<sup>17</sup> a saber: o econômico, o estrutural e o administrativo. Sob o aspecto econômico, o *shopping center* corresponde a um edifício dividido racionalmente em seus vários espaços, alguns de uso exclusivo, outros de uso comum, normalmente construção requintada, dotado de lojas atraentes e de bom gosto, atraindo a atenção do público consumidor, inclusive para atividades de entretenimento e lazer. Quanto ao estrutural, o *shopping center* é um centro de compras, previamente planejado, e em constante aperfeiçoamento, tecnicamente disposto em um *mall*, com corredores, avenidas, galerias, praças, ruas, que dão acesso às lojas e por onde circulam as pessoas, com um *tenant mix* ou seja, a distribuição dos espaços físicos dos estabelecimentos no interior do *shopping*, impedindo a concorrência predatória entre os lojistas e oferecendo um padrão de qualidade ao público consumidor, tudo isto submetido a uma convenção que contém normas ge-

---

<sup>16</sup> *Idem*, p. 114.

<sup>17</sup> Tal análise é apresentada por Nardim Darcy LEMKE, no seu livro *Shopping center*, *op. cit.*, p. 30 e ss.

rais aplicáveis a todos, lojistas e consumidores, a um Regimento Interno e a um estatuto da associação de lojistas, que visa a estabelecer os vínculos e efeitos jurídicos e econômicos entre empreendedor, lojistas e administrador. Finalmente, sob o prisma administrativo, é fundamental que o *shopping center* conte com um administrador, que pode ser o próprio empreendedor, com a missão e incumbência de “*controlar, disciplinar, fiscalizar, manter, alterar e conservar as áreas comuns, o pessoal que trabalha para o empreendedor; cuidar do material, da segurança, vigilância e iluminação das partes comuns, dentre outras atividades*”.<sup>18</sup>

A respeito da natureza jurídica do *shopping center*, sob o prisma dos direitos reais existentes sobre o imóvel construído, são variadas as possibilidades, como se verifica na prática de tais empreendimentos no Brasil. Assim, é importante observar se, em termos de direito real de propriedade, existe propriedade individual em favor de uma única pessoa, natural ou jurídica, ou se há situação condominial e, portanto, compropriedade titularizada por várias pessoas, naturais e/ou jurídicas. Não cabe, nos estreitos limites deste trabalho, analisar as várias nuances possíveis, mas sim uma breve referência acerca das questões mais complexas sobre o tema. Na eventualidade da organização do *shopping center* tomar a forma de condomínio, conhecido como condomínio comum, ordinário ou do Código Civil, é possível que os próprios comproprietários resolvam exercer atividades comerciais ou de prestação de serviços, com o estabelecimento de lojas próprias. Tal possibilidade gera uma certa instabilidade diante da regra prevista no artigo 623, inciso I, do Código Civil, que autoriza a cada condômino usar livremente a coisa de acordo com o seu destino. Contudo, em se tratando de *shopping center*, como o tipo de comércio ou de serviço obedece a um *mix*, essencial para o bom funcionamento do empreendimento e do sucesso da atividade empresarial, não pode o condômino alterá-lo sem o consentimento do empreendedor e dos demais lojistas. Da mesma forma, o artigo 628, do Código Civil expressamente proíbe a alteração da coisa comum sem o consenso dos demais, o que permite a segurança dos outros condôminos quanto à inalterabilidade da destinação do ramo de comércio ou de serviço instalado por um dos condôminos no imóvel.

---

<sup>18</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 31.

Outra possibilidade quanto à natureza jurídica do *shopping center* se refere à circunstância de ele ter se constituído sob a forma de condomínio horizontal, regido, por conseguinte, pela Lei nº 4.591/64, por destinação do proprietário, ou por incorporação. Neste caso, cada condômino será proprietário individual de sua unidade autônoma, divisível, e condômino das partes comuns, como por exemplo quanto aos espaços do estacionamento, dos corredores, das escadas rolantes, das ruas, das galerias, das praças. Como se sabe, nos termos do sistema construído pela Lei nº 4.591/64, há combinação de traços de propriedade individual e exclusiva sobre as unidades independentes e autônomas, e de condomínio sobre as áreas comuns. Haverá um síndico do condomínio especial, sendo que o artigo 10, inciso III, da Lei nº 4.591/64, proíbe a qualquer um dos condôminos dar destinação da unidade a utilização diversa da finalidade do prédio. Em conformidade com a legislação em vigor, é obrigatória a formulação da convenção condominial que, observando os requisitos legais, terá força de lei entre as partes e seus sucessores e os que com eles contratam, inclusive o público-consumidor.

Outra natureza possível do *shopping center*, apontada na doutrina, é a da sua organização sob a forma de uma sociedade, civil ou comercial, ou sob a forma análoga, de consorciação (o consórcio ou a *joint venture*)<sup>19</sup>. É importante observar que, em nenhuma dessas modalidades de organização do *shopping center*, há aplicação dos artigos 52, § 2º, e 54, da Lei nº 8.245/91, considerando que não haverá mera cessão de uso de espaço físico no local, mas sim haverá exploração dos negócios pelos próprios proprietários ou empresas consorciadas ou integradas. Exatamente diante das peculiaridades das várias possibilidades de organização do *shopping center* que a doutrina comentou: “*Os centros comerciais precisam ser organizados em forma de locação dos contratos firmados pelo empreendedor com os lojistas*”.<sup>20</sup> A vantagem do empreendedor ser o único proprietário do imóvel construído permite a observância das características apontadas, além de propiciar sua participação no faturamento bruto dos lojistas, o que não ocorrerá em outros casos de organização do *shopping center*.

De acordo com a natureza jurídica do *shopping center*, e conseqüentemente do tipo de vínculo que se estabelece entre as pessoas que exploram

---

<sup>19</sup> Para um aprofundamento sobre tal tema, remeto o leitor para a obra de Nardim Darcy LEMKE, *op. cit.*, p. 43 e ss.

<sup>20</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 45.

suas atividades no empreendimento, há duas formas de elaborar o documento básico que regulará as relações entre empreendedor e lojista: a) se a organização se der sob a forma de condomínio, elaborarão a escritura pública de convenção condominial; b) em havendo um único proprietário, seja pessoa física ou jurídica, e, portanto, apenas um empreendedor, será elaborado o documento conhecido como normas gerais complementares.

### III. RELAÇÕES ENTRE O EMPREENDEDOR E OS LOJISTAS

#### **A natureza jurídica dos contratos de cessão de uso de espaços em *shopping center*.**

Em não sendo adotado o modelo condominial em matéria de *shopping center*, surge a questão atinente à natureza jurídica dos contratos celebrados entre o empreendedor e os lojistas, especialmente relacionados à cessão de uso de espaços no interior da construção arquitetonicamente planejada para abrigar lojas de produtos e serviços, de acordo com estratégia traçada pelo empreendedor. Desde a década de 1980, no Direito brasileiro, há acirrada discussão doutrinária, com reflexos na jurisprudência anterior, a respeito da natureza jurídica do negócio jurídico estabelecido entre o lojista e o empreendedor. O grande ponto controverso se referia ao enquadramento de tal negócio jurídico como locação comercial (ou, numa terminologia mais atualizada, locação não-residencial) ou como outro tipo de contrato.

Podem-se, com efeito, apontar três principais correntes doutrinárias surgidas no Direito brasileiro sobre tal tema, ora defendendo a aplicação da renovação compulsória, ora negando tal possibilidade. O tema pode ser encarado, de acordo com as três posições defendidas, da seguinte forma: i) trata-se de contrato de locação normal; ii) existe outra natureza que não a de contrato de locação desta avença; iii) cuida-se de locação *sui generis* com a presença de cláusulas atípicas, inseridas em razão das peculiaridades do próprio empreendimento realizado.

O saudoso Orlando GOMES considerou tal negócio como contrato atípico, negando a aplicação do Decreto nº 24.150/34 aos contratos firmados entre empreendedor e lojistas quanto aos espaços por estes ocupados em *shopping center*. A argumentação a respeito da inadmissibilidade de se considerar tais contratos como sendo de locações comerciais se baseava no próprio conteúdo das obrigações assumidas pelo lojista. Para o famoso civilista, além das obrigações do lojista não serem a de um locatário, a

intenção dos contratantes não é ceder, uma a outra, a fruição de uma coisa em troca de uma remuneração em dinheiro: “*É outro. Fundamentalmente tirar proveito da organização do empreendimento, isto é, obter ganhos, participando do sucesso comercial de cada unidade isolada*”.<sup>21</sup> Daí a conclusão de a motivação econômica do contrato em questão ser diversa de uma locação, o que significava dizer que o contrato é atípico. Alfredo BUZAID também defendeu a natureza atípica do contrato de *shopping center*, apontando que o empreendimento consistente no *shopping center* tem o seu próprio aviamento em virtude do conjunto de elementos que o compõem, como o capital investido e o pessoal que nele trabalha, chegando a chamá-lo de contrato de empreendimento.<sup>22</sup>

Darcy BESSONE, da mesma forma, considerou tal contrato atípico, por entender que o uso do espaço físico não era predominante, ou que se retirado do *shopping*, ele não continuaria o mesmo. Dizia ele: “*A idéia predominante nas relações entre o empreendedor e os lojistas é a atividade comum organizada, que não pode prescindir dos serviços internos*”.<sup>23</sup> Tal jurista chegou a propor um anteprojeto de Lei, buscando tipificar tal contrato sob o *nomem iuris* de ‘*comunidade empresarial vendedora*’.”

O argumento mais importante para a corrente que considera atípico o contrato de *shopping center* entre empreendedor e lojistas se consubstancia no esforço conjunto de ambas as partes, conforme bem observou Nardim Darcy LEMKE,<sup>24</sup> já que não haveria a simples cessão de uso e fruição de um espaço físico localizado no interior do *shopping*, mas sim a cessão de outros benefícios e vantagens. Daí a consideração a respeito da natureza jurídica deste contrato como quase um *contrato de sociedade*, com a peculiaridade de que o empreendedor tem um fundo de comércio próprio e, cada lojista, do mesmo modo, tem seu próprio fundo de comércio. Tal doutrina “*não protege o lojista e nada tem de inocente ...*”.<sup>25</sup>

Alexandre Agra BELMONTE considera a relação entre empreendedor e lojistas como um contrato de sociedade em conta de participação atípico, já que o empreendedor tem interesse nos rendimentos obtidos pelos lojistas,

<sup>21</sup> *Apud* LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 53.

<sup>22</sup> *Apud* TEPEDINO, Gustavo, *op. cit.*, p. 143.

<sup>23</sup> BESSONE, Darcy. “O *shopping center* na lei do inquilinato”. *Revista dos Tribunais*, v. 680, p.29.

<sup>24</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 61.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 62.

havendo cláusula atípica, qual seja, a não-participação do empreendedor nos prejuízos sofridos pelo lojista. Justifica a *res sperata* como pagamento feito para a própria construção e a viabilidade futuras do *shopping center*, daí sua afirmação de que empreendedor e lojistas são sócios na construção, com os lojistas comprando do empreendedor seu espaço, e este participando dos resultados através do aluguel sobre o faturamento bruto. O autor reconhece que além do contrato de sociedade devem ser considerados outros contratos, como os de locação, de incorporação imobiliária, entre outros.<sup>26</sup>

Sucedem que vários elementos integrantes e necessários para a configuração do contrato de sociedade não se verificam em relação às avenças celebradas entre empreendedor e lojistas. Consta-se que não há *affectio societatis* nas relações entre estes, demonstrando a falta de requisito essencial para a formação e subsistência de uma sociedade. Ademais, “*não pode haver uma sociedade em que um dos sócios apenas participe de lucros e benesses, e não divida as angústias e prejuízos com o outro sócio*”.<sup>27</sup> ou seja, o empreendedor nunca participa dos prejuízos do lojista, tendo assegurado em seu favor aluguel mínimo, mesmo na eventualidade de prejuízo do lojista naquele período.

Darcy LEMKE considera “*a relação como nitidamente locatícia, com algumas cláusulas atípicas, que não desfiguram a relação ex locato*”,<sup>28</sup> por considerar que a cessão do uso do espaço físico é predominante na relação contratual, sendo que os demais benefícios colocados à disposição do lojista são complementares ao contrato de locação, objetivando dar à locação do uso e gozo do espaço físico o melhor resultado possível, o que representa, para o empreendedor/locador, o maior aluguel possível. Nos *shopping centers*, “*loca-se o uso de um espaço físico e a fruição das utilidades existentes no edifício que compõe o centro comercial (mix, partes comuns, estacionamento etc.), entre cujas utilidades se inclui a administração central, paga pelos locatários...*”,<sup>29</sup> não desfigurando o objetivo principal, qual seja, a cessão do espaço físico. Há cláusulas atípicas, não previstas no modelo

<sup>26</sup> Apud LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 49-51.

<sup>27</sup> SOUZA, Sylvio Capanema. “A locação de espaços em *Shopping Centers* e a Ação Renovatória”. In: *Livro de Estudos Jurídicos*, nº 1. TUBENCHLAK, James & BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (coord.). Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 259.

<sup>28</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 63.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 67.

legal do contrato de locação não-residencial, desde que não sejam lesivas ao espírito da lei, à ordem pública e aos bons costumes. “*Inexiste, no contrato de locação mantido pelo empreendedor com o lojista, qualquer possibilidade de se falar em contrato complexo. Existem realmente várias cláusulas, algumas centrais e outras colaterais, mas estas não podem subsistir por si sós, desvinculadas da locação do espaço físico, enquanto as cláusulas que dizem respeito à cessão do espaço físico podem resistir isoladamente, como, **verbi gratia**, não há real necessidade de associação de lojistas, nem de fiscalização*”.<sup>30</sup>

Realmente, as avenças relacionadas à fiscalização do movimento do lojista, ao fundo de contribuição para propaganda e promoções, que não são próprias de uma locação, não são essenciais nas relações jurídicas entre as pessoas que desempenham suas atividades econômicas no ramo de *shopping center*. “*No caso dos **shopping centers**, há uma coligação de contratos com dependência unilateral (todos os contratos firmados dependem do contrato de locação). Os contratos se agregam, mas cada um permanece com sua individualidade própria, formando tão-somente uma unidade econômica. Caindo a locação, deixam de existir os demais, que restam sem objeto*”.<sup>31</sup>

Mesmo no período anterior à edição da Lei nº 8.245/91, deveria o contrato-base ser o contrato de locação não-residencial, autorizando a renovação compulsória com a presença dos requisitos necessários para tanto. Assim, aplicam-se as regras da locação nas relações entre empreendedor e lojistas, salvo aquelas que contrariem a maior liberdade e autonomia diante das particularidades do *shopping* e que com elas sejam incompatíveis, o que, no entanto, não torna atípica a locação de espaço em *shopping center*. A Lei nº 8.245/91, nesse particular, resolveu a controvérsia doutrinária, ao prever nos arts. 52, § 4º e 54 a aplicação de alguns institutos da locação predial nas relações entre empreendedor e lojista, especialmente no que toca ao direito à renovação do contrato de locação. No entanto, reconhecendo a especialidade de relação locatícia, o texto legislativo estabelece regra asseguradora da prevalência das condições livremente pactuadas, o que não desnatura a tipicidade do contrato de locação. Evidentemente que a própria atividade desenvolvida pelo empreendedor deverá ser considerada nas relações entre os contratantes, além das peculiaridades inerentes ao *shopping center*, pois do

---

<sup>30</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 73.

contrário nada mais haverá do que uma reunião não-planejada e não-organizada de estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, de modo heterogêneo, o que contraria o fenômeno apontado.

Além da locação, alguns contratos normalmente serão celebrados entre o empreendedor e os lojistas, como a convenção que estabelece as normas gerais de funcionamento do *shopping center*, a que estão vinculados os atuais e futuros lojistas, o negócio jurídico de ingresso do lojista à associação dos lojistas para propaganda institucional do *shopping center* como um todo e, conseqüentemente, de divulgação das promoções gerais. Com base na doutrina de Nardim LEMKE, “*o estatuto básico e fundamental das relações entre o empreendedor e os lojistas é o das Normas Gerais Complementares do Contrato de Locação, que fixa as linhas mestras das futuras relações entre as partes. A ele se somam o contrato de locação, o regimento interno do centro comercial, o fundo de promoções coletivas e a associação de lojistas*”.<sup>32</sup> As Normas Gerais de Funcionamento de todo o empreendimento estão contidas numa convenção – ou contrato-tipo - que estabelece as regras normativas de funcionamento de todo o empreendimento, vinculando todos os lojistas, os atuais e os que venham a ser naquele *shopping center*. Tais normas gerais contêm cláusulas comuns a todos os contratos, com a finalidade de uniformizá-las, de forma que as demais avenças, como o contrato de locação, o regimento interno, o fundo de promoções coletivas, a associação dos lojistas e a administração do centro comercial já estejam previamente delimitadas em suas cláusulas gerais, o que faz com que a redação dos demais contratos fique deveras facilitada.<sup>33</sup> A função da convenção consistente nas Normas Gerais Complementares é permitir a efetiva implantação e aplicação da atividade do *shopping center*, assegurando a homogeneidade naquilo que é próprio do empreendimento, e a cooperação de todos para o êxito das atividades comuns, subordinando os

---

<sup>32</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 47.

<sup>33</sup> Visando propiciar uma idéia genérica sobre o conteúdo de tal convenção, veja o comentário de Maria Helena Diniz: “*O empreendedor celebrará contrato com os lojistas, por instrumento particular, com cláusulas invariáveis pela incorporação dos direitos, deveres e restrições impostas nas normas gerais complementares, prevendo-se o pagamento de despesas como consumo e manutenção de ar condicionado, a filiação obrigatória à associação dos lojistas, a contribuição para as promoções coletivas, o dever de manter estoque de mercadorias, a salvaguarda do padrão de comércio dos demais lojistas, a obrigação de não lesar os outros lojistas e a clientela, a obrigação de permitir que o administrador do shopping ingresse em sua loja para fazer reparos nas instalações etc...*” (**Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 225/226).

diversos interesses individuais dos lojistas ao interesse geral e coletivo de todos, empreendedor e lojistas. Há, por certo, a verificação de que o poder de atração exercido pelo empreendimento se refletirá no êxito de todos os lojistas, individualmente considerados nas suas atividades próprias e, logicamente, no sucesso do empreendedor. Nesta convenção, o empreendedor “*organiza e planeja, para o local, de acordo com a sua conveniência, as atividades mais rentáveis, impondo ao lojista as suas condições pessoais*”.<sup>34</sup>

O negócio jurídico, que resulta no estatuto da Associação dos Lojistas, é normalmente elaborado pelo empreendedor, sujeitando todos os lojistas às regras ali previamente colocadas, e tem como função a divulgação e a promoção do *shopping center*, o estabelecimento e desenvolvimento de boas relações entre os lojistas, e entre estes e o empreendedor, o estabelecimento de troca de experiências, a iniciativa e efetiva organização de promoções e liquidações, em conjunto e nunca isoladamente, destinadas a incrementar as vendas, tutelando e amparando os interesses dos lojistas perante os órgãos públicos e outras entidades.<sup>35</sup>

Normalmente, antes da construção do *shopping center*, o futuro lojista e o empreendedor celebrarão um contrato, a título de direito de reserva de localização, consoante o qual o primeiro se obriga a pagar certa quantia periódica, durante o período da construção do prédio, permitindo que o empreendedor reúna recursos suficientes que permitam a realização da obra de construção, além de permitir a imediata organização e planejamento do *shopping*, quantia periódica paga até o término da obra. Tal avença tomou o nome de *res sperata* - coisa esperada -, e não se confunde com as luvas, porquanto estas se relacionam ao valor econômico do fundo de comércio, ou seja, o fundo constituído pelas atividades desenvolvidas pelo lojista e sua capacidade de captação de clientela naquele espaço onde será desenvolvida sua atividade. Acertada, pois, a posição de Gustavo TEPEDINO a respeito da distinção entre *res sperata* e as tradicionais luvas: *a res sperata* é a forma de “*remunerar a atividade de organização e planejamento posta à disposição do conjunto de lojas, independentemente do fundo de comércio*

---

<sup>34</sup> MONTEIRO, Franklin Delano do Rego, *op. cit.*, p.110.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 110-111.

*pertencente ao lojista e que se traduz nas luvas, hoje asseguradas pela Lei nº 8.245/91*".<sup>36</sup> Tal contrato é perfeitamente legítimo e lícito em razão do planejamento a cargo do empreendedor, considerando a necessidade de as locações serem devidamente programadas, não apenas para atender às exigências e desejos do futuro público consumidor, diante da maior facilidade em escolher e adquirir produtos e serviços, como também para garantir a maior qualidade das ofertas, tudo desenvolvido num ambiente dotado de maior conforto e segurança. Daí a importância do *tenant mix*. Aponta-se que, na atividade de planejamento e organização do empreendimento, o empreendedor obrigatoriamente precisa realizar certas providências, como, por exemplo, proceder à análise do perfil do consumidor, resolver a respeito dos locais das lojas-âncoras e lojas-satélites, programar a distribuição equilibrada das lojas de modo a evitar concorrência maléfica, inserir as atividades de lazer e de serviços os mais variados e o estacionamento, sendo que será indispensável a observância rigorosa pelos lojistas do projeto elaborado pelo empreendedor, com planificação e estudos técnicos para o *shopping*.

#### IV. CONTRATO DE ADESÃO SUJEITO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Considerando os contornos dogmáticos dos contratos celebrados entre empreendedor e lojista, especialmente o elemento teleológico dos contratos em geral numa visão contemporânea, surge a seguinte questão: o contrato de locação entre lojista e empreendedor, como o mais importante daqueles que as partes podem celebrar nas atividades desenvolvidas no âmbito de um *shopping center*, é **contrato de adesão**?

Inexiste dúvida acerca da circunstância de que o lojista se limita a apor a sua adesão aos vários contratos previamente elaborados pelo empreendedor, especialmente em razão da necessidade de homogeneização das avenças e condições de desenvolvimento das inúmeras relações jurídicas que passam a existir no empreendimento. A despeito de alguma divergência original na doutrina, é certo que o contrato de adesão não perde a sua natureza de negócio jurídico bilateral porquanto exige o concurso de vontades, não sendo resultado de vontade unilateral de apenas um dos estipulantes. *“No caso dos shopping centers, as Normas Gerais Complementares são*

---

<sup>36</sup> TEPEDINO, Gustavo, *op. cit.*, p. 145.

*elaboradas exclusivamente pelo organizador e a elas deve aderir o lojista, por referência expressa feita no contrato de locação”.*<sup>37</sup>

É importante observar que tal negócio jurídico (de adesão) é um contrato, mas de natureza jurídica distinta dos contratos em geral, daí a razão pela qual merece ser tratado, inclusive na sua interpretação, de maneira diferente. O juiz deve exercer um controle mais rigoroso na interpretação de tais contratos, evitando as lesões, dentro de princípios contemporâneos de lealdade, boa-fé objetiva, do equilíbrio das prestações e da vulnerabilidade da parte contratual mais fraca.<sup>38</sup> Assim, por exemplo, o juiz poderá temperar a aplicação de cláusulas excessivamente rigorosas ou draconianas; poderá considerar que determinadas cláusulas não foram suficientemente compreendidas por uma das partes (o aderente); poderá interpretar o contrato em desfavor do estipulante e em favor do aderente.

Apesar da importância do tema envolvendo o contrato de locação entre empreendedor e lojista e sua inserção como contrato de adesão, normalmente a doutrina não enfrenta a matéria, passando ao largo a respeito de tal análise. Pode ser apontada a posição de Nardim LEMKE, para quem “*o contrato de locação firmado entre o lojista e o empreendedor de shopping center é um contrato de adesão, pois o locatário adere a contratos previamente preparados, cujo conteúdo não pode discutir, embora não seja forçado a contratar, nem haja um estado de oferta pública permanente. Presentes estão, nesse contrato, a contratualidade meramente formal, a determinação uniforme do conteúdo e a inegotabilidade do esquema contratual, pois todos os contratos firmados com os diversos lojistas sempre têm o mesmo conteúdo e forma, sem que ao locatário seja dado discutir suas cláusulas, impostas em bloco. O livre consentimento é substituído pela adesão a cláusulas previamente elaboradas pelo empreendedor*”.<sup>39</sup>

Assim, pode ser trazida à colação a noção conceitual contida no artigo 54, da Lei nº 8.078/90 – conhecida como o Código de Defesa do Consumidor – consoante a qual o contrato de locação de uso e fruição de espaço físico

---

<sup>37</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 101.

<sup>38</sup> Tais princípios, na moderna dogmática dos contratos, decorrem de princípios constitucionais que têm direção concreta às relações jurídicas privadas, como os princípios da solidariedade social com diminuição das desigualdades, da igualdade substancial (e não apenas formal), da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa imbuídos da função social.

<sup>39</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 108.

em *shopping center* é contrato cujas cláusulas foram estabelecidas unilateralmente pelo empreendedor, sem que o lojista possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo. Por óbvio que algumas cláusulas poderão ser incluídas, modificadas ou excluídas, mas desde que não altere substancialmente o conteúdo do contrato, em especial aquelas que se relacionam às atividades ínsitas e caracterizadoras do empreendimento do *shopping center*. A Convenção que estabelece as Normas Gerais Complementares ao contrato de locação representa, do mesmo modo, um contrato-*standard*, padronizado e, portanto, igual para todos os lojistas. O locatário, em *shopping center*, nunca terá posição igual à do locador/empreendedor, sendo questionável se o dono de lojas-âncoras poderia estar em igualdade de condições com o locador. Apesar de evidentemente as lojas-âncoras gozarem de maior poder econômico e, por conseqüência, de receberem tratamento diferenciado em relação aos demais lojistas, sua posição nunca poderá ser considerada igual à do empreendedor, pela simples circunstância de que quem organiza, planeja e administra o empreendimento é este último, daí também a adesão que o locatário, dono de uma loja-âncora, precisa realizar, submetendo-se às condições e cláusulas prefixadas pelo locador. Quanto ao lojista de loja-satélite, não há dúvida a respeito da absoluta desigualdade e desequilíbrio econômico relativamente ao empreendedor. Vale ressaltar que todos os lojistas, como regra, realizarão grandes investimentos, participando do empreendimento do *shopping center* desde antes de sua abertura, mediante o pagamento da *res sperata*, obrigando-se a aderir às cláusulas e condições que lhe são impostas pelo empreendedor, o que demonstra a relação contratual fundada na adesão ao previamente estabelecido.

Outro ponto relevante, muitas vezes não discutido a contento pela doutrina e jurisprudência, se refere à seguinte questão: a locação celebrada entre lojista e empreendedor está disciplinada no Código de Defesa do Consumidor?<sup>40</sup>

Como foi apontado, a ideologia liberal prevalente no século XIX e início do século XX, em matéria de contratos, se fundamentava em determinados princípios e valores como o da liberdade de contratar, o da autonomia da vontade, sob o argumento de que os contratantes eram pessoas dotadas de plenas condições de estabelecerem as regras do conteúdo

---

<sup>40</sup> A respeito do tema, remeto o leitor para a obra de Nardim Darcy LEMKE (*Shopping Center, op.cit.*, capítulo VII, p. 115 e ss.).

interno da relação contratual, possuindo posições jurídicas de igualdade, o que, na prática, representava mera igualdade formal, sendo desconsideradas as vulnerabilidades e, conseqüentes desigualdades materiais. Com a evolução dos tempos, especialmente das próprias relações jurídicas privadas, comprovou-se o fracasso da noção absoluta, completa e exauriente daqueles princípios e valores - daí a adoção de determinadas políticas de ordem jurídica, econômica e social, destacando-se a intervenção do Estado nas relações contratuais que ingressava na ordem econômica. No campo das relações de massa ou consumo, verificou-se a insuficiência do modelo codificado para reger tais relações, daí a própria noção dos contratos de adesão e de suas conseqüências que foi construída pela doutrina, atualmente constante do direito positivo brasileiro.

O Código de Defesa do Consumidor - a Lei nº 8.078/90 -, no parágrafo único do art. 2º equipara ao consumidor toda a coletividade das pessoas que haja intervindo nas relações de consumo, incluindo-se pessoas jurídicas<sup>41</sup>. Com base na concepção de Cláudia Lima MARQUES, para quem o contrato deve ser entendido no contexto de sua função social, é importante buscar evitar o desequilíbrio de forças entre os contratantes. A autora aponta três tipos de vulnerabilidade: a) a técnica; b) a jurídica; c) a fática. *“Todas elas são presumidas em relação ao consumidor não-profissional, mas não para o profissional, destacando-se que a vulnerabilidade jurídica do comerciante deve ser por ele próprio suprida mediante a consulta a profissionais especializados”*.<sup>42</sup> Nardim LEMKE, com base nos artigos 2º, parágrafo único e 17, ambos do Código de Defesa do Consumidor, defende a posição de aplicação mais ampla possível das normas e princípios constantes da legislação que tutela as relações de consumo: *“Penso que a interpretação mais ampla é a que melhor se adapta à nossa lei. O CDC intencionalmente ampliou a*

---

<sup>41</sup> Relembre-se o conceito do consumidor, constante do *caput* do artigo 2º, da Lei nº 8.078/90: *Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Fornecedor, nos termos do artigo 3º, caput, do texto legal, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

<sup>42</sup> *Apud* LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 121. O autor sustenta que Cláudia Lima MARQUES abandonou posição anterior, incluída entre os maximalistas, no sentido de que as normas do Código de Defesa do Consumidor fossem aplicadas a todas as relações de consumo, e que se referiam a todos os agentes do mercado, ora como fornecedores, ora como consumidores (*op. cit.*, p. 120).

*esfera de sua aplicação, definindo o consumidor de forma ampla e permitindo incluir, mais, pessoas que se encontrem em situação assemelhada”*.<sup>43</sup>

Arruda MIRANDA considera que a resposta à indagação sobre a incidência da Lei nº 8.078/90 às relações locatícias depende do caso concreto.<sup>44</sup> No entanto, em se tratando de locação de espaço em *shopping center*, é inequívoco que existe relação de consumo entre lojista e empreendedor, sendo este último o fornecedor do espaço físico e o primeiro consumidor de tal produto. “*Para a locação de imóveis residenciais, dúvidas não podem existir sobre tratar-se de relação de consumo, já que o locatário é o destinatário final da cessão de uso do imóvel, que não é utilizado na produção*”.<sup>45</sup> Assim, com maior razão devem ser reconhecidos como aplicáveis os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de locação de espaço físico situado no interior da construção do *shopping center*, pois todos os contratos celebrados pelo lojista têm objetivo único e principal, qual seja, o de receber, usar e fruir de espaço físico localizado no *shopping center*. É certo que a Lei nº 8.245/91, por ser lei posterior à Lei nº 8.078/90, prevalece naquilo em que houver incompatibilidade, cabendo destacar ainda a necessidade de se preservar a estrutura organizacional do *shopping center*, o que exige a atribuição de maior gama de poderes em favor do empreendedor, não apenas no início do vínculo contratual, mas também durante o desenvolvimento dos contratos.

As cláusulas excepcionais, que normalmente não são praticadas nas demais relações locatícias que não as vinculadas ao empreendimento do *shopping center*, se mostram razoáveis e justificadas diante da necessidade de se reconhecerem e atribuírem maiores poderes ao empreendedor. Contudo, tal não significa autorização para prática de manobras iníquas, lesivas aos interesses dos lojistas, daí a razão da própria fiscalização e efetivo controle sobre tais contratos, diante do reconhecimento de sofrerem a incidência do

---

<sup>43</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 121.

<sup>44</sup> CARNEIRO, Waldyr de Arruda Miranda. “Anotações à Lei do Inquilinato”. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000, p. 10. Mas o autor reconhece que “*a utilização do imóvel pelo locatário pode ser enquadrada no conceito de utilização de produto, nos moldes delineados pelo caput do art. 2º, e § 1º do art. 3º do CDC, sempre que ele utilizar a coisa como destinatário final, conceito que desde logo exclui as hipóteses nas quais o locatário subloca ou empresta o imóvel*”.

<sup>45</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 122. Tal afirmação deve ser entendida no contexto do locador ser pessoa que desenvolve, empresarialmente, atividade relacionada ao mercado imobiliário.

Código de Defesa do Consumidor. “É, para os efeitos legais, uma relação de consumo, em que o lojista é o consumidor final da locação, embora um consumidor final que poderá ser comerciante, e, sempre, um profissional, que utilizará o espaço físico para auferir lucros. O certo é que o lojista estará em condição de inferioridade nos contratos firmados com o empreendedor e precisa da proteção legal, sob pena de ser surpreendido por alguma medida violenta do locador”.<sup>46</sup>

## V. PRINCIPAIS CLÁUSULAS NO CONTRATO ENTRE LOJISTA E EMPREENDEDOR

Sem a pretensão de exaurir o tema, oportuno se faz proceder à análise dos principais pontos relacionados às cláusulas comumente estabelecidas nos contratos celebrados entre o empreendedor e os lojistas, verificando sua compatibilidade com os princípios e valores aplicáveis.

Assentado que o contrato-base das relações jurídicas estabelecidas entre empreendedor e lojista é o contrato de locação não-residencial, devidamente disciplinado pela Lei nº 8.245/91, cumpre analisar os contornos de tal contrato e a estipulação de avenças que, em regra, fogem do modelo comum (ou tradicional) dos contratos de locação de imóvel. O artigo 54, *caput*, da Lei nº 8.245/91, fulcrado no valor social da livre iniciativa, admite expressamente a autonomia privada no que toca ao conteúdo dos contratos, autorizando, desse modo, que se considerem lícitas algumas cláusulas que caracterizam comumente tais contratos. Há, no entanto, algumas restrições previstas nos artigos 52, § 2º e 54, *caput* e §§ 1º e 2º, ambos da Lei nº 8.245/91, além de outras que decorram do próprio sistema introduzido pela Lei nº 8.245/91, sendo de se destacar o disposto no artigo 45, do mesmo texto legislativo. Como foi esclarecido pela doutrina na interpretação do *caput* do artigo 54, da referida lei, “o legislador pretendeu, simplesmente, deixar claro que as convenções incomuns às locações em geral, mas próprias àquelas estabelecidas em centros comerciais, não afastariam a natureza locatícia do contrato”.<sup>47</sup>

Assim, “serão nulas, *exempli gratia*, as cláusulas que vedem a renovação contratual, ou estipulem multas para a renovatória, as que permitam

<sup>46</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 125.

<sup>47</sup> CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda, *op. cit.*, p. 418.

*reajustes de alugueis fora dos casos admitidos pela lei, ou utilizem indices proibidos, como o salario minimo, a variacao cambial e a moeda estrangeira (art. 17), as que excluam o direito do locatario a indenizacao prevista no art. 52, § 3º, as que exijam garantias cumulativas, pagamento antecipado do aluguel, determinem a resolucão contratual, porque o locatario requereu concordata ou foi decretada sua falência, e outras semelhantes”.*<sup>48</sup> Constatase, pois, que não se trata de resgatar o absolutismo da liberdade e autonomia contratuais, como princípios do contratualismo que, na prática, somente atendiam aos interesses do contratante-proprietário, mas sim reconhecer que os contratos de locação de espaços em *shopping centers* podem conter cláusulas diferentes das demais locações, sem prejuízo da segurança e da tutela aos interesses do locatário-lojista. Em outras palavras: a Lei nº 8.245/91 não tem o objetivo de prejudicar os interesses e direitos dos locatários de espaços em *shopping centers*; ao contrário: o objetivo foi deixar assentado, definitivamente, que a avença principal entre os contratantes é a de um contrato de locação não-residencial, sujeito à disciplina da Lei nº 8.245/91 no que se refere aos direitos e efeitos benéficos mínimos do locatário, mas também tutelando os interesses e direitos do empreendedor-locador no que toca à previsão da prevalência da autonomia da vontade quanto a determinados pontos que podem ser estipulados e, conseqüentemente, contratados em consideração às próprias peculiaridades da atividade empresarial da exploração do *shopping center*:

Somente devem ser consideradas proibidas as cláusulas que atribuam efeitos e fixem critérios por demais favoráveis ao locador, verificáveis através da ausência de justificativa ou de razoabilidade em consideração às peculiaridades na exploração do empreendimento do *shopping center*. Vejamos, assim, as cláusulas mais importantes, e que podem suscitar questões a respeito de sua legitimidade e razoabilidade.

#### A) ALUGUEL MÍNIMO E ALUGUEL PERCENTUAL

A respeito do ajuste relativo à fixação do aluguel em percentual sobre o faturamento do lojista, o que configuraria indeterminação do valor da prestação periódica consistente no valor do aluguel, em suposta contrariedade às leis de fundamentação econômica que objetivam assegurar uma economia estável via intervenção governamental, no tocante ao reajustamento dos

<sup>48</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 128.

valores, é preciso desde já antecipar que a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo tal avença como legítima e lícita, não havendo razão para sua desconsideração.<sup>49</sup>

A doutrina, desde a Roma Antiga, admite a estipulação do aluguel em forma de percentual (uma cota-parte de produtos ou um percentual da receita bruta do locatário), sem que se descaracterize a locação.<sup>50</sup> Na disciplina a respeito do contrato de locação, mesmo no âmbito do Código Civil, nunca houve regra estabelecendo que o valor do aluguel deveria ser fixo e invariável no período de tempo de duração do contrato, daí porque inexistindo proibição sempre foi possível tal prática. E, no caso do *shopping center*, mostra-se justificável a previsão do “aluguel percentual”, considerando as atividades realizadas pelo empreendedor no sentido de tornar mais atrativo o empreendimento, possibilitando o incremento dos negócios celebrados entre os lojistas e os frequentadores do *shopping center*.

De forma conjugada com a cláusula do “aluguel percentual”, costuma-se estabelecer o valor do que se denomina o “aluguel mínimo”, ou seja, trata-se de uma quantia fixa, devida tão-somente na eventualidade do valor do aluguel em percentual sobre o faturamento bruto dos lojistas não alcançar tal quantia fixa. Nas palavras de Gustavo TEPEDINO, a indeterminabilidade do valor do aluguel é uma das características dos contratos relacionados à cessão do espaço aos lojistas em *shopping center*: “*indeterminabilidade do aluguel, fixando-se um valor mensal mínimo e uma parcela variável, que será a diferença entre o aluguel mínimo avençado e o valor representativo de um percentual sobre o faturamento bruto do lojista (7%, em regra)*”.<sup>51</sup>

Uma questão que decorre da avença a respeito do aluguel se refere à incidência (ou não) das leis resultantes de políticas governamentais na economia nacional, no que toca aos limites de periodicidade e critérios de reajuste/atualização de determinados preços privados, inclusive no campo

---

<sup>49</sup> A respeito do tema, confira o seguinte Julgado: “*Estabelecimento de aluguel em percentual sobre o faturamento da locatária. Validade. O direito não veda que em contrato de locação se fixe o aluguel em porcentagem sobre os resultados do negócio instalado na loja arrendada, nem que se estabeleça um mínimo a ser corrigido anualmente, conforme os índices fornecidos pelo Conselho Nacional de Economia*.” (Apelação nº 3.225, da 2ª Câmara do 2.º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, Relator Moreno GONZALEZ, pub. na RT 467/148, apud CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda, *op. cit.*, p. 420).

<sup>50</sup> Por todos, com ampla citação doutrinária: LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 129-135.

<sup>51</sup> TEPEDINO, Gustavo, *op. cit.*, p. 144-145.

da locação de imóveis. Por óbvio que como o “aluguel percentual” não representa uma estipulação baseada na variação da economia nacional e, portanto, em nada se relaciona com possível inflação ou deflação, não há sentido em se estabelecer qualquer limite a seu respeito, mesmo porque não se trata de valor fixo, e não varia o seu *quantum* a fatores externos da economia nacional; ao contrário, leva em conta apenas o movimento de negócios realizados pelo lojista. Quanto ao “aluguel mínimo”, este sim representado por valor certo, é forçoso o reconhecimento de que tal avença sofre a limitação da periodicidade que não pode ser inferior àquela permitida pela legislação em vigor, tal como se verifica há bastante tempo no Direito brasileiro, além de se submeter às restrições quanto à adoção de critérios de reajuste do valor.<sup>52</sup> Como observa a doutrina, “*usualmente o aluguel mínimo se fixa em função do tamanho físico da loja*” (metros quadrados).<sup>53</sup>

O “aluguel percentual” representa forma de contraprestação devida pelo lojista ao empreendedor em função do faturamento bruto do locatário, desde que tal percentual supere o valor do “aluguel mínimo”.

Ainda sobre o tema, verifica-se outro ponto relacionado ao valor do aluguel a ser proposto e objeto da Ação Renovatória. Ou, em outras palavras: qual será a repercussão da cláusula relativa ao aluguel na Ação Renovatória? De acordo com Nardim LEMKE, “*.. entendo que apenas o aluguel mínimo poderá ser discutido na ação, assim como a periodicidade e os índices de reajustamento periódico, mas não poderá o Judiciário reformular o quantum percentual do aluguel variável, o que seria intromissão indevida do juiz na economia do contrato*”.<sup>54</sup> Tal posição não é integralmente acolhida por Maria Helena DINIZ: “*O aluguel percentual deverá ficar inalterado, o mesmo ocorrendo com o aluguel mensal mínimo. Se assim não fosse, ter-se-ia discriminação de lojas, no centro comercial*”.<sup>55</sup> A respeito do “aluguel

<sup>52</sup> Aplica-se a regra contida no artigo 17, da Lei nº 8.245/91, ou seja, a proibição da estipulação de aluguel em moeda estrangeira, ou sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo, devendo ser observados os critérios de reajustamento estabelecidos em legislação específica.

<sup>53</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 130.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 133.

<sup>55</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 221. A autora apresenta seus argumentos: “*Como se poderia admitir que duas lojas, exploradoras da mesma atividade negocial, com a mesma dimensão, comercializando os mesmos produtos, pudessem pagar ao empreendedor “aluguel” em percentuais diferentes sobre o faturamento? Como se vê, o próprio mecanismo interno do shopping center requer para a viabilização do centro que os critérios para a majoração do aluguel na renovação contratual sejam fixados de comum acordo*”.

percentual”, há consenso acerca da impossibilidade do percentual sofrer mudança na Ação Renovatória, levando em conta, inclusive, que o seu estabelecimento nada tem a ver com fatores externos da economia nacional. Quanto ao “aluguel mínimo”, nesse particular, inexistiu diferença com relação aos valores estabelecidos nas locações de imóveis urbanos, diante do aluguel consistir em valor fixo e que deve sofrer variação de acordo com fatores externos de natureza econômica, como a existência de maiores/menores ofertas, adequando-se ao patamar do mercado locatício.

Acerca do percentual originalmente fixado a título de “aluguel percentual”, duas ressalvas devem ser feitas a respeito da sua inalterabilidade. Assim, o **quantum** percentual do aluguel variável não deve ser alterado, salvo se: a) em outros “*contratos com outros lojistas de comércio semelhante ao do locatário, o empreendedor haver (sic) fixado, posteriormente, menor percentual de aluguel sobre o faturamento bruto*”, levando em conta que tal ocorrência poderia, inclusive, acarretar concorrência desleal do novo lojista em detrimento do anterior; b) ocorrer a “*resilição do contrato de locação da loja-âncora do shopping center, sem a adesão de outra de igual porte e poder de atração, com prejuízo aos comerciantes de lojas-satélites*”.<sup>56</sup> Sem dúvida que tais ressalvas podem alicerçar a mudança – para menor – do percentual do “aluguel variável”, mas sem necessidade de se aguardar o momento da renovação do contrato de locação. Considerando a incidência da cláusula implícita **rebus sic stantibus**, independentemente da previsão contida no artigo 19, da Lei nº 8.245/91, que autoriza a revisão judicial do valor do aluguel, o lojista, tendo sido prejudicado por algum dos acontecimentos mencionados, poderá pedir judicialmente a revisão da cláusula referente ao “aluguel percentual”, possibilitando que seja garantido o equilíbrio das prestações e protegida sua vulnerabilidade, com base nos princípios e valores constitucionais da isonomia substancial e da livre iniciativa. Tal matéria poderá ser eventualmente um dos pontos de discussão na Ação Renovatória, mas não impede que o locatário, sentindo-se prejudicado, já promova efetivamente medidas judiciais tendentes à modificação do “aluguel percentual”.

Na eventualidade de haver sido celebrado novo contrato de locação de loja com as mesmas características de outras, mas com um percentual maior sobre o faturamento bruto do novo lojista, a título de aluguel per-

---

<sup>56</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 133-134.

centual, por óbvio não caberá mudança do percentual estabelecido para os antigos lojistas. O novo lojista, por aderir à tal cláusula, ao ter conhecimento da disparidade, nada poderá fazer, em consonância com os princípios da autonomia da vontade e liberdade contratual. No entanto, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, poderá ser reconhecida a lesividade da cláusula que estabelece percentual maior sobre seu faturamento caso não tenha sido corretamente informado a respeito das condições estabelecidas relativamente aos outros contratos, com invocação, inclusive, dos princípios da boa-fé objetiva e da lealdade contratual.

#### B) FISCALIZAÇÃO DAS CONTAS DO LOJISTA

Uma das cláusulas que resultam do “aluguel percentual”, e perfeitamente justificável, é a que prevê a fiscalização do movimento financeiro do lojista-locatário pelo empreendedor. Cuida-se de direito do empreendedor de fiscalizar amplamente o caixa do lojista para efetivamente controlar suas contas e, logicamente, precisar o faturamento bruto periódico. “*É uma decorrência normal da fixação do aluguel num percentual do faturamento bruto*”.<sup>57</sup> Se foi estabelecido o “aluguel percentual”, logicamente deverá ser razoável e justificável a cláusula de fiscalização das contas do lojista, desde que não se causem embaraços à atividade do lojista. No sentido oposto, ou seja, não havendo “aluguel percentual”, se mostra desarrazoada e injustificável a cláusula de fiscalização das contas do lojista, ainda que ele tenha aderido à estipulação que estabelecesse tal fiscalização, levando em conta a inexistência de motivo que autorize tal controle.

Tal fiscalização poderá ser exercida da forma mais ampla possível, sem que a ela se possa opor o lojista, desde que, por óbvio, não haja abuso por parte do empreendedor, não perturbando o movimento regular e normal do estabelecimento, não provocando constrangimentos. Assim, “*poderá o empreendedor controlar a entrada e saída de mercadorias do estabelecimento comercial do locatário, colocar alguém de sua confiança junto ao caixa, controlar as fitas da caixa registradora da empresa, conferir a extração de notas fiscais, examinar livros contábeis e fiscais de qualquer natureza*”<sup>58</sup>. O descumprimento de tal cláusula que prevê a fiscalização, ou seja, a recusa do locatário em admitir a efetiva fiscalização e controle do empreendedor, pode ensejar a rescisão do contrato, com a conseqüente

---

<sup>57</sup> *Idem*, p. 137.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 138.

desocupação do espaço em razão do despejo por infração contratual, com base no artigo 9º, da Lei nº 8.245/91.<sup>59</sup>

Logicamente que, a despeito da previsão da cláusula de fiscalização das contas do lojista, não pode haver abuso do empreendedor, o que pode representar o comprometimento da própria atividade do lojista e, conseqüentemente, prejuízos incalculáveis. Assim, como foi citado por Nardim LEMKE, há caso concreto, levado ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, em que a fiscalização do empreendedor somente passou a ser exercida após ter sido réu em Ação Renovatória da locação da loja em *shopping center*, com afronta a empregados e clientes da loja, no horário comercial, o que se reconheceu como medida de retaliação, injustificável e abusiva a ensejar reprimenda e correção.<sup>60</sup>

### C) ALUGUEL EM DOBRO EM DEZEMBRO

Outra cláusula comumente estabelecida nos contratos de locação de espaços em *shopping center* consiste naquela que estabelece o aluguel em dobro no mês de dezembro. Tem-se considerado válida tal cláusula, sendo freqüente em *shopping center*, porquanto exatamente no mês de dezembro há maiores despesas com a administração do empreendimento a cargo do locador, como as decorrentes de contratação de alguns empregados temporários para exercerem funções de limpeza, de segurança, de organização e de bom funcionamento do empreendimento, o pagamento de décimo-terceiro salário aos empregados permanentes da empresa administradora, e maiores despesas com promoções das festividades de final de ano, além daquelas inerentes ao maior número de consumidores nas suas dependências.

Tal aluguel “*deflui da organização dos centros comerciais*”,<sup>61</sup> como também é prática comum, em matéria de locação de imóveis para temporada, nos meses de maior fluxo turístico, o estabelecimento de valor maior de aluguel. Não se trata de variação do valor baseado em fatores econômicos do país, mas sim o reconhecimento da maior procura e disputa pelos imóveis localizados em determinados balneários ou outros recantos turísticos, o que

<sup>59</sup> Sobre o tema, veja o seguinte Julgado: “*Despejo. Infração contratual. Loja em shopping center. Resistência à fiscalização prevista em cláusula. Caracterização. Configura infração contratual, com o conseqüente decreto de despejo, a oposição do locatário à realização da fiscalização plena por parte do locador no faturamento da loja.*” (Rac. 247.466-1, 1. Grupo de Câmaras do 2. Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, Rel. Acayaba de Toledo, *apud* CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda, *op. cit.*, p. 419).

<sup>60</sup> Tal Julgado encontra-se transcrito na RSTJ, nº 55, p. 169 e ss.

<sup>61</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 135.

faz com que os alugueres de dezembro a fevereiro sejam substancialmente maiores do que os alugueres do período de março a novembro, por exemplo. Tal cláusula se encaixa dentro da noção dos limites da autonomia da vontade, com base no artigo 54, *caput*, da Lei nº 8.245/91, e, desse modo, não viola qualquer princípio ou valor constitucionalmente tutelado, nem contraria princípios ou regras de ordem pública, nem ofende os bons costumes.

#### D) *RES SPERATA*

A *res sperata*, em matéria de avenças relacionadas às atividades dos lojistas e o próprio empreendimento do *shopping center*, gera algumas questões atinentes à natureza jurídica de tal obrigação, e às conseqüências de tal pactuação, especialmente quando se instaura o litígio entre os contratantes.

Como dito, o ajuste relacionado à *res sperata*, na verdade, remunera a atividade do empreendedor na organização e planejamento do *shopping center*, não se confundindo com as luvas. Cuida-se de contrato de reserva de uso de área em *shopping center*, em que o futuro lojista paga certa quantia periódica, durante o período de construção da obra, tendo para si reservado o espaço que poderá utilizar em razão do contrato de locação que será celebrado.

De acordo com Silvio de Salvo VENOSA, tal avença tem em mira o lucro futuro, tratando-se de “*modalidade de venda de coisa futura*”.<sup>62</sup> Apesar de não considerar que a hipótese se confunde com aquelas previstas nos artigos 1.118 – *emptio spei*, ou venda da esperança – e 1.119 – *emptio rei speratae*, ou venda da coisa esperada –, ambos do Código Civil, Gustavo TEPEDINO considera que a *res sperata* “*destina-se a compensar o empreendedor pelo investimento efetuado no shopping, que irá beneficiar o lojista*”.<sup>63</sup>

A natureza jurídica da *res sperata* é discutida na doutrina. Fundamentalmente, as várias correntes existentes podem ser resumidas conforme a caracterização seguinte: a) reserva ou garantia de locação de um espaço no *shopping*; b) retribuição à parcela do fundo de comércio que o empreendedor coloca à disposição do locatário (verdadeira coisa incorpórea em potência); c) *mix price*, preliminar à locação, destinado a compensar o empreendedor por esses fatores básicos de alavancagem operacional; d) retribuição de um

<sup>62</sup> VENOSA, Silvio de Salvo, *op. cit.*, p. 198. O autor considera que existe um fundo de comércio do próprio empreendimento e que, assim, uma parte é cedida ao lojista, daí a justificativa da *res sperata*.

<sup>63</sup> TEPEDINO, Gustavo, *op. cit.*, p. 145.

sobrefundo ou superfundo; e) luvas.<sup>64</sup> Nardim LEMKE, após analisar as diversas orientações a respeito do tema, se posiciona: “*se entendermos que o futuro contrato prometido é o de locação, é de luvas que se trata*”,<sup>65</sup> ou seja, tem-se uma quantia devida pelo futuro locatário para obter a celebração do contrato de locação ou sua renovação. Nagib SLAIBI FILHO, da mesma forma, considera a **res sperata** como sobrepreço – luvas – em decorrência de maior ou menor oferta de lojas, dependente das condições do mercado.<sup>66</sup>

A **res sperata** é ínsita ao empreendimento do *shopping center*, e não se verifica em relação aos espaços com destinação não-residencial localizados fora da construção do *shopping center* e, por isso, não pode ser confundida com as luvas. Cuida-se de avença que decorre da necessidade de planejamento e organização do *shopping center*, nada tendo a ver com o fundo de comércio que será constituído a partir da locação, ou com transferência de parte de fundo de empresa do empreendedor. Logicamente que se não vier a ser celebrado o contrato de locação, será devida a devolução integral do valor pago, considerando a própria finalidade da **res sperata**, o que pressupõe benefícios econômicos ao futuro lojista em virtude da reserva do espaço físico, sendo possível a previsão de cláusula penal compensatória por eventual culpa do futuro lojista ao se retratar posteriormente e não pretender celebrar a locação.

Na renovação do contrato de locação, é devida nova **res sperata**? Evidentemente que não, considerando que tal avença somente se justifica no período anterior ou concomitante à construção, planejamento e organização inicial do *shopping center*, inexistindo causa que possibilite nova cobrança posteriormente. Daí a razão pela qual se o lojista não renova a locação por desinteresse, não tem direito de reaver a **res sperata**, já que o valor pago nada tem a ver com o fundo de comércio.

Interessante questão é colocada pela doutrina: o lojista tem direito à repetição do valor pago a título de **res sperata**, se a loja-âncora desistir do empreendimento? “*Havendo, como há, redução do valor do fundo de comércio e, conseqüentemente, dos ganhos do lojista, logicamente que terá*

---

<sup>64</sup> Tal análise é apresentada por Nardim Darcy LEMKE (*op. cit.*, p. 142-143).

<sup>65</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 143.

<sup>66</sup> SLAIBI FILHO, Nagib, *op. cit.*, p. 348.

*ele direito de ver reduzidas as luvas pagas, salvo se outra loja-âncora, do mesmo renome e porte, ocupar o lugar da desistente”*.<sup>67</sup> Tal fundamentação é coerente com a consideração de que a *res sperata* corresponde às luvas em relação à locação não-residencial celebrada, o que, no entanto, não pode ser aceito, pelos motivos expostos e, desse modo, não se pode reconhecer qualquer direito à devolução de valores por fatos posteriores, sendo claro que houve construção, planejamento e organização do empreendimento, e, por conseguinte, o contrato relacionado à *res sperata* se extinguiu, não podendo mais reavivar efeitos definitivamente consolidados.

A cobrança da *res sperata*, com base na Lei nº 8.245/91, é admitida e, obviamente, se funcionaliza no futuro contrato de locação entre empreendedor e lojista, mas não deve ser admitida na renovação da locação, por indevida, além de serem nulas todas as cláusulas que busquem excluir o direito a renovação, nos termos do art. 45, da Lei nº 8.245/91. Da mesma forma, tal cobrança não poderá ser feita relativamente aos novos lojistas, quando não mais pendente a construção, bem como já tendo sido feitos todo o planejamento e a organização do empreendimento.

#### E) PROIBIÇÃO DA CESSÃO DO CONTRATO

Uma cláusula discutível é aquela que proíbe a cessão do contrato de locação; haveria - ou não - violação ao art. 45, Lei nº 8.245/91, desnaturando o contrato firmado entre empreendedor e lojista. Como se sabe, a cessão da locação em sentido amplo, do locatário original para um terceiro representa modalidade de assunção de débito, considerando que a contraprestação relacionada ao pagamento de alugueres é tida como uma das principais, decorrentes do contrato avençado. Assim, com base na doutrina que se refere à assunção de dívida, esta somente poderia ser considerada válida se obtido o consentimento do credor. No caso específico das locações de imóveis urbanos, atualmente há o artigo 13, da Lei nº 8.245/91, que exige a autorização do locador para cessão, sublocação ou empréstimo do imóvel, o que, implicitamente, impede a inserção de cláusula que proíba a cessão, sublocação ou empréstimo do bem.

O artigo 13, supra-referido, busca conciliar interesses do locador e do locatário, pois da mesma forma que impede a inserção de cláusula proibitiva de cessão, sublocação e empréstimo do imóvel, exige que, concretamente,

---

<sup>67</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 146.

seja buscada a autorização do locador para que qualquer uma das avenças com terceiro possa validamente se verificar. Assim, uma vez que inexistente, nesse particular, razão para distinguir a locação de espaço em *shopping center* das outras locações não-residenciais, deve ser considerada inválida cláusula que proíba a cessão do contrato de locação, reconhecendo-se o caráter de ordem pública da regra contida no artigo 13, da Lei nº 8.245/91.

É bem provável que o locador se oponha à cessão, sublocação ou empréstimo do imóvel, como se pode verificar no caso, por exemplo, de tratar-se a pessoa do terceiro interessado em pessoa notoriamente insolvente, ou condenada criminalmente, ou reconhecidamente inidônea sob o aspecto moral e econômico, ou de péssimo mau gosto no que toca ao ramo de comércio ou de prestação de serviços em questão. Mas, não se pode reconhecer como justificada e razoável a recusa imotivada, ou motivada com bases irreais ou irrelevantes para o desenvolvimento do empreendimento e da própria atividade econômica ali desenvolvida. Não se deve, pois, admitir o arbítrio do locador, mas sim a observância dos limites de razoabilidade e justificativa dentro do contexto da legislação em questão.

#### F) IMUTABILIDADE DO RAMO DE COMÉRCIO

Outra cláusula questionável se relaciona à imutabilidade do ramo de comércio ou prestação de serviços do locatário-lojista. Deve-se reconhecer sua validade, ou não? Sim, trata-se de cláusula válida não apenas nas locações de espaços em *shopping centers*, mas também nas locações não-residenciais localizadas fora de *shopping centers*.

No caso das lojas em *shopping centers*, tal cláusula é plenamente justificada em razão de uma das principais características do empreendimento que é o *tenant mix* do empreendimento, realizado após cuidadosa análise técnica, com o estudo a respeito da distribuição das lojas segundo os diversos ramos.

Ora, se fosse possível a mudança do ramo de comércio ou de prestação de serviços de cada um dos lojistas, não haveria sentido a própria organização e planejamento realizados pelo empreendedor, e a alteração do ramo de atividade de qualquer lojista afetaria os demais, individualmente, e, por óbvio, o empreendimento como um todo. É fundamental pensar que há homogeneidade no funcionamento do empreendimento considerado em si mesmo, e para tanto a atuação dos lojistas, em seus respectivos ramos de atividade comercial e de prestação de serviços é muito importante, mantendo a qualidade dos produtos e serviços negociados e, especialmente a mesma

exploração econômica que vinha desempenhando desde o início as relações com o empreendedor. Como bem coloca a doutrina, “o objetivo do *mix* é justamente evitar o desequilíbrio concorrencial dos comerciantes instalados no centro comercial”,<sup>68</sup> sendo certo que é também importante manter o mesmo planejamento e organização que o empreendedor concebeu, sob pena do desvirtuamento do próprio empreendimento.

#### G) PROJETOS DE INSTALAÇÃO E DECORAÇÃO DA LOJA

Dentro do princípio da autonomia da vontade, expressamente assegurado no artigo 54, *caput*, da Lei nº 8.245/91, deve ser reconhecida como válida e justificada em razão do empreendimento a cláusula que estabeleça a obrigação do lojista de respeitar as determinações do organizador no que toca aos projetos de instalação e decoração da loja, inclusive com a previsão da possibilidade do empreendedor indicar nomes de pessoas especializadas no setor de decoração para que o lojista escolha um.<sup>69</sup>

A justificativa de tal cláusula se baseia na homogeneidade do empreendimento, na harmonia do conjunto, diante da necessidade de se conciliarem os interesses particulares de cada um dos lojistas com o interesse geral e coletivo de todos e do próprio empreendedor, visando proporcionar maior atratividade ao consumo, num ambiente dotado de beleza e harmonia arquitetônicas, com bastante afinidade e sofisticação, exatamente visando diferenciar tais lojas de *shopping center* do modelo tradicional e comum de lojas situadas em construções independentes e autônomas, sem qualquer vínculo.

#### H) ASSOCIAÇÃO DE LOJISTAS E O FUNDO DE PROMOÇÕES

Outra particularidade nas relações envolvendo a exploração de atividades econômicas em *shopping centers* se refere à cláusula que estabelece a contribuição e participação dos lojistas para o fundo de promoções coletivas dos *shopping centers*, principalmente em períodos ou datas festivas – como, por exemplo, Dia dos Namorados, festas natalinas, Dia das Crianças -, para maior atração da freguesia. Tais contribuições têm o objetivo de viabilizar a realização de campanhas e eventos promocionais do *shopping center* como um todo, o que, logicamente, gera benefícios para cada um dos lojistas isoladamente considerados e para o próprio empreendedor.

---

<sup>68</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 154.

<sup>69</sup> Tal cláusula também é admitida por Nardim Darcy LEMKE, *op. cit.*, p. 154.

Daí a importância de se constituir a Associação de Lojistas que terá poderes para receber tais contribuições, administrando o fundo de promoções, realizando as campanhas e eventos promocionais que possibilitem a alavancagem dos negócios realizados pelos lojistas diante da maior atratividade do empreendimento, com as promoções e propagandas realizadas.<sup>70</sup>

Em regra, tal contribuição consiste num percentual sobre o aluguel pago ao empreendedor - geralmente dez por cento -, sendo também “*usual que o empreendedor pague uma quantia proporcional àquela dos lojistas, competindo a administração do fundo de promoções à Associação dos Lojistas*”.<sup>71</sup>

A Associação dos lojistas é dotada de personalidade jurídica de direito privado, sendo pessoa jurídica distinta do empreendedor-administrador do *shopping center*, sem intuito lucrativo, com a incumbência precípua de administrar o Fundo de Promoções Coletivas. Com base na doutrina corrente, a adesão dos lojistas à Associação é compulsória, diante da circunstância de que todas as promoções e propagandas serão realizadas em prol da coletividade, e não de apenas um dos lojistas. Evidentemente que tal circunstância não exclui a possibilidade de cada lojista promover propagandas próprias que, por óbvio, não se relacionam ao fundo de promoções.

A cláusula do fundo de promoções e da própria adesão à Associação dos Lojistas se mostra perfeita, e portanto lícita e válida,<sup>72</sup> não violando norma de ordem pública ou os bons costumes, condição indispensável para o bom funcionamento do *shopping center*. “*A exclusão de um lojista da Associação pela prática de falta grave autoriza o despejo*”.<sup>73</sup> Com efeito, caso o lojista venha a ser excluído da Associação, tal fato poderá ensejar a rescisão da locação, considerando que as promoções e propagandas realizadas pela Associação prosseguiriam atraindo o público em geral, sem

<sup>70</sup> A jurisprudência reconheceu como válida tal cláusula mesmo sem ter se constituído a Associação dos Lojistas: “*Enquanto não constituída a Associação dos Lojistas, o empreendedor tem legitimidade para administrar a programação de publicidade do shopping center. Os locatários não estão obrigados a suportar despesas promocionais além dos limites contratualmente ajustados*”. (Ap. 441.223-00/0, 3. Câm. do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, Rel. Francisco Barros. *Apud* CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda, *op. cit.*, p. 427).

<sup>71</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 155.

<sup>72</sup> Como observa Silvio de Salvo VENOSA, “*o lojista deve obedecer às normas de administração impostas pelo empreendedor, sob pena de subverter a ordem do negócio e prejudicar o empreendimento: deve obedecer a horários de trabalho, campanhas promocionais, decoração homogênea, ...*” (*op. cit.*, p. 198).

<sup>73</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 157.

qualquer contribuição de determinado lojista para tanto, o que contraria o próprio espírito do empreendimento, gerando, inclusive, o enriquecimento sem causa relativamente ao lojista não-associado, excluído, portanto, dos quadros associativos.

Além de desempenhar o papel relevante e fundamental para realização de promoções e propagandas, a Associação dos Lojistas também é dotada de poderes, hoje expressos no texto constitucional, para fins de proteção dos interesses individuais homogêneos dos lojistas e dos interesses coletivos, bastando, para tanto, verificar, o disposto no inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição Federal, em relação ao mandado de segurança coletivo.

#### I) DESPESAS INTERNAS E CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO DE ADMINISTRAÇÃO

Como dito, em razão das próprias peculiaridades do empreendimento de *shopping center*, ao empreendedor, que em regra é o administrador, cabe exercer a organização, o controle e a fiscalização das atividades realizadas no interior do *shopping center*, sendo dotado de vastos poderes de administração. Daí a razão de ser das próprias Normas Gerais Complementares, do Regimento Interno, inclusive com a disciplina quanto ao uso dos espaços destinados às lojas comerciais ou de prestação de serviços, ao uso das áreas comuns, ao aproveitamento dos benefícios pelos consumidores em geral, à locomoção, aos direitos e deveres dos empregados das lojas, dos fornecedores. No desempenho de tais atribuições, o administrador-empendedor contrai dívidas em prol de toda a coletividade, não relacionadas às promoções e propagandas do *shopping center*, mas sim às questões internas de administração, de zelo e de conservação da construção e, logicamente, das áreas comuns. São despesas que têm semelhança com as despesas condominiais, apesar de os lojistas não serem condôminos, em regra, como fora analisado anteriormente. Oportuno se faz ressaltar que, apesar de não serem condôminos, há situação de composses entre os lojistas, no que se relaciona às áreas comuns e aos próprios serviços prestados pelo empreendedor, como limpeza, segurança, adorno, entre outros.

Tais despesas relacionadas ao “*funcionamento do empreendimento naturalmente devem ser encargo dos lojistas e o rateio se fará na proporção fixada em contrato, proporcional ou não à área ocupada*”.<sup>74</sup> O art. 54, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.245/91, implicitamente, acolhe a cobrança de tais despesas,

---

<sup>74</sup> *Idem.*

pois prevê que algumas despesas não poderão ser cobradas dos locatários de lojas em *shopping center*, como obras de reforma ou acréscimos que interessem à estrutura integral do prédio; pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, e esquadrias externas; indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas antes do início da locação; despesas com obras ou substituições de equipamentos que impliquem modificar o projeto ou memorial descritivo da data do habite-se, e obras de paisagismo nas partes de uso comum; e despesas não previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior.

#### J) CLÁUSULA PROIBITIVA DE ABERTURA DE LOJA PRÓXIMA

Outra questão levada ao conhecimento dos tribunais brasileiros diz respeito à validade de estipulação, em contrato de locação de espaço em *shopping center*, quanto à proibição do lojista-locatário de explorar outro estabelecimento do mesmo ramo, dentro de certa distância do *shopping center* - normalmente, dois quilômetros e meio -, a não ser com expressa concordância do empreendedor.

Em dois julgamentos proferidos pelo II. Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, foi reconhecida a validade de tal cláusula, no contexto dos fundamentos e princípios da liberdade contratual, da autonomia da vontade, e do conseqüente *pacta sunt servanda*.<sup>75</sup> A despeito da orientação adotada nesses julgamentos, tal cláusula é violadora de regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais. Acertada a lição de Arruda MIRANDA: “*Na esfera constitucional tal cláusula fere, indubitavelmente, dispositivos relativos à proteção à livre iniciativa (art. 1., IV, art. 3., I; 5., XIII e XXII, e 170, caput) e à livre concorrência (art. 170, IV, e parágrafo único; 173, § 4º). De igual maneira, emergem malferidas normas infra-constitucionais (sic), como os arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94 (que dispõe sobre o abuso do poder econômico) a prescreverem como infração da ordem econômica os atos, de um modo geral, que limitem ou prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa, bem como que limitem ou impeçam o acesso de novas empresas ao mercado*”.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Tais julgamentos são os seguintes: Apelação nº 465.935-00/0, 5. Câmara, j. 24.09.96, Rel. Laerte Sampaio; Apelação nº 477.739-00-3, 10ª Câmara, j. 13.05.97, Rel. Adail Moreira (*Apud* CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda, *op. cit.*, p. 422-423).

<sup>76</sup> CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda, *op. cit.*, p. 422.

Além dos fundamentos colocados, é relevante a verificação de que tal cláusula é leonina, imposta pelo empreendedor sem que o lojista pudesse alterar ou modificar, deixando ao arbítrio do locador a possibilidade de se inaugurar novo estabelecimento próximo ao *shopping center*. Assim, cuida-se de hipótese de condição potestativa pura, vedada no ordenamento jurídico civil, com base na regra contida no artigo 115, segunda parte, do Código Civil. É de se reconhecer, pois, cuidar-se de cláusula ilícita, por encerrar abusividade evidente.

## VI. RENOVAÇÃO DA LOCAÇÃO

Os locatários não-residenciais – e não apenas os comerciais – recebem tutela do ordenamento legal brasileiro, e por isso têm direito à proteção da Lei nº 8.245/91, que, nesse particular, visa conferir tutela aos titulares de um fundo de comércio (ou de empresa), composto por bens materiais – como os bens móveis, incluindo maquinário, utensílios e outros apetrechos –, e bens imateriais – razão social, nome de fantasia, título do estabelecimento, freguesia constituída, aviamento, entre outros.

A questão que se apresenta, em matéria de locação de espaço em *shopping center*, é acerca da existência – ou não – de fundo de empresa em favor do locatário/lojista. E, como questão posterior: se o empreendedor é titular – ou não – de fundo empresarial.

Alguns doutrinadores defendem a posição consoante a qual o lojista não é titular de fundo de comércio, mas sim apenas o empreendedor que transfere parcela do seu fundo empresarial ao lojista.<sup>77</sup> Outra corrente teórica e doutrinária, sensibilizada com o fenômeno moderno dos *shopping centers*, sustenta a existência de dois fundos empresariais: um “sobrefundo” ou “superfundo” ou “fundo global” do empreendedor, e outro fundo do comércio do lojista.<sup>78</sup> No sentido da segunda corrente, veja a manifestação de Paula MIGUEL: “*a questão não é de fundo de comércio, mas de fundo empresarial, cujo sentido é mais amplo, logo, tanto o gestor do centro, quanto os lojistas, têm fundo empresarial. O shopping porque atrai clientes, e os*

---

<sup>77</sup> Entre outros, Penalva SANTOS, Alfredo BUZAID, citados por Nardim Darcy LEMKE: “... *este contrato estava fora do alcance da Lei de Luvas e, conseqüentemente, insuscetível de renovação judicial.*” (*op. cit.*, p. 163).

<sup>78</sup> Tal corrente é defendida por Ives Gandra da Silva MARTINS e Caio Mário da Silva PEREIRA, também citados por Nardim Darcy LEMKE: “*ter o shopping seu fundo consubstanciado na própria concepção do empreendimento, e o lojista, no saber promover e vender seus produtos...*” (*op. cit.*, p. 164).

*lojistas porque, individualmente, são capazes de atrair grande número de clientes para o centro comercial”*.<sup>79</sup>

A melhor orientação, no entanto, é apresentada por Nardim LEMKE: “*o empreendedor nunca poderá ter clientes próprios, apenas o centro comercial poderá contar com uma pré-disposição (sic) para o afreguesamento em função da destinação do imóvel. (...) Clientela subjetiva somente os lojistas podem criar, porque depende da exploração efetiva do fundo*”<sup>80</sup>. Inexiste dúvida de que as condições pactuadas entre empreendedor e lojista levam em conta os benefícios que o empreendimento cria e desenvolve em favor do maior poder de atração ao público em geral, mas daí a existir uma clientela específica do *shopping center* há um longo caminho. Assim, a circunstância de o espaço se localizar no interior da construção do *shopping center* possibilita a fixação de um valor de aluguel mais elevado, comparativamente a outros situados fora do *shopping*, mas isso não repercute quanto a suposto fundo empresarial do locador. Se não houver lojistas, nunca poderá haver clientes, e se os lojistas se estabelecerem em outro local que não o *shopping*, também terão clientes. O que existe, no *shopping center*, é a perspectiva de uma clientela maior por força do funcionamento do *shopping*, mas isso não significa que o centro de compras seja o titular dessa clientela potencial.

Verificado, desse modo, que somente o lojista é titular de fundo de empresa, inequívoco é o reconhecimento do direito à renovação da locação não-residencial em *shopping center* como válido e necessário instrumento de proteção e tutela dos interesses do locatário e de sua clientela quanto à continuidade da cessão do uso e fruição do espaço no interior da construção. Daí a previsão na Lei nº 8.245/91 acerca de tal direito ao locatário não-residencial. “*Para assegurar o direito à clientela, o comerciante tem direito ao ponto onde se localiza o seu ramo de negócio. O ponto é um elemento intrínseco à atividade comercial e forma, ao lado do nome, marca, imagem, publicidade e propaganda, bom atendimento e outros, um dos pressupostos da clientela*”.<sup>81</sup>

No campo da função social da propriedade e dos próprios contratos que têm por objeto a funcionalização de determinados bens, inclusive os

---

<sup>79</sup> *Apud* LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 164.

<sup>80</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 166.

<sup>81</sup> LEMKE, Nardim Darcy, *op. cit.*, p. 171.

imóveis, é de se destacar a existência do **direito à renovação do contrato de locação não-residencial** (existente desde o Decreto nº 24.150/34). Para fazer cumprir o novo papel dos institutos civis, o Estado interveio na locação entre comerciante e proprietário do imóvel para proteger o fundo de empresa que o locatário constitui e, antigamente, tinha que entregar ao locador sem nada receber. Para Darcy BESSONE, a renovação compulsória resulta da aplicação da teoria do abuso do direito.

Assim, o art. 51, da Lei nº 8.245/91, regente de aspectos do direito à renovação compulsória, prevê as condições que autorizam a utilização da Ação Renovatória pelo locatário de imóvel não-residencial, e que se aplicam à locação de lojas de centros comerciais: a) contrato escrito; b) prazo determinado; c) prazo mínimo de 5 anos; d) exploração do mesmo ramo de comércio pelo prazo mínimo de 3 anos. Quanto à última, lembre-se de que o lojista não pode alterar seu ramo de comércio, em razão do próprio *tenant mix*.

A soma do tempo relativo a contratos de períodos inferiores a cinco anos, mas que atinja tal período, deve ser considerada para a renovação, desde que os períodos sejam contínuos, sucessivos e ininterruptos, não se excluindo a hipótese do amparo da Lei nº 8.245/91.<sup>82</sup> Há, evidentemente, outras exigências, tal como se verifica pelo próprio sistema da lei: a) prova do exato cumprimento do contrato em curso e quitação dos tributos incidentes sobre o imóvel; b) indicação das condições oferecidas, especialmente o valor do aluguel mínimo oferecido.

Com base no artigo 52, § 2º, Lei nº 8.245/91, nas locações de espaço de loja em *shopping centers*, o locador não poderá recusar a renovação da locação com fundamento na utilização do imóvel para uso próprio, para uso da sociedade de que faça parte e para uso de ascendente ou descendente, o que demonstra o próprio estímulo do legislador a que o regime, envolvendo o aproveitamento dos espaços no *shopping center*, seja o de vários contratos de locação. Tal se justifica pela finalidade do empreendimento: o objetivo não é do empreendedor exercer o comércio, mas sim organizar o empreendimento para os espaços serem alugados a terceiros.<sup>83</sup> “*A restrição não*

<sup>82</sup> No mesmo sentido do texto, veja a referência de Gustavo TEPEDINO: “... a exigência do prazo contratual mínimo de cinco anos para o exercício da ação renovatória foi amenizada pela jurisprudência, que passou a aceitar a soma de sucessivos contratos escritos e por prazos determinados, desde que o período global atingisse o quinquênio.” (*op. cit.*, p. 147).

<sup>83</sup> VENOSA, Silvio de Salvo, *op. cit.*, p. 191.

*se justifica para o locador que não é o empreendedor do centro comercial, mas simples proprietário de loja locada”.*<sup>84</sup>

Poderá o empreendedor retomar a loja para alterar o *mix* do *shopping center*, desde que haja previsão contratual, com base no princípio da liberdade contratual e da autonomia da vontade, nos termos do artigo 54, da Lei nº 8.245/91, mas desde que o locatário seja indenizado, nos termos do art. 52, § 3º, do mesmo texto legislativo. Alguns contratos de locação de espaço em *shopping center* estabelecem cláusula de aumento do aluguel mínimo, caso o locatário recorra ao Poder Judiciário para obter o reconhecimento do direito à renovação através da Ação Renovatória. Logicamente, tal cláusula é nula, pois fere o art. 45, da Lei nº 8.245/91, além de excessivamente onerosa e leonina, nos termos do art. 51, I, IV, IX, e Lei nº 8.078/90.

Verifica-se, portanto, diante das colocações feitas, e a partir de uma revisão dogmática dos contratos em geral, a necessidade de se buscar o fundamento de validade constitucional dos institutos jurídicos não apenas de direito público, mas também de direito privado. Somente com tal visão poderão ser cumpridos os objetivos da República Federativa do Brasil, entre eles a garantia do desenvolvimento econômico e social da nação, com a erradicação das profundas desigualdades econômicas e sociais, assegurando a toda a coletividade a realização da justiça e do bem-estar sociais. ◆

---

<sup>84</sup> CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda, *op. cit.*, p. 397.

# A SINGULARIDADE DOS JULGAMENTOS E A LUTA CONTRA A LENTIDÃO DA JUSTIÇA

LETÍCIA DE FARIA SARDAS

Desembargadora TJ/RJ. Professora da EMERJ

## I. HISTÓRICO

O Direito Processual Civil, integrante do direito público, é regido não só pelas normas constitucionais, como por normas infraconstitucionais, que visam regular a jurisdição constitucional.

O princípio fundamental do processo civil, previsto no art. 5º, inc. LIV da Constituição Federal, é denominado de *princípio do devido processo legal*, e encontra parâmetro na expressão inglesa *due process of law*.

Diversos e conhecidos são os sentidos do *devido processo legal*, ressaltando-se que a doutrina brasileira tem adotado a expressão unicamente no sentido processual, assegurando, dentre outros, o direito à citação; ao conhecimento do teor da acusação; a um julgamento público; ao arrolamento de testemunhas; de não ser processado nem julgado por leis posteriores ao fato; à plena igualdade entre a acusação e a defesa.

Este basililar princípio consagra a preocupação com a justiça da prestação jurisdicional, levando numerosos países a adotar o sistema dos juízos colegiados desde o primeiro grau de jurisdição.

No Brasil, o grau inicial de jurisdição tem sido quase sempre exercido em juízo singular e, em nível recursal, a regra tradicional consagrou o julgamento colegiado, reservando ao Relator, através de decisão singular, os despachos ordinatórios para o regular andamento dos recursos e das ações de competência originária dos tribunais, assim como a decisão das questões incidentais e a concessão de liminares.

Recentemente, no entanto, atentando para o crescente número de demandas, a Lei n.º 9.756, de 17.12.1998, introduziu relevante modificação nas regras processuais para o julgamento dos recursos, abrandando o *princípio do colegiado na decisão dos recursos*.

## II. INOVAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Assim é que o *caput* do art. 557, da Lei de Ritos, alterado pela Lei n.º 9.756, de 17.12.1998, estabeleceu que o Relator poderá negar seguimento “... a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Complementando esta inovadora norma legal que se aplica a **todos** os Tribunais e ao julgamento de **qualquer recurso**, o § 1º A, em inadequada numeração e com a redação decorrente da Lei n.º 9.756, de 17.12.98, apresenta uma solução ainda pouco utilizada pelo Judiciário Brasileiro, autorizando agora não mais a rejeição, mas o imediato provimento do recurso, por ato do Relator, dispondo:

*“§ 1º - A – Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”*

## III. A DOUTRINA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO COLEGIADO NA DECISÃO DOS RECURSOS

Desempenhou a doutrina pátria um importante papel para a aceitação e a imediata aplicação da inovadora norma legal e, atenta aos princípios da economia e da utilidade do processo, apressou-se a realçar o propósito do legislador de atribuir ao Relator o papel de *porta-voz* do órgão colegiado, minorando a carga de trabalho e abreviando as pautas.

O Ministro Athos Gusmão Carneiro, referindo-se aos poderes do relator concedidos pelas normas processuais supracitadas, esclareceu que a ampliação dos poderes do relator decorre da evidente

*“... necessidade de limitar o número de recursos a serem julgados em sessão, tendo-se em vista o desmedido aumento do número de processos (fenômeno, aliás, de âmbito mundial), sem o correspondente aumento no quantitativo de magistrados.”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Poderes do Relator e Agravo Interno. Artigos 557, 544 e 545 do CPC – **Revista da AJURIS** 79/19

Aliás, o fenômeno da **relativização do princípio da colegialidade no julgamento dos recursos** tem sido objeto de reiteradas teses doutrinárias, valendo ressaltar o magistério de Adroaldo Furtado Fabrício, em artigo publicado pela **Revista da AJURIS**, 76/20:

*“... a evolução recente da legislação processual civil brasileira caminha decididamente para uma progressiva relativização do princípio da colegialidade no julgamento dos recursos, mediante ampliação dos poderes do relator, do que dá exemplo particularmente atual e notável o disposto na Lei nº 9.756/98.”*

Neste mesmo sentido, em artigo denominado “O relator, a jurisprudência e os recursos”, Cândido Rangel Dinamarco discorreu sobre o tema, afirmando que

*“... a crescente opção pela singularidade do julgamento em diversas situações representa uma legítima tentativa de inovar sistematicamente na luta contra a lentidão do julgamento nos tribunais. Sabe-se que o aumento do número de juízes não resolve o problema, como já não resolveu no passado remoto e próximo. É preciso inovar sistematicamente. O que fez a Reforma e o que agora vem a fazer a lei de 1998 representa uma escalada que vem da colegialidade quase absoluta e aponta para a singularização dos julgamentos nos tribunais, restrita a casos onde se prevê que os órgãos colegiados julgariam segundo critérios objetivos e temperada pela admissibilidade de agravo dirigido a eles.”<sup>2</sup>*

Desta forma, com o claro intuito de impedir que recursos descabidos ou repetitivos aumentem a enorme sobrecarga dos tribunais, foi ampliada a competência do relator que não só poderá, como **deverá** examinar preliminarmente se concorrem os requisitos de **qualquer recurso**, para negar imediato seguimento aos recursos, assim como para dar provimento àqueles que estiverem em confronto com as decisões predominantes nos Tribunais Superiores.

---

<sup>2</sup> **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**, coordenado por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. – Ed. RT, 1999, p. 131.

#### IV. O PAPEL JURISPRUDENCIAL

José Carlos Barbosa Moreira, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e professor da Faculdade de Direito da UERJ, comentando as inovações da Lei n.º 9.756/98, depois de lamentar os defeitos técnicos do legislador que errou na numeração dos parágrafos do art. 557 do CPC, e de ofertar um breve retrospecto da evolução legislativa, afirmou que as Leis n.º 8.038 e n.º 9.139, “... já haviam começado a ligar a ampliação dos poderes judicantes do relator ao intuito de prestigiar a jurisprudência ...”, alertando:

*“É fácil de compreender – sobretudo por quem haja exercido, como o autor destas linhas, função judicante em segundo grau de jurisdição – o enfado com que os tribunais encaram a necessidade de ocupar-se, pela enésima vez, de questões jurídicas cuja solução já se pacificou na crônica jurisprudencial. A própria exigência de racionalização do serviço recomenda que se coiba a reiteração **ad infinitum** de tentativas de ressuscitar, sem qualquer motivo sério, discussões mortas e enterradas. Não há vantagem prática em obrigar, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal a gastar tempo e energias, que poderiam ser mais bem aproveitados, na incessante repetição de coisas ditas e reditas a propósito de um mesmo assunto.”*

E, justificando que seu estudo foi realizado “... com brevidade e cautela, segundo convém a exame feito na fumaça da pólvora ...”, afirmou que o aumento dos poderes conferidos ao relator caminha ao arrepio da tradição nacional, concluindo que “... só há um jeito de descobrir que resultado produzirá a inovação: colher elementos objetivos na prática judicial, para apurar, entre outras coisas, o percentual de agravos no universo das decisões do relator, o tempo gasto no respectivo julgamento, a maior ou menor duração desse procedimento em confronto (aqui, é confronto mesmo!) com o dos casos em que o relator não decida por si, e assim por diante”.<sup>3</sup>

Em que pese a preocupação do renomado processualista, a inovadora norma que modifica, substancialmente, o tradicional julgamento colegiado

<sup>3</sup> Inovações da Lei n.º 9.756 em matéria de recursos civis.

dos recursos, reflete um anseio dos nossos Tribunais, enredados na complexidade de nosso sistema processual, premidos pelo excesso de trabalho, taxados de lentos, preocupados com a efetividade e a celeridade do processo, sem se descuidar da igualdade das partes.

De qualquer sorte, a jurisprudência pátria desempenhou relevante papel para a aceitação das novas normas processuais, vez que, em reiterados precedentes realçava a necessidade de racionalização dos serviços e o elevado custo da rediscussão de temas pacificados nos tribunais pátrios.

## V. A CONTROVERTIDA QUESTÃO DO REEXAME NECESSÁRIO PELO PRÓPRIO RELATOR

Muito se tem discutido sobre a natureza jurídica da *remessa necessária*, entendendo boa parte da jurisprudência pátria que não se trata de *recurso*, no amplo sentido da palavra, enquanto que, em diversos outros precedentes jurisprudenciais, tem-se considerado a remessa necessária como um *recurso ex officio*.<sup>4</sup>

Aliada a esta discordância, outra controvérsia suscitou reiterados debates, discutindo-se o julgamento monocrático, por ato do Relator, face a exigência de submissão ao duplo grau de jurisdição.

Consigne-se, no entanto, que o *novo* art. 557 do Código de Normas utilizou o vocábulo **recurso**, sem qualquer restrição, o que, evidentemente, inclui a *remessa necessária*, vez que não cabe ao intérprete fazer a distinção inexistente no texto legal.

Acrescente-se que o art. 475 do Código de Processo Civil exige apenas que o reexame deve ser feito por *tribunal*, o que inclui não só a decisão colegiada realizada através das turmas, seções, plenos ou câmaras, como a decisão singular, realizada pelo relator, presidente ou vice-presidente.

Em voto condutor da aplicação da regra contida no art. 557 do Código de Processo Civil ao reexame necessário, a atual Ministra Eliana Calmon, quando ainda integrante do Tribunal Federal de Recursos, negou provimento à agravo, com a seguinte ementa:

*“Processo Civil. Agravo regimental. Legalidade do ato do Relator que nega seguimento a recurso e à remessa oficial. Art. 557 do CPC.*

<sup>4</sup> Resp nº 59.431 – SP; Resp n. 57.333- SP; Resp. n. 43.799- SP.

1. *Legítima e legal a decisão do Relator que, embasando-se em decisões da Quarta Turma, negou seguimento ao recurso voluntário e à remessa oficial, porque, como delegado do órgão fracionário, cumpre, com a sua decisão, a exigência do art. 475 do CPC (duplo grau de jurisdição).*
2. *Inocorrência de cerceamento de defesa.*
3. *Agravo regimental improvido.”*

Desta decisão pioneira, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial, julgado em 03.05.1998,<sup>5</sup> sendo Relator o Ministro Adhemar Maciel, que reconheceu a possibilidade do reexame necessário efetuado pelo próprio Relator, discorrendo sobre o *novo* art. 557 do CPC e ressaltando que esta norma processual

*“I - ... tem como escopo desobstruir as pautas dos tribunais, a fim de que as ações e os recursos que realmente precisam ser julgados por órgão colegiado possam ser apreciados quanto antes. Por isso, os recursos intempestivos, incabíveis, desertos e contrários à jurisprudência consolidada no Tribunal de 2º grau ou nos Tribunais Superiores deverão ser julgados imediatamente pelo próprio Relator; através de decisão singular; acarretando o tão desejado esvaziamento das pautas. Prestigiou-se, portanto, o princípio da economia processual e o princípio da celeridade processual, que norteiam o Direito Processual moderno.”*

E prosseguiu a decisão da 2ª Turma do STJ:

*“II – O novo art. 557 do CPC alcança os recursos arrolados no art. 496 do CPC, bem como a remessa necessária prevista no art. 476 do CPC. Por isso, se a sentença estiver em consonância com a jurisprudência do Tribunal de 2º grau ou dos Tribunais Superiores, pode o próprio Relator efetuar o reexame obrigatório por meio de decisão monocrática.”*

---

<sup>5</sup> Recurso Especial nº 155.656 – BA – DJ 06.04.1998 – 2ª Turma – STJ.

No corrimão deste entendimento, o STJ traçou a linha da autorização do julgamento pelo Relator, por meio de decisão unipessoal, mesmo na hipótese da remessa necessária, valendo citar o voto proferido pela Ministra Nancy Andrichi, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 228.824 – CE.

*“Agravo no recurso especial – Processual Civil – Art. 557 do CPC – Decisão monocrática do Relator – Remessa oficial – Possibilidade. O art. 557 do CPC, com a nova redação de acordo com a Lei nº 9.139/1995, autoriza o Relator a decidir monocraticamente o recurso, mesmo em se tratando de remessa oficial, quando manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal.”*<sup>6</sup>

A reiteração de idênticos julgados, pacificando o tema, culminou com a edição da Súmula nº 253, nos seguintes termos:

*“SÚMULA nº 253 – O art. 557 do CPC, que autoriza o Relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário.”*<sup>7</sup>

Restou vitorioso o pioneiro voto da Ministra Eliana Calmon que, com inteiro acerto, alertou que o dispositivo legal ao se referir a *negar seguimento a recurso*, não vedou que se fizesse o mesmo em relação à remessa oficial, *“... porque, em verdade, a decisão do Relator equivale a julgamento do órgão do qual é delegado. E, sem ofensa ao disposto no art. 475 do CPC, é possível o reexame de forma simplificada”*.

## VI. CONTROLE DA DECISÃO SINGULAR

Impedindo que vezes se levantassem contra os excessivos poderes conferidos ao Relator, numa reviravolta do conceito tradicional expresso no **princípio da colegialidade do julgamento dos recursos**, o legislador apressou-se a criar um sistema de controle, dispondo que das decisões singulares, cabe o **agravo interno** ou **agravo inominado**, previsto no § 1º, do supracitado texto legal:

<sup>6</sup> Agravo Regimental no Recurso Especial nº 228.824-CE, Relatora Ministra Nancy Andrichi.

<sup>7</sup> Corte Especial, em 20.06.2001 – DJ de 15.08.2001, p. 264

“§ 1º - Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se **não houver retratação**, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá prosseguimento.”

O **agravo interno** deve ser interposto no prazo de cinco dias e tem efeito suspensivo, impedindo o trânsito em julgado da decisão singular e, como consignado pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro, na obra mencionada:

“Os argumentos da petição recursal devem impugnar direta e especificamente os fundamentos da decisão agravada, cabendo inclusive argüir que o caso concreto não admitiria a decisão singular; não basta à parte simplesmente repetir a fundamentação do recurso anterior.”

Consigne-se que é este também o fundamento contido na Súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça:

“Súmula 182 – É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

Interposto o **agravo inominado** poderá o relator *reconsiderar* sua decisão, mandando, em conseqüência, processar normalmente o recurso que não estava conhecido.

“... assim, se havia negado seguimento ao recurso por manifestamente intempestivo ou por prejudicado, o tema da tempestividade ou da perda de objeto será objeto de análise pela Câmara ou Turma, ocasião em que o relator poderá, com inteira liberdade, confirmar a orientação já antes manifestada ou, diante de novos argumentos ou de melhor exame, reformulá-la.”<sup>8</sup>

Posto o **agravo interno** em mesa para julgamento colegiado, três distintas possibilidades poderão ocorrer: a) o colegiado não conhece do

---

<sup>8</sup> Cf. Athos Gusmão Carneiro, obra citada, p. 31.

**agravo interno**; b) o colegiado conhece e nega provimento ao recurso, ou, c) o colegiado conhece e dá provimento ao recurso.

Nas duas primeiras hipóteses, quer em decorrência do não conhecimento como do desprovimento do **agravo interno**, prevalecerá a decisão agravada, ficando claro, no entanto, que a decisão colegiada substituirá processualmente a decisão singular.

Na terceira hipótese, provido o **agravo interno**, também denominado de **agravo inominado**, o recurso terá seguimento, ou seja, o provimento do **agravo interno** implica na *revogação da decisão singular*.

## VII. CONCLUSÃO

O tempo no processo é talvez um dos mais discutidos temas da atualidade.

Impossível esquecer a conhecida advertência lançada por Rui Barbosa, para quem, justiça tardia não era justiça.

A consciência da cidadania, a facilitação do acesso à justiça, a descrença do cidadão com os poderes executivo e legislativo, o exercício do poder executivo através de medidas provisórias, os sucessivos planos econômicos, a ausência de programas básicos de garantia da saúde, da vida, da educação, da moradia, as grandes concentrações urbanas, a falta de emprego, a falta de segurança pública, a violência, a criação e a majoração dos tributos, o empobrecimento da sociedade brasileira, têm levado a um desmesurado aumento de demandas, abarrotando os tribunais, impedindo a realização de uma justiça ágil, pronta, efetiva.

A **singularidade das decisões colegiadas** é talvez um dos mais importantes instrumentos colocado nas mãos do Relator para abreviar o tempo do processo, minorando o gasto de energia com a repetição de temas pacificados, esvaziando as pautas de julgamento, prestando uma justiça adequada e rápida.

Dados objetivos demonstram que, nas Câmaras, Turmas, Seções e Plenos onde os Relatores têm aplicado, conscientemente, os novos poderes que lhes foi concedido pela Lei n.º 9.756/98, o prazo dos processos foi reduzido, as pautas estão mais leves, sobrando o almejado tempo para se pensar temas novos.

A ampliação das decisões singulares, quer para rejeitar, como para prover **qualquer** recurso, sem dúvida muito contribuirá para a mudança da imagem de um Poder Judiciário engessado em prazos, em formas arcaicas

e em conceitos tradicionais.

Para concluir este breve estudo do fenômeno da singularidade dos julgamentos colegiados, não é demais repetir a lição de Eduardo Couture, para quem:

*“La tendencia de nuestro tiempo es la de aumentar los poderes del juez, y disminuir el número de recursos: es el triunfo de una justicia pronta y firme sobre la necesidad de una justicia buena pero lenta.”*<sup>9</sup> ◆

---

<sup>9</sup> **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, Editora Depalma, 3ª ed. Buenos Aires, 1985, p. 349.

# PODE EXISTIR DIREITO ALTERNATIVO?

**LUIZ MACHADO**

*Professor da EMERJ e da UERJ*

## APRESENTAÇÃO

O adjetivo “alternativo” vem do latim *alter*, “outro” e, no caso, indica o que não está ligado ao que é dominante, ao que está estabelecido, à *norma agendi*.

O direito estabelecido, *jus cond tum*<sup>1</sup>, é uma conquista da Humanidade. Cite-se, por exemplo, a Reserva Legal, aqui escrita com iniciais maiúsculas para ressaltar-lhe o bem social que representa. Podemos imaginar os caminhos difíceis através dos séculos até ficar escrito que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (na nossa Constituição Federal, de 1988, art. 5º, item II) e, no campo específico do direito penal, que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* (na nossa Constituição Federal, art. 2º, item XXXIX).

O dicionário define friamente “código” como “coleção de leis”, “conjunto metódico e sistemático de disposições legais relativas a um assunto ou a um ramo do direito”, mas um CÓDIGO é muito mais do que isso; é uma conquista da Humanidade, acumulada a pouco e pouco desde o código de Hamurabi, a mais antiga coleção de leis que se conhece, datando do século XIX a.C.

O direito positivo se contrapõe ao arbítrio, à vontade absoluta dos soberanos, dos déspotas.

Se há leis injustas, também existem os mecanismos legais para alterá-las, mas não é a vontade dos governantes ou as convicções pessoais de cada magistrado que decide sobre isso.

## ORDEM JURÍDICA

<sup>1</sup> Pronuncia-se /cônditum/, com a primeira sílaba “con” como tônica, pois se dissermos /condítum, com a sílaba tônica “dí”, na expressão *jus cond tum*, estaremos dizendo “molho bem temperado”, uma vez que *jus* tanto significa “direito” como “suco”, “molho”.

Não obstante o truísmo, cabe repetir: ninguém pode ficar acima da lei. O juiz tem de **dizer** o direito; ele tem *jurisdição* (do latim *jus*, “direito” e *dicĕre* (Pronuncia-se /dícere/), “dizer”: “dá-me o fato, que te darei o direito” (Em latim: *da mihi factum, dabo tibi jus*) e **julgar**<sup>2</sup>, isto é, exercer o raciocínio jurídico sobre um fato, fundamentado nas normas de direito em vigor. Mas ao juiz não cabe **fazer** ou modificar a lei conforme suas convicções pessoais.

Seguramente, todos estamos preocupados com os problemas sociais; todavia, não é com propostas líricas e, às vezes, demagógicas, de implantar a subjetividade na composição dos conflitos e, sim, na objetividade das leis que contribuiremos para uma sociedade mais justa.

Nada afeta tanto as pessoas quanto o Direito. E se a lei for comprovadamente injusta, existem os mecanismos legais para que sejam alteradas, repita-se.

Se a lei a ser aplicada fosse uma elaboração da cabeça dos juízes, como iriam atuar os advogados? *Rogando, suplicando, implorando* justiça? E esta justiça seria a das convicções pessoais do juiz? A independência entre juízes, advogados e promotores, hoje existente na lei, ficaria abolida, pois todos estariam subordinados às idiosincrasias dos julgadores. “Livre convencimento”, “convicção do julgador”, “consciência do juiz” significam a interpretação das provas, obedecendo ao direito expresso para prolatar sentença, isto é, o resultado de reflexão profunda, de análise percuciente das provas trazidas a juízo para fundamento dos direitos demandados. *Sentença* vem do latim *sententia*, do verbo *sentire* (Pronuncia-se /sentire), “sentir”, que também dá origem a *senso*, bom *senso*. Como foi citada a palavra “juízo”, vejamos o que significa, no caso: “é uma qualidade que tem por base o discernimento (distinguir o bem do mal, o verdadeiro do falso). É a faculdade pela qual, depois de haver discernido, se compara, se julga, isto é, se apreciam as condições relativas das diversas coisas, e se decide o que se deve fazer segundo a razão, conforme a lei.

A lei pode ser omissa... o Direito jamais. Resta-nos também indagar se é omissa a lei que prevê a possibilidade de omissão? O art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil diz: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

---

<sup>2</sup> Ver do mesmo autor **Que Significa Julgar?**

Não cabe ao juiz julgar se uma lei é justa ou injusta, conforme suas próprias virtudes morais e, sim, aplicá-la. Se existe regra de Direito que diz como devem ser supridas as lacunas da lei, vê-se que esta pode ser omissa, mas o Direito não o é. Mas este não é o nosso tema que, no momento, restringe-se à análise de sabermos se é possível, sem graves riscos para a sociedade, soluções fora da ordem jurídica.

A *ordem jurídica* é a regulamentação, evolutivamente estabelecida, para manter o equilíbrio entre as relações do ser humano na sociedade, no tocante a seus direitos e a seus deveres.

Na *ordem jurídica* assenta-se o conjunto de regras obrigatórias, formuladas para proteção de todos os interesses e para a norma de conduta de todas as ações.

O objetivo das leis, seja quando prescrevem uma norma de ordem pública ou uma norma de ordem privada, é assegurar a própria ordem jurídica preestabelecida, mantendo as instituições públicas e o respeito recíproco que deve haver entre os seres humanos, como o reconhecimento dos próprios direitos que lhes são atribuídos.

## CONSCIÊNCIA DO JUIZ

Quando se fala em *consciência do juiz*, em relação à sua atuação no terreno judiciário, nós nos referimos à sua *consciência jurídica* que é formada por seu conhecimento jurídico, e não à palavra *consciência* no sentido geral de não contrariar os ditames da razão, da bondade, de agir conforme as regras que o homem médio considera justas.

## EQÜIDADE E DIREITO ALTERNATIVO

O item 37, do art. 113, do Capítulo II, **Dos Direitos e das Garantias Individuais**, da Constituição de 1934, preceituava: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou *por eqüidade*”. (O grifo é da presente transcrição).

A palavra *eqüidade*, do latim *aequitas* (Pronuncia-se /éqüitas/) (de *aequus* [Pronuncia-se /éqüus/], “igual”), já foi sinônima de justiça, no sentido comum de virtude moral que inspira a concessão de direitos independentemente da Ordem Jurídica, chegando a um sentido de tal amplitude que se mostrava como um princípio de Direito Natural que poderia até contrariar as regras do Direito Positivo, o direito normativo. *Eqüidade* até se confun-

dia com “caridade”. Ora, quando a lei era considerada injusta, apelava-se para que, na sua aplicação mais fossem atendidos outros fatores que não a própria regra do Direito.

Nessa época, era comum o advogado *pedir justiça* ao juiz, o que hoje não mais se justifica, pois o que o julgador deve fazer é aplicar a lei abstrata ao caso concreto. Se pedissemos justiça, estaríamos deixando ao arbítrio do juiz decidir o que seria **justo** e **razoável** no uso da lei, podendo ele até optar por não aplicá-la.

Cabe aqui uma explicação sobre “legal”, “legítimo” e “lídimo”. “Legal” é “baseado numa lei, feito conforme a lei, prescrito pela lei, concedido pela lei”. “Legítimo”, também significa “conforme a lei” mas acrescenta a idéia de “conforme a equidade, a razão, a ordem natural”. É bem ilustrativa a expressão “legítima defesa”. Ela ocorre conforme a lei com base no direito natural.

“Lídimo” é forma popular de “legítimo”, a qual com o tempo se tornou literária.

Vamos fazer uma incursão no Código Penal do Nazismo e verificar aonde a idéia de “direito alternativo” pode levar.

O regime nazista, ao admitir, declaradamente, a analogia no Direito Penal, pela lei de 28 de junho de 1935, que modificava o texto do artigo 2º do STGB (**Strafgesetzbuch**, “Código Penal”), nos seguintes termos: *“Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung Verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbare Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft”*. (“É punido quem comete um ato que a lei declara punível ou que merece punição segundo o conceito básico de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se nenhuma lei penal determinada encontra aplicação imediata ao fato, então o fato é punível segundo a lei cuja idéia principal melhor se lhe adapte”). Ao fazermos uma tradução literal do texto, queremos mostrar-lhe o absurdo desprezo pela segurança da ordem jurídica de que os cidadãos precisam. Ora, quem iria determinar se o fato constituía crime seria, em última análise, o julgador, possivelmente nomeado pelo **Führer** ou seus prepostos. Essa é a pior faceta do **direito alternativo**, aquele que só existe na cabeça do julgador que, então, passa a ser uma caixa de surpresas.

*Analogia* não é semelhança na aparência mas sim nas relações. Ela é uma indução começada; daí praticamente não ter limites, dependendo sua aplicação da imaginação do aplicador. A etimologia da palavra é do grego *ana*, no caso, “de acordo com” e *-logos*, no caso, “proporção”.

O texto do artigo citado merece profunda reflexão pois, à primeira vista, ele parece levar em conta os interesses do povo mas, na verdade, deixa as pessoas sem segurança no mundo jurídico.

Embora tenhamos o preceito *dura lex, sed lex* (a lei é dura mas é lei), temos também o de *aequitas sequitur legem* (Pronuncia-se /équititas séquitur légem/) “a equidade acompanha a lei”, pois a equidade não pode ser contra a lei. O art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil consagrou esse princípio ao estipular “na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”.

Ao analisarmos bem, podemos dizer que o art. 113 da Constituição de 1934 foi desmembrado nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Se um juiz manda libertar uma mulher que furtou leite em pó de um supermercado para alimentar seu filho, tem fundamento legal sua decisão. O juiz não iria decidir contra a lei e o fundamento para liberar a infratora na lei, o estado de necessidade (furto famélico); eis aí um caso previsto no direito positivo que a equidade acompanha a lei. (CP, art. 23, I e art. 24).

Não se trata aqui do *princípio da insignificância*. A teoria do crime de bagatela é incompatível com o clamor da comunidade por uma tolerância zero em relação a condutas criminosas. A motivação do delito é que conduz à excludente de ilicitude e não sua reiteração.

Ora, se o juiz fosse autorizado a decidir por equidade ele iria aplicar a norma que ele mesmo estabeleceria, como se legislador fosse, e legislador único, uma única cabeça.

Pela definição de Celso, o direito é a arte do bem e do justo (*Jus est ars boni et aequi*) e significa que a interpretação da lei, para ser boa, tem de vir temperada pela equidade.

Quando se fala em *livre convencimento* do juiz, a lei não está dizendo que ele vai decidir conforme esteja convencido, mesmo fora da lei. Não! *Livre convencimento* significa que fará atuar a lei ao caso concreto sem quaisquer injunções, segundo os conhecimentos que deve ter do Direito e das leis, conhecimentos estes que vão formar sua *consciência jurídica*, que não é a “consciência” no sentido comum da palavra, como já se disse.

O art. 131, do CPC, diz: “O juiz apreciará **livremente** a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o **convencimento**”. (O grifo é desta transcrição). Como se vê, a liberdade de que goza o juiz não pode transformar-se em arbítrio, devendo dar os motivos de seu raciocínio para tomar a decisão.

Todos nós da área do Direito, Juízes, Promotores e Advogados, precisamos desenvolver e aprimorar constantemente a *consciência jurídica* para podermos lidar com as leis, o Direito Positivo.

Os Códigos e o Direito Positivo são conquistas da Humanidade, repita-se, que, em etapas, vem aperfeiçoando as leis para a harmonia social. As injustiças sociais precisam ser sanadas pela promoção social, pelo trabalho. Pretender-se retroagir no rigor das leis é admitir as injustiças sociais, é aceitá-las como fato inevitável e institucionalizá-las. Atribui-se, por exemplo, o aumento da violência a problemas sociais mas isso não justifica a não-aplicação das leis.

#### JUSTIÇA NO DIREITO POSITIVO

Não causes dano a ninguém.

Inflexibilidade. Só considera os fatos. Sua única regra é a lei (*dura lex, sed lex*) e não pode afastar-se dela.

Cumprimento com rigor as leis positivas. Exigência de cumprimento das obrigações.

Direito de exigir o que é devido. Não faça aos outros o que não que-

#### EQÜIDADE

res que te façam.

Flexibilidade e compassividade. Considera a humanidade com suas fraquezas; o objetivo é corrigir as más intenções e seus defeitos e melhorá-la o quanto possa.

Cede às leis da Natureza. Socorro aos necessitados. Direito de exigir o que é devido.

Pede que perdoemos parte do que nos é devido ou concedamos prazo para o cumprimento de obrigações, principalmente em anos de crise.

Obriga o cumprimento de obrigações com autoridade.  
Obriga o cumprimento de obrigações

impostas pela probidade, pela consciência ou outras considerações ponderáveis.

A equidade é uma obrigação fundada nos princípios da lei natural, que não está sujeita às leis criadas pelo ser humano.

As leis humanas, para serem justas, devem ser reguladas pela lei natural. A justiça é uma obrigação a que se submete o ser humano que vive em sociedade.

### INÍQUO, INÓCUO E IGUALITÁRIO

O adjetivo “iníquo” vem do latim *iniquuâs* (Pronuncia-se /iníqüus/), formado de *in*, “não” e *aequus* (Pronuncia-se /éqüus/), “igual” e significa, portanto, “desigual”, “injusto”, “contrário à equidade”. “Inócuo” vem do latim *innocuu* (Pronuncia-se /inócuu/), formado de *in*, “não” e *nocuus* (Pronuncia-se /nócuus/), “nocivo”, significando, portanto, “que não faz mal”.

“Igualitário” vem do francês *égalitaire* e significa “relativo ao, ou que é partidário do igualitarismo, sistema que preconiza a igualdade de condições para todos os membros da sociedade”.

### CONCLUSÕES

O chamado “direito alternativo” se confunde com *equidade*, tomada esta palavra no sentido técnico, mas o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. Ver no CPC, art. 20, § 4º em que aparece a expressão “apreciação equitativa”, art. 1.109 – o juiz não fica obrigado a observar a “legalidade estrita” e ver a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e 1.456, do CC e sobre alimentos, o art. 15 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968.

Na aplicação da Lei o juiz atentarà aos fins sociais a que ela se destina, sem se deixar guiar pelo princípio da insignificância (*de min mis non curat praetor* [pronuncia-se /de mínimis non cúrat prétor/]), pois ele é incompatível com o clamor da sociedade por tolerância zero a fim de evitar-se a impunidade.

Os juízes democratas sabem o valor de atentar para os fins sociais sem extrapolar os limites da lei. ◆

# ELEIÇÃO DIRETA PARA O STF?!

**RICARDO A. MALHEIROS FIUZA**

*Professor da Faculdade de Direito “Milton Campos”, de Belo Horizonte.*

Mais uma vez se defende a eleição popular para os magistrados. E agora se fala mesmo em eleição direta para os componentes do nosso Supremo Tribunal Federal!

No tocante ao sistema de eleições para o ingresso na carreira da magistratura, já me posicionei absolutamente contrário, mostrando que a Europa toda, o Japão e o nosso Brasil adotam o salutar sistema de concurso público para a nomeação de seus julgadores.

Quanto à eleição direta para o Supremo Tribunal, ponho-me mais radicalmente contra, pelos mesmos motivos, quais sejam a imiscuição direta do futuro ministro na disputa partidária, sua presença em debates de campanha e seu comprometimento no financiamento da eleição, sem se falar no despreparo do eleitorado!

Basta uma rápida “viagem” no Direito Comparado, pelos Estados mais civilizados e democráticos do mundo para se chegar à conclusão de que o sistema de eleição direta dos membros dos Tribunais Superiores não é o usado. Senão vejamos:

Na **Grã Bretanha**, a mais alta jurisdição ordinária é exercida pela Câmara dos Lordes ou, mais precisamente, pelos onze lordes judiciais, que dela fazem parte, designados vitaliciamente pela Rainha, sob proposta do Primeiro Ministro, deles se exigindo que tenham desempenhado uma alta função judicial durante dois anos ou tenham advogado por quinze anos. A British Law Society tem papel importante na indicação dos **Judicial Lords**.

Na **França**, o Alto Tribunal de Justiça é constituído por vogais eleitos entre os membros da magistratura e, em número igual, pela Assembléia Nacional e pelo Senado da República, a seguir a cada revogação geral ou parcial dessas câmaras.

Na **Alemanha**, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula da Justiça Comum, é composto por Juízes, altos funcionários públicos e pro-

curadores nomeados pelo Gabinete, em conjunto com uma “Comissão de Seleção de Juízes”, constituída pelos ministros estaduais de Justiça, e em igual número de membros, eleitos pelo Parlamento Federal.

Na **Suíça**, a Constituição Federal estabelece que os 30 membros e os 15 suplentes do Tribunal Federal devam ser nomeados pela Assembléia Federal bicameral, levando em conta a representação das três línguas oficiais (alemão, francês e italiano), entre cidadãos elegíveis para a câmara alta helvética.

Na **Itália**, os magistrados da Corte de Cassação são recrutados por concurso curricular, podendo ser chamados ao cargo, por mérito insigne, juízes, professores universitários de Direito e advogados, esses com prática mínima de quinze anos, com inscrição na ordem dos advogados da superior instância. A indicação é feita pelo Conselho Superior da Magistratura.

Na **Espanha**, o Tribunal Supremo tem seus componentes nomeados pelo Rei, por proposta do Conselho Geral do Poder Judiciário, que é órgão de composição mista, isto é, formado de Juízes e de não-Juízes.

Em **Portugal**, o Supremo Tribunal de Justiça tem sua composição estabelecida em lei ordinária, a qual prevê que, em cada cinco vagas no Supremo, três sejam preenchidas, através de indicação do Conselho Superior da Magistratura, pela promoção de Desembargadores das Relações (equivalentes aos nossos Tribunais de Justiça); uma por representante do Ministério Público; e uma por escolha entre professores universitários de Direito ou advogados. O número de componentes é prescrito por lei. O presidente do Supremo Tribunal de Justiça português é eleito pelos seus pares.

No **Canadá**, os sobrejuízes da Suprema Corte são nomeados livremente pelo Executivo (leia-se pelo Primeiro-Ministro), com a tradição de o serem entre ilustres profissionais do foro e, algumas vezes, entre professores do ensino jurídico.

Nos **Estados Unidos**, os nove *justices* da Suprema Corte, literalmente vitalícios, são nomeados pelo Presidente da República após *rigorosa* sabatina feita pelo Senado, recaindo a escolha em *juristas* altamente qualificados, não importando a sua atividade anterior (magistrados, advogados, professores, procuradores e até mesmo políticos militantes). A American Bar Association, que congrega os profissionais do Direito norte-americanos, é uma força considerável na indicação dos “candidatos”.

No **Japão**, a Suprema Corte é composta de um Juiz-Presidente nomeado pelo Imperador e mais 14 Juízes nomeados diretamente pelo Parlamento

bicameral japonês. A Constituição nipônica tem um dispositivo curioso, determinando que a nomeação de cada Juiz da Suprema Corte será revista pelo povo, numa espécie de *recall*, quando das eleições para o Parlamento. Nunca ocorreu tal tipo de rejeição, até agora...

No **Brasil**, a Constituição estabelece que o Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, dentre cidadãos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. O Presidente da República e os Senadores é que são eleitos pelo povo!

\*\*\*

O fato de o Ministro da nossa mais alta Corte ser nomeado pelo Chefe do Executivo choca algumas pessoas, pensando em comprometimento político (o que pode ocorrer, *sim*, no sistema de eleição direta). Tal não acontece, normalmente, pois mesmo ex-políticos quando togados (ou tocados) pelas vestes do Supremo parece que se vêm protegidos das influências. Basta lembrar diversos episódios nesse sentido, principalmente na época mais dura da “Revolução”, quando Ministros nomeados por Juscelino, Jânio, Jango e até mesmo por Castello Branco, chegavam, no entanto, a decisões unânimes da maior gravidade.

Cumpra aqui lembrar também que, dos oito *justices* da Suprema Corte americana que, unanimemente, obrigaram o Presidente Nixon a entregar as fitas de Watergate, quatro haviam sido nomeados por ele mesmo. E a decisão que o levou à renúncia foi lavrada pelo *chief-justice* Burger, também indicado por Nixon.

A afirmação de que “a corrupção que hoje existe no Judiciário evidentemente não proveio de eleições” merece dois reparos. Primeiro, que a possível corrupção dos Juizes é mínima neste Brasil de corrupções; e segundo, é perguntar: as eleições estão evitando a crise moral que grassa (sem graça) neste País? ◆