

ISSN 1415-4951
(versão impressa)

Revista da
EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro



Vol. 8 - Nº 29 - 2005



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 8 - n. 29 - 2005

Janeiro/Fevereiro/Março

Rio de Janeiro



DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Murilo Andrade de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. José Pimentel Marques

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Coordenador dos Núcleos de Representação e da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira



APRESENTAÇÃO

Quem lê, ainda que não regularmente, nossas edições trimestrais da REVISTA DA EMERJ, cujo primeiro número saiu no primeiro trimestre de 1998, deve ter notado que sua circulação ocorre dentro do respectivo trimestre, não raro no último ou penúltimo mês do período. Nesse esforço de regularidade de suas edições procuramos também manter o aspecto concebido desde o primeiro número, com o Cristo Redentor na capa, símbolo da cidade do Rio de Janeiro e mesmo do nosso Estado, com uma das mais belas Baías da cidade ao fundo. Incluímos em cada número de 15 a 20 artigos doutrinários nos diferentes ramos do Direito.

Com o número 28, completamos os sete anos dessa edição continuada. O grande interesse que nossos estagiários e colaboradores diretos, professores e articulistas têm manifestado pela REVISTA, a cada número que se edita, nos anima a mantê-la nos moldes atuais, como órgão de atividade acadêmica de seu corpo docente.

Foi pela pertinaz iniciativa do então Diretor-Geral, Manoel Carpena Amorim, que, se começou a editar a REVISTA DA EMERJ, em continuação dos primitivos boletins de ensino que resumiam as aulas e se denominavam Boletins Acadêmicos (BA). Com o Diretor Sergio Cavalieri Filho, hoje Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, ampliou-se a tiragem da REVISTA para 3.000 e depois 5.000 exemplares. Passamos a ter maior número de colaborações, que antes eram de 15 aproximadamente e hoje atingem até 20 ou 21.

Na gestão do Diretor Sergio Cavalieri a REVISTA passou a ter divulgação em todo o País e sempre foi instrumento de apoio para o ensino de seus estagiários.

Assistimos nesse período a muitos acontecimentos de destaque em nosso Tribunal e na própria ESCOLA DA MAGISTRATURA, como foi a divulgação intensa do Código Civil de 2002, em simpósios, seminários, encontros e debates. Registramos com edição especial o

seu 20º número e, no 26º, demos destaque, com colaboração especial, ao bicentenário do Código Civil Francês, o Código de Napoleão. A REVISTA registrou a eleição, por duas vezes, de nova Diretoria Geral, que ocorre por ocasião da escolha dos novos membros da Direção do Tribunal de Justiça.

Assim, o Plenário do Tribunal, no dia 16 de dezembro último, elegeu a sua nova Administração, que irá dirigir os destinos de nosso Poder Judiciário no biênio 2005/2006 e que assim ficou constituída: SERGIO CAVALIERI FILHO – Presidente do Tribunal de Justiça
Manoel Carpena Amorim - Corregedor-Geral da Justiça
Laerson Mauro - 1º Vice-Presidente
Amauri Arruda de Sousa – 2º Vice-Presidente
Celso Guedes – 3º Vice-Presidente.

Na mesma ocasião, o Órgão Especial do Tribunal fez escolha do novo Diretor-Geral da ESCOLA DA MAGISTRATURA, o Desembargador PAULO ROBERTO LEITE VENTURA. Também foram eleitos os novos membros das Comissões Permanentes, de Legislação, de Jurisprudência e de Regimento Interno. Por sua vez, o novo Diretor-Geral da EMERJ, Desembargador Paulo Roberto Leite Ventura, indicou os membros do seu novo Conselho Consultivo.

Todos os eleitos tomaram posse no dia 1º de fevereiro de 2005.

Des. Décio Xavier Gama
Coordenador da REVISTA DA EMERJ

SUMÁRIO

Ética e Justiça

17

José Carlos Barbosa Moreira

Desembargador do TJ/RJ e Professor da UERJ.

1. Conceito de Justiça. Palavra polissêmica de significados diversos. Conceituação jurídica, filosófica e até teológica. Justiça sobre o ponto de vista ético. 2. Falar de Ética na Justiça é falar de pessoas, excluídos os animais e as coisas. 3. A figura do círculo concêntrico de raio maior, que é o da Ética e outro menor, que é o do Direito. 4. A lei estabelece normas de conduta para o juiz (art.125 do CPC). A LOMAN (art. 35, VIII) estabelece deveres em situações da vida privada e da pública para o Juiz em princípios gerais. 5. A imparcialidade que caracteriza a jurisdição. 6. A inspeção pessoal quando necessária. 7. A publicidade dos atos processuais, salvo exceções, são para as partes, não para as pessoas dos juízes, que não são vedetes. Não devem os juízes estar, assim, sempre a dar entrevistas. 8. O Juiz deve ter a coragem para decidir, quando lhe parecer correto fazê-lo, ainda que em divergência com opinião predominante no público ou nos meios de comunicação. 9. A motivação da sentença não é lugar para expressões violentas, ou adjetivação ofensiva à parte ou para agravar o sofrimento do derrotado. 10. A delicadeza do problema quanto ao advogado. Cabe a ele observar o art. 601 do Estatuto da OAB, assim como o que dispõe o art. 34 e todo o Capítulo VIII do Título I do Estatuto além do Código de Ética e Disciplina dos Advogados. 11. O dever de veracidade da testemunha (art. 415 do CPC). Finalmente o dever ético também para os peritos.

O Direito dos Contratos e a Autonomia da Vontade. A Proteção Especial dos Consumidores

28

Roberto Wider

Desembargador do TJ/RJ.

1. Das transformações do Direito dos contratos. 2. A função social do contrato. 3. A alegada "morte do contrato". 3.1. Uma visão nova da autonomia do contrato. 4. A liberdade e

a justiça contratual. 5. A jurisprudência dos interesses e a jurisprudência de valores. 6. Os contratos impostos e encaminhamento de soluções. 7. As regras mínimas de proteção contratual. 8. Primeiras conclusões. 9. A Proteção especial dos consumidores e uma nova abordagem no plano processual. 10. A influência das mudanças na responsabilidade civil. 11. A constitucionalização do Direito Civil. 11.1 Um caminho sem volta. 12. Conclusões.

Administração Judiciária e Organização Judiciária 51

Nagib Slaibi Filho

Desembargador TJ/RJ, Prof. da EMERJ e da UNIVERSO/RJ.

1. Administração judiciária. 1.1. Especificidade da ciência da Administração Judiciária. 1.2. Fontes da Administração Judiciária. 1.2.1. A Constituição da República. 1.2.2. A Constituição do Estado-membro. 1.2.3. O regimento interno dos tribunais. 1.2.4. O poder regulamentar dos órgãos judiciais, inclusive do Conselho Nacional de Justiça. 1.2.5. Lei de organização judiciária. 2. Organização Judiciária. 2.1. Organização judiciária no sentido amplo. 2.2. Organização judiciária no sentido estrito. 2.3. Conteúdo da organização judiciária. 2.4. Histórico brasileiro da organização judiciária. 2.5. Organização judiciária na Constituição de 1988.

As Ambulâncias e o Poder Judiciário – Reserva de Jurisdição e Direito de Liberdade 76

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Juiz de Direito no TJ/RJ, Professor de Direito Penal e Doutor em Direito.

1. A Parábola das Ambulâncias 2. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. 3. A Reserva da Jurisdição. 4. O Direito Fundamental de Liberdade. 5. A *Rebelião* e o Controle da Constitucionalidade. 6. Conclusão.

Responsabilidade Civil pelo Fato ou Guarda de Animais Ferozes **87**

Clayton Reis

Juiz de Direito aposentado em 2º grau. Doutor e mestre em Direito das Relações Negociais da UFPR. Professor Titular de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Curitiba e Professor convidado do Mestrado da Universidade de Maringá, de Londrina e da Escola da Magistratura do Paraná.

1) Introdução. 2) Os riscos criados pela sociedade moderna. 3) Responsabilidade do dono pela guarda do animal. 4) O potencial ofensivo dos animais bravios. 5) Os danos causados pelos animais. 6) O processo de indenização dos danos oriundos da ação lesiva de animais. 7) O dever de cuidado dos donos dos animais. 8) A Teoria do Risco em face do potencial de dano. 9) O processo de conscientização na sociedade moderna. 10) Conclusões.

Responsabilidade de Acionista Controlador – Considerações Doutrinária e Jurisprudencial **107**

Pedro A. Batista Martins

Professor da EMERJ e Coordenador de Pós-Graduação da FGV no Rio de Janeiro e São Paulo.

1) Cenário histórico do anonimato. 2) Controle e caracterização. 3) Responsabilidade do controlador. 4) Abuso de direito. 5) Conflito de interesses. 6) Ações de responsabilidade Civil.

Dano Moral em Caso de Descumprimento de Obrigação Contratual **134**

André Gustavo Corrêa de Andrade

Juiz de Direito do TJ/RJ e Professor da EMERJ

1) A idéia de dano moral contratual. 2) Pressupostos do dano moral contratual. 3) O dano moral contratual na jurisprudência. 4) A abusividade da conduta do devedor como fator determinante para a caracterização do dano moral contratual. 5) Dano moral resultante de mora ou atraso no cumprimento.

to da obrigação contratual. 6) Dano moral em consequência da perda do tempo livre. 7) O papel a ser desempenhado pela indenização do dano moral. 8) Conclusão.

Miserabilidade e Ação Penal: Uma Releitura Constitucional 149

Rubens R. R. Casara

Juiz de Direito no TJ/RJ e Mestre em Direito.

I. Apresentação do problema. II. O paradigma constitucional. III. A visão jurisprudencial: a exclusão (con)sentida. IV. Uma proposta inclusiva. V. Conclusão.

Da Retificação Consensual do Registro e as Novas Atribuições do Registrador Imobiliário 155

Jairo Vasconcelos do Carmo

Ex-Juiz de Direito no TJ/RJ e Professor da EMERJ. Delegatário Titular do 4º Ofício do Registro de Títulos e Documentos, no Rio de Janeiro.

I. Introdução. II. Retificação consensual. III. Do procedimento retificatório. IV. Nulidade do registro. V. Outras alterações: áreas remanescentes; áreas públicas, regularização fundiária de interesse social e descrição de imóvel rural. VI. Conclusão.

Doações Voluntárias de Sangue: Uma Alternativa Para a Pena e Para a Vida 168

Rosana Navega Chagas

Juíza de Direito no TJ/RJ, Titular do Juizado Especial de Nova Iguaçu.

1) A atual crise nos Bancos de Sangue do país e os altos índices de mortalidade ocasionada pela carência de sangue nos hospitais públicos e privados. 2) A previsão constitucional da nova modalidade de pena não privativa de liberdade: as prestações sociais alternativas. 3) A natureza jurídica das penas e a sua nova concepção social imposta por uma nova ordem mundial e constitucional: a socialização das penas

alternativas como o seu principal requisito. 4) A postura do Ministro da Justiça quanto à aplicação das penas alternativas e da prisão quando viável tal substituição. 5) Requisitos fundamentais para a constitucionalidade da doação de sangue como pena alternativa: a voluntariedade, pela livre opção dos supostos autores dos fatos diante de outra oferta de pena, tais como doação de cestas básicas ou prestação de serviços. 6) A inclusão social dos doadores de sangue como consequência da exteriorização da extrema solidariedade do ato. 7) A grande conveniência da aplicação desta nova modalidade de pena alternativa somente para os acusados pelos crimes de menor potencial ofensivo, ou quanto a outros que não façam do sistema carcerário. 8) O grande potencial(?) de vidas a serem salvas em todo o Brasil como consequência da aplicação das doações voluntárias de sangue nos Juizados Especiais Criminais. 9) O Juizado Especial Criminal do Paraná como o pioneiro no Brasil na implantação das doações voluntárias de sangue. O convênio entre o órgão e o Centro de Hematologia do Paraná. 10) O medo do novo e a necessária coragem para superá-lo diante das imposições de uma nova ordem jurídica social. 11) O surgimento das parcerias inéditas da justiça com o Ministério Público e o Governo Federal para a solução de um grave problema nacional: a conversão dos esforços para a obtenção do bem comum nacional. 12) A efetivação desta nova pena alternativa de doação voluntária de sangue ao lado da nacionalmente consagrada a doação de cestas básicas. 13) Concepções gerais sobre a doação de sangue e seus diversos âmbitos de aplicação nos Juizados Especiais Criminais, Juízos Criminais e suas Varas de Execução Penal como condição do *Sursis*, do livramento condicional, ou como forma de composição cível com a sociedade. 14) Conclusões.

Controle Judicial Abstrato e Preventivo das Cláusulas Contratuais Gerais: Ação Inibitória **179**

Denise Nicoll Simões de Sousa

Juíza de Direito no TJ/RJ

1. Questão: 2. Importância e atualidade do Tema; 3. A Tutela Jurisprudencial dos Direitos ou Interesses Difusos e Coletivos; 4. Legitimidade passiva nas ações inibitórias; 5. Representação ou Substituição processual; 6. Pessoa ou ente legitimado; 7. Outra via de solução; 8. Conclusão.

A Incompatibilidade da Ressalva do Art. 14, Parágrafo Único do C.P.C. com o Direito à Razoável Duração do Processo **197**

Maurício Chaves de Souza Lima

Juiz de Direito no TJ/RJ

1. Introdução. 2. O Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo. 3. A contribuição da Lei 10.358/01, ao art. 14. do CPC. 4. Conclusão.

Abuso do Direito de Defesa e Reforma Processual **205**

Luis Fernando Schuartz

Advogado e Professor de Direito da Faculdade da FGV

1. Introdução. 2. O Modelo Simples. 3. “Jogando duro” e o Modelo Modificado. 4. Sugestões para a Reforma Processual. 4.1. O sentido do texto normativo deve ser unívoco. 4.2. Previsão de punição para o advogado. 4.3. Previsão da “reincidência” como critério de fixação de sanção.

Algumas Considerações Sobre a Coisa Julgada no Direito Processual Penal **220**

Rodolfo Kronenberg Hartmann

Juiz Federal Substituto na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Professor da EMERJ. Mestre pela UGF.

A sentença e a coisa julgada. O objeto do processo penal. A

sentença como ato de inteligência do magistrado. A correlação entre o que foi pedido e o que foi apreciado: regra de maior rigor no Direito Processual Penal quando se tem em vista o sistema acusatório adotado no Brasil. Liebman elaborou sua teoria, aceita no Brasil, segundo a qual, a coisa julgada é uma qualidade especial da sentença e não apenas um efeito autônomo. De qualquer forma somente o dispositivo da sentença é abrangido pela coisa julgada como estabelece o Código de Processo Penal Alemão e o de Portugal (art. 673), França, Itália, bem como o nosso CPP (art. 110). No Código Processo Civil apenas o dispositivo da sentença faz coisa julgada material. A posição de Ada Pellegrini Grinover.

Pluralismo Jurídico no Brasil

233

Rogério Machado Mello Filho

Advogado e Professor na Faculdade de Direito de Guararapes (PE).

1. Introdução: do monismo ao pluralismo jurídico. 2. Pluralismo jurídico cultural e sociológico. 3. Autonomia das esferas de juridicidade como requisito do pluralismo. 3.1. Da Teoria Biológica à autopoiese luhmanniana. 3.2. A alopoiese como estrutura deteriorante do pluralismo jurídico. 4. A realidade brasileira. 5. Considerações finais: o Direito cordial brasileiro.

Direito Falimentar Brasileiro

241

Celso Marcelo de Oliveira

Advogado e Consultor empresarial

Introdução ao Direito Falimentar. O Instituto Falimentar e sua evolução histórica mundial. Aplicação no Brasil do Direito das Ordenações do Reino. Dificuldades do setor empresarial brasileiro. Diretrizes do Projeto nº 4.376/93 (Lei). Diretrizes gerais do substitutivo da Lei. Recuperação e liquidação judicial de empresas. Parecer da Comissão de Assuntos econômicos do Senado Federal e a nova Lei Falimentar.

Da Imunidade e da Isenção do ICMS em Operações e Prestações Destinadas a Atender aos Órgãos da Administração Pública 269

Eduardo Azeredo Rodrigues

Procurador do Tribunal de Contas (RJ). Professor da Universidade Salgado de Oliveira e Escola Superior da OAB.

1) Introdução. 2) Da imunidade nas hipóteses de tributos indiretos. 3. Da isenção em ICMS. 4. Da repercussão das isenções tributárias no âmbito dos contratos administrativos celebrados pela administração pública direta. 4.1. Eficácia do benefício fiscal no que diz respeito a contratos celebrados sob a égide dos convênios nos quais, eventualmente, não se tenha fruído a isenção tributária. 4.2. Eficácia do benefício fiscal no que diz respeito aos contratos já extintos, embora firmados sob a égide dos Convênios acima referidos, nos quais, eventualmente, não se tenha fruído a isenção tributária. 4.3. Eficácia das isenções nas contratações posteriores aos Convênios. 5. Conclusões.

“Estatuto do Idoso”, o Poder Investigatório do Parquet e o Conceito de Infração Penal de Menor Potencial Ofensivo. Brevíssimas Considerações 287

Cláudio Calo Sousa

Promotor de Justiça/RJ; Titular da 24ª Promotoria de Investição Penal-Capital. Professor de Direito Empresarial da EMERJ, da FEMPERJ e da FGV.

A Lei nº 10.741, de 1º/10/2003 (Estatuto do Idoso) com seus aspectos salutares e suas incongruências. Os dois aspectos da atuação do M.P. na aplicação da Lei. O procedimento administrativo do *Parquet*: como inquérito civil ou policial? A distinção feita nos incisos I e VI do art. 74 da Lei. Um terceiro procedimento Administrativo (para o caso de infrações criminosas). O rito da Lei nº 9.099/95, como aspecto negativo, mas sem se ter a infração penal como de menor potencialidade lesiva.

COLABORARAM NESTE NÚMERO

André Gustavo Corrêa de Andrade, 134

Celso Marcelo de Oliveira, 241

Cláudio Calo Souza, 287

Clayton Reis, 87

Denise Nicoll Simões de Sousa, 179

Eduardo Azeredo Rodrigues, 269

Jairo Vasconcelos do Carmo, 155

José Carlos Barbosa Moreira, 17

Luis Fernando Schuartz, 205

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, 76

Maurício Chaves de Souza Lima, 197

Nagib Slaibi Filho, 51

Pedro A. Batista Martins, 107

Roberto Wider, 28

Rodolfo Kronenberg Hartmann, 220

Rogério Machado Mello Filho, 233

Rosana Navega Chagas, 168

Rubens R. R. Casara, 149



EMERJ

ÉTICA E JUSTIÇA*

José Carlos Barbosa Moreira

Desembargador (4aposentado) do TJ/RJ. Professor da Faculdade de Direito da UERJ.

Justiça, como todos sabem, é uma palavra polissêmica, tem assumido significados muito diversos. Ao longo de séculos se têm feito tentativas para conceituar ou definir Justiça, não apenas na Ciência Jurídica, mas também na Filosofia e até na Teologia.

Seria impossível, obviamente, enfrentar aqui essa problemática. A palestra vai restringir-se a considerações sobre a Justiça, do ponto de vista ético, como mecanismo criado pelo Estado basicamente para resolver litígios, sem prejuízo de outros objetivos.

Falar de Ética, necessariamente, é falar de pessoas, pois, sobre os animais e as coisas, não tem sentido pensar em juízos éticos. Vamos, então, fazer algumas observações, desse ponto de vista, sobre as pessoas de cuja presença depende o funcionamento da máquina da Justiça - os personagens do processo judicial. O processo, entre outras coisas, é, principalmente, um fenômeno jurídico. O ramo do direito que dele se ocupa, o Direito Processual, é um galho da frondosa árvore da Ciência Jurídica. Logo, falar da Ética na Justiça, falar da Ética no Processo, é abordar um tópico de extenso capítulo que poderia denominar-se “A Ética no Direito” ou “As relações entre a Ética e o Direito”.

As concepções que têm surgido acerca desse tópico são extremamente variadas. Basta lembrar que, segundo alguns, o Direito nada mais é do que um mero instrumento de dominação, sem qualquer fundamento ético. Ao passo que, no extremo oposto, há quem conceitue o Direito como o mínimo ético coercitivamente exigível. Tem-se, assim, a figura de dois círculos concêntricos: um de raio maior, que é a Ética; outro de raio menor, que é o Direito. Seja como for, não pretendo, aqui, demorar-me no exame dessas várias concepções.

Vamos passar, diretamente, a considerações sobre a Ética, relativamente aos vários personagens do processo, isto é, aos personagens que

* Palestra proferida no seminário “A REFORMA DO JUDICIÁRIO”, em 10/12/04

comparecem e que atuam no funcionamento concreto da máquina da Justiça. Esses personagens, como todos sabem, são ao menos três: o juiz e as partes. No caso das partes, os problemas éticos assumem, por vezes, aspectos difíceis, questões árduas, pelo simples fato de que, em regra, na imensa maioria dos casos, as partes não atuam diretamente no processo, mas sim por meio de seus advogados. Muito daquilo que a lei diz sobre a parte, na verdade se refere ao advogado da parte. Isso cria certos problemas de difícil solução, inclusive, e talvez principalmente, no plano ético.

Começemos, então pelo juiz, em relação ao qual eu diria que é maior a facilidade na determinação dos padrões éticos de seu comportamento. Isso porque o agir do juiz, em termos gerais, é univocamente determinado. O juiz tem, ou deve ter, como meta precípua de seu agir fazer justiça. Por isso não se manifestam na pessoa do juiz certos conflitos inerentes, por exemplo, à posição do advogado, como mais tarde terei oportunidade de explicar.

As leis preocupam-se, habitualmente, com o estabelecimento de normas de conduta para o juiz. Por exemplo, no CPC encontra-se no artigo 125 uma lista de atribuições que o juiz deve exercer no processo, dirigindo-o de maneira a: "I- assegurar às partes igualdade de tratamento; II- velar pela rápida solução do litígio; III- prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça; IV- tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes". Como se vê, desde logo, em mais de uma dessas disposições, avulta o conteúdo ético.

Também a Lei Orgânica da Magistratura Nacional se ocupa do assunto, enumera em seu artigo 35 uma série de deveres do juiz. No artigo 36 estabelece proibições ao juiz. No artigo 41 censura a impropriedade ou excesso de linguagem, porventura cometida pelo juiz. Todas essas normas são tentativas de "juridicizar" o ético. O Direito apropria-se de regras éticas e converte-as em regras jurídicas, de tal maneira que o comportamento do juiz que não seja conforme a essas regras não apenas recebe uma sanção moral, mas também uma sanção jurídica.

É muito difícil para as leis e para os seus aplicadores particularizar a disciplina dessa matéria. Isso por uma razão básica: a moral nos fornece apenas diretrizes gerais, não nos fornece regras concretas, pormenorizadas de como devemos agir. Essa concretização é deixada à consciência pessoal. Todos nós conhecemos princípios éticos que devem presidir ao nosso modo de agir, mas esses princípios, em geral, não são particularizados. Em cada situação concreta da nossa vida temos de recorrer ao juízo da nossa consciência, respeitando aqueles princípios gerais, mas concre-

tizando-os de acordo com essa fonte imediata que é o juízo da nossa própria consciência.

Por exemplo, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN, em seu artigo 35, VIII estabelece que o juiz deve “manter conduta irrepreensível na vida pública e particular”. Esse é um princípio generalíssimo, que não nos dá uma diretriz concreta para cada uma das situações de nossa vida pública e de nossa vida particular. Aliás, a exigência parece um pouco desmedida. Qual de nós, afinal de contas, pode dizer que sempre manteve uma conduta irrepreensível na vida pública e na vida particular? Sempre encontraremos algum deslize quando fizermos o nosso exame de consciência. Mesmo princípios menos genéricos, como, por exemplo, “tratar com urbanidade as partes”, como impõe a LOMAN em seu artigo 35, IV. Urbanidade é um conceito jurídico indeterminado: aquilo que, na visão de uma pessoa, parece atender à exigência da urbanidade pode ser visto diversamente por outra pessoa. Ora, as leis não podem prescindir desse tipo de formulação, exatamente porque não podem descer a muitos pormenores na disciplina de matérias como esta. Assim, por exemplo, o artigo 13 do Código Civil diz: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes”. Aí nos defrontamos com uma expressão que não aparece somente nesse texto, mas em vários outros: *os bons costumes*. Estamos diante de um típico conceito jurídico indeterminado. A lei não pode estabelecer uma lista de costumes que sejam bons e outra lista de costumes que sejam maus, até porque essa lista teria de variar muito no tempo e no espaço. Então, a lei, aqui, limita-se a ministrar uma diretriz genérica. Não é possível praticar ato de disposição do próprio corpo, licitamente, quando ele contrarie os bons costumes.

Para saber se determinado ato de disposição do próprio corpo é lícito ou não é lícito, o juiz vai ter que utilizar este conceito, para determinar se o ato contraria ou não os bons costumes. É claro que se tratará, em grande parte, de um juízo subjetivo, na medida em que não há uma tábua de valores previamente determinada para que saibamos se determinado costume é bom ou não; problemas esses que afligem, muitas vezes, os juízes conscienciosos - a concretização desses juízos de valor que são inerentes aos chamados conceitos jurídicos indeterminados.

No tocante ao juiz, uma questão que avulta, do ponto de vista ético, é a da sua necessária imparcialidade - o juiz tem de ser imparcial. Há até

mesmo quem coloque nessa nota a marca característica da jurisdição. A jurisdição caracteriza-se por entregar a sorte das pessoas a um terceiro, por definição, imparcial. Mas, às vezes, nota-se certa tendência a confundir imparcialidade com neutralidade. O juiz deve ser imparcial, mas não deve ser neutro, se dermos a esse adjetivo o sentido de “indiferente à sorte do pleito”. O juiz não pode ser indiferente à sorte do pleito. Ao contrário, ele tem de se preocupar em fazer, na medida do possível, que o pleito chegue a um resultado justo. O juiz deve desejar ardentemente que vença quem tem razão e, para isso, ele deve utilizar todos os meios a seu alcance, inclusive, por exemplo, a determinação de medidas de providências probatórias *ex officio*. Esse é um tema que tem sido muito discutido na doutrina do Direito Processual. Deve o juiz poder determinar de ofício medidas probatórias independentemente, pois, da iniciativa de qualquer das partes? Ao meu ver a resposta tem de ser positiva e por mais de uma razão. Primeira razão: julgar nada mais é do que, em última análise, aplicar normas a fatos. Para julgar bem é preciso conhecer bem as normas e é preciso conhecer bem os fatos. Se, portanto, não vêm aos autos, por obra das partes, como é mais comum, as provas necessárias para que o juiz forme sua convicção a respeito dos fatos, nada pode haver de censurável, muito ao contrário, em que ele próprio procure informar-se a respeito, naturalmente preservadas todas as garantias que a Constituição e as leis outorgam aos jurisdicionados.

Lembro-me de certa apelação relativa a uma ação de nunciação de obra nova, que me veio às mãos na qualidade de relator. Alegava-se que a reforma de uma varanda, em certa residência, tinha como corolário a possibilidade de que o morador devassasse indevidamente a privacidade do vizinho. Por mais que eu folheasse os autos e contemplasse plantas, croquis e outros elementos que dele constavam, não conseguia formar um juízo seguro. Lembrei-me de determinar uma inspeção pessoal. Intimei as partes, tomei todas as cautelas para que o contraditório fosse perfeitamente respeitado. Uma bela manhã, desloquei-me para o subúrbio onde ficava a casa. Levei a minha secretária, com a máquina de escrever, para lavrar o auto. Presentes as partes e seus advogados, dirigi-me à varanda. Em poucos segundos pude dissipar todas as dúvidas que me vinham atormentando há dias, a despeito da leitura atenta dos autos. Bastou que eu ali chegasse para verificar que a reclamação era totalmente desprovida de fundamento, não havia nenhuma invasão da privacidade. Quando chegou o momento de julgar o recurso, pude, nessa ocasião e em outras análogas, proferir um

voto muito mais tranqüilo, muito mais confortador do que aquele que eu teria proferido valendo-me somente das regras sobre distribuição do ônus da prova. Portanto, concito os juízes presentes a não se deixarem intimidar nessa matéria. Sempre que entenderem necessário, tomem a iniciativa de mandar realizar as provas devidas para o esclarecimento de seu espírito, preservando sempre, é claro, a garantia do contraditório.

Outro tópico que costuma surgir quando se fala da ética em relação ao juiz é o da publicidade. As leis recomendam que os atos processuais sejam públicos, salvo exceções que elas próprias abrem, quando, por exemplo, isto possa atingir desnecessariamente a intimidade de alguém. Sabemos que certos processos correm em segredo de justiça. A lei quer publicidade para os atos do Poder Judiciário, o que não quer dizer que ela deseje publicidade para as pessoas dos juízes. Há quem confunda uma coisa com a outra, e goste de viver sob holofotes: o juiz vedete, o juiz que adora dar entrevistas, o juiz que nem sequer espera que o repórter o procure, ele mesmo o chama, quando o vê passar no corredor. Todos conhecemos exemplos desse tipo de juiz.

Certa vez, julgávamos na 5ª Câmara Cível um recurso que provinha de uma Comarca do Interior do Estado e era relativo a problema de certa repercussão política naquela comarca. Envolvia a apreciação de atos do Prefeito de certo município. Julgamos o caso; eu era o relator e proferi o meu voto elaborado do ponto de vista jurídico. Quando terminou a sessão, veio um repórter, que desejava que eu tecesse considerações sobre aquele caso. Limitei-me a responder-lhe que a sessão era pública, assim como o julgamento, e que ele poderia ter assistido e até gravado o que ali fora dito, pois não seria impedido de fazê-lo. Tudo o que eu tinha a dizer sobre a matéria eu já tinha dito no meu voto e não havia nada a acrescentar. Ele ficou um tanto decepcionado, mas pelo menos não fez comigo o que me fizeram em um outro Estado do país.

Desculpem-me se trago essas reminiscências pessoais, porém o faço no intuito de que ajudem a iluminar determinados aspectos da matéria. Certa vez, em um outro Estado do país, durante um intervalo de um Simpósio do qual participava, aproximou-se de mim uma gentil repórter que desejava saber a minha opinião sobre o que então era a proposta (em certa medida, hoje já convertida em realidade) do chamado controle externo do Poder Judiciário. Disse-lhe que havia muitas propostas sob esse rótulo, muito diferentes umas das outras, e perguntei-lhe a qual delas ela se referia. Ela ficou confusa, pois não entendia absolutamente nada do assunto, o que,

aliás, não constitui fato inédito. Diante da impossibilidade em que a repórter se via de especificar a que tipo de controle estava se referindo, disse-lhe que preferia não responder àquela pergunta, pois seria difícil pronunciar-me de maneira tão indeterminada. Dias depois, alguém me mandou um recorte do jornal para o qual a moça trabalhava que dizia o seguinte: “Indagado sobre esse tema o Des. Barbosa Moreira respondeu o seguinte: Isso é coisa de deputado sem serviço, que quer mostrar trabalho ao seu eleitorado”. O que significa que ela respondeu por mim. Ela se arrogou o direito de responder por mim. Fiquei um pouco perplexo e hesitante sobre se tomar alguma iniciativa, mas achei que não valia a pena, porque já haviam passado vários dias. Se mandasse uma carta ao jornal, era duvidoso que ele a publicasse. Os jornais não gostam de retificar matérias equivocadas. Eu me canso de mandar cartas aos jornais sem nenhum resultado prático. Em geral não são publicadas, e mesmo que fosse publicada essa minha carta, quem não havia lido a matéria anterior não saberia do que se tratava. Deixei o assunto morrer, mas fica aqui a minha recomendação de que os juízes distingam sempre entre publicidade dos atos e publicidade para as pessoas. A primeira necessária, a segunda não.

O juiz deve, a meu ver, adotar uma conduta que preserve, em qualquer oportunidade, a discricção que é inerente ao cargo. Isso não significa fazer cara feia, não significa encarar os outros do alto para baixo, não significa mostrar arrogância nem desprezo pela opinião alheia, mas significa, sim, manter certa reserva, não deixar envolver-se, sobretudo, em questões polêmicas, que devem ser enfrentadas, se for o caso, no momento de decidir ou de votar. Tome a posição que lhe pareça correta. É claro que, em uma obra científica, está bem que o juiz se pronuncie, discuta qualquer tema controvertido, mas nada de grande exposição em público.

Por outro lado, é essencial que o juiz tenha a coragem de decidir, quando lhe parecer correto, de decidir contrariamente ao que dele espera a opinião predominante no público ou nos meios de comunicação social. Não pode ser bom juiz aquele que se deixa influenciar pelo que é publicado na imprensa ou por aquilo que é apurado em pesquisas de opinião. O juiz deve ter a necessária coragem para pronunciar-se, se lhe parecer correto, de maneira diferente daquela que dele esperam os setores da opinião pública.

Todos nós sabemos que os meios de comunicação social costumam pronunciar-se acerca dessas questões rumorosas e, muitas vezes, se pronunciam de maneira categórica, embora não disponham de elemen-

tos objetivos que permitam a formação de um juízo seguro. Os meios de comunicação freqüentemente condenam sem recurso, e podem acarretar, com essa maneira de proceder, prejuízos irreparáveis, danos irreparáveis à reputação de uma pessoa. São notórios os exemplos de situações desse tipo que têm acontecido entre nós. O pior de tudo seria que o juiz se deixasse influenciar por essa maneira de proceder.

Outro ponto que me parece digno de atenção é a motivação da sentença. Algumas vezes se lêem ou se ouvem expressões muito violentas, quando o juiz sentencia ou quando profere o seu voto em um julgamento colegiado. Ouve-se, às vezes, dizer: “trata-se de um mentiroso contumaz”. Tenho visto expressões como esta em sentenças, ou ouvido em votos proferridos em julgamento colegiado; ou então: “a parte teve um comportamento repugnante”. Ora, se vamos decidir contra ela, a parte já ficará aborrecida. Não há necessidade de a humilharmos, de a agravarmos com desaforos desse tipo. Basta que se diga que a afirmação não ficou comprovada nos autos, ao invés de dizer “comportamento repugnante”. Basta dizer que a parte agiu em desacordo com a lei, que o seu comportamento não se coaduna com determinado preceito legal. Não é preciso que adjetivemos essa formulação porque, repito, já vamos causar sofrimento à parte que perde, à parte que é derrotada. Não é preciso agravar esse sofrimento xingando-a, o que também não acrescenta o que quer que seja à solidez da motivação; ao contrário, a meu ver torna essa motivação mais fraca, porque dá a impressão de que o juiz decidiu emocionalmente e não sobre a base de um convencimento cristalizado à luz das provas constantes dos autos. Um convencimento racional e não uma explosão emotiva.

Passemos, então, agora, do juiz para as partes. A situação de parte é profundamente diferente, como é óbvio. A parte, desculpem a redundância, é necessariamente parcial, por isso ela é parte, mas nem por isso fica autorizada a proceder como melhor lhe pareça em quaisquer circunstâncias, sem observar limite algum. A parte tem, segundo a lei processual, o dever de veracidade. Isto está escrito expressamente no artigo 14 do nosso CPC. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: “I - expor os fatos em juízo conforme a verdade”. Então a parte tem o dever de veracidade. A parte infringe a lei e infringe também a ética, porque aqui nós temos claramente um exemplo de norma ética “juridicizada”, de norma ética da qual o Direito se apropriou para convertê-la em norma jurídica. A parte infringe essa norma sempre que narra uma mentira em juízo.

A respeito da ética da parte, há um problema ao qual já fiz ligeiríssima referência e ao qual volto, agora, a abordar: a parte, em geral, não atua diretamente no processo, a não ser, por exemplo, em casos nos quais a lei dispense a mediação por advogado - como acontece no 1º grau, nos Juizados Especiais Cíveis - ou quando ela é convocada a prestar depoimento pessoal. Fora desses casos, que constituem exceções, a regra geral é a de que a parte atua no processo por intermédio do advogado. Daí a dificuldade que temos em valorar devidamente certas disposições que, no seu teor literal, aludem à parte, mas que na verdade se referem ao advogado. São atos que a lei considera atos de parte mas que, no fundo, substancialmente, são atos de advogado. Por exemplo, a lei estabelece sanção, portanto considera processualmente ilícito, o oferecimento de embargos de declaração protelatórios. A sanção está no parágrafo único do artigo 538, que dispõe sobre a multa prevista pelo CPC. Ora, em regra, quando se oferecem embargos de declaração protelatórios, quem o faz não é a parte. Muitas vezes a parte não sabe nem o que são embargos de declaração, não conhece a terminologia legal. Ela pode, talvez, ter dito para o advogado “agüentar o máximo que puder” ou coisa semelhante. Mas seria absolutamente excepcional a hipótese em que a parte recomendasse ao advogado para oferecer embargos de declaração protelatórios. Quem faz isso é o advogado.

A lei, em regra, estabelece sanções, para esse tipo de conduta, dirigidas à parte. Por exemplo, no artigo 18, o CPC diz que “o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa (...)”, depois vem a disciplina do valor da fixação da multa. O litigante de má-fé é aquele que, dentre outras coisas, deduza pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso. Esse é um comportamento muito menos da parte do que do advogado. Pelo menos nos casos gerais em que a parte é representada por advogado. Mas a sanção recai sobre a parte. Em geral, trata-se de uma sanção pecuniária, que por si já constitui um tipo sujeito a críticas.

A sanção pecuniária, como ameaça, e, portanto, como meio de evitar certas práticas, intimida certa classe de pessoas, certa faixa da população, uma faixa que não seja provida de recursos financeiros muito altos (porque para essa a multa não representa grande coisa) e que também não esteja abaixo de certa linha, porque, neste caso, ela não tem mesmo com o que pagar multa nenhuma, e pouco importa que a multa

seja fixada nesse ou naquele quantitativo. Essas sanções pecuniárias atingem a faixa média; essa é que se deixa intimidar pela cominação de uma multa. A meu ver, é um tipo de sanção que pode conduzir, na sua aplicação, a resultado injusto, porque trata diferentemente, de maneira iníqua, determinado tipo de jurisdicionado.

Em regra, também, essas sanções pecuniárias são impostas em proveito da outra parte. Vejam que no próprio artigo 18 se diz que a multa deve ser acrescida da indenização da parte contrária dos prejuízos que ela sofreu pelo comportamento considerado como de litigância de má-fé. O artigo 601, que trata de atos considerados atentatórios à dignidade da justiça, diz o seguinte: “Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução”. Não me parece que seja uma boa solução, pois, se se trata de um ato atentatório à dignidade da Justiça, o maior prejudicado é a Justiça, de sorte que o valor dessa multa deveria reverter em favor do Estado, do qual a Justiça é órgão, e não reverter em favor da parte contrária.

Chegamos, então, ao tópico relativo aos advogados. Aqui o problema aumenta de delicadeza, porque o advogado encontra-se em uma situação peculiar, incomparável com a situação de qualquer outro personagem do processo. Ele tem deveres para com a parte que representa. O advogado obviamente deve lutar pela vitória da parte que representa, deve esforçar-se para que prevaleçam os interesses do seu cliente, do seu constituinte, mas o fenômeno não se esgota nisso, pois se assim fosse não se compreenderia o que a Lei 8.906 (Estatuto da OAB), em seu artigo 2º, parágrafo 1º dispõe: “No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”. Essas palavras não podem ser tomadas como simples ornamento, devem ter um sentido concreto, devem influir na conduta prática do advogado. O advogado está preso a duas amarras e, por vezes, vê-se quase que espartilhado entre duas necessidades que se lhe impõem: uma a de pugnar pela vitória da parte que representa, de fazer todo o possível para que prevaleça o interesse do seu constituinte; e de outro lado, a imposição de prestar um serviço público e de exercitar uma função social.

É muito difícil estabelecer regras concretas, pormenorizadas, para conciliar, em todas as situações imagináveis, essa dupla imposição feita ao advo-

gado. Aqui, como alhures, a regra próxima é a da sua consciência pessoal. Ele é que pode formar um juízo seguro sobre a medida em que deve atender a esta e àquela exigência. Uma coisa, porém, é certa: não pode servir de bússola ao advogado a idéia de que ele deve vencer a todo custo e seja lá como for. Essa idéia é falsa porque faz abstração do serviço público e da função social do exercício da advocacia.

As leis procuram estabelecer regras a esse respeito. Encontra-se no próprio Estatuto da OAB todo um capítulo, o Capítulo VIII do Título I, que tem como rubrica precisamente “Da Ética do Advogado”, e o artigo 34 lista as infrações disciplinares que podem ser cometidas pelo advogado, muitas das quais apresentam evidente conteúdo ético, evidente inspiração ética, para não falar do Código de Ética e Disciplina dos Advogados, que é um texto a parte, mas é incorporado, por assim dizer, pela Lei 8.906, que faz a ele expressa alusão.

Existem, ainda, outros personagens no processo. Personagens que aparecem quando a máquina da justiça se põe a funcionar como, por exemplo, a testemunha. A testemunha é alguém que vem a juízo para narrar fatos dos quais tem conhecimento e que possam servir de base à formação do convencimento do Órgão Judicial. No tocante à testemunha, aquele dever de veracidade (que existe também para as partes e para outras pessoas que participam do processo) se vê levado a um nível ainda mais alto. Tanto isso é verdade que o CPC, no artigo 415, expressamente prevê um compromisso de dizer a verdade, que a testemunha deve prestar ao início da inquirição. Assim dispõe: “Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado”. Mais ainda, no Parágrafo único prevê: “O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz a afirmação falsa, cala ou oculta a verdade”.

Então, aqui, a lei trata a testemunha com maior rigor do que trata a parte; esta tem o dever de veracidade, mas não se sujeita à mesma sanção penal do artigo 342 do nosso código. No caso da testemunha, a infração do dever de veracidade é particularmente grave e bem se compreende que assim seja, que a lei trate com menor severidade a parte. A lei leva em consideração exatamente que ela, sendo parte, é por definição um sujeito parcial, ao passo que a testemunha, cujo interesse não está diretamente envolvido no pleito, há de funcionar como um auxiliar da Justiça. O seu dever é para com a Justiça, de sorte que por isso é perfeitamente compreensível que a lei a trate com maior severidade.

Para não estender demasiadamente esta palestra, vou referir-me apenas a mais um dos personagens da Justiça, que é o perito. O perito também tem um dever ético muito importante, e por isso mesmo é que existe a possibilidade de recusa do perito por suspeição. A parte pode recusar o perito por suspeição. Qual a razão dessa norma? Nos casos de suspeição existe, aos olhos da lei, uma possibilidade grande de que o perito torça a verdade, falseie a realidade e enuncie conclusões que a ela não correspondam. De modo que estaria ele falhando totalmente ao seu dever de auxiliar o juiz na formação do convencimento sobre os fatos. Nesse sentido, o perito está em situação diferente da situação do assistente técnico, que é alguém cujo trabalho consiste, essencialmente, em mostrar os aspectos favoráveis à parte, embora ele também não esteja dispensado do dever de veracidade, porque o artigo 14 é claro em estendê-lo a todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo. O próprio assistente técnico, portanto, está vinculado, está sujeito ao dever de veracidade.

Creio que essas são as principais observações que se poderia fazer em uma palestra que não poderia pretender esgotar o assunto acerca de certas questões éticas que se impõem aos personagens do processo. Parecer-me-ia antiético, a esta altura, abusar da paciência do auditório, indo longe demais. De sorte que, para atender a esse ditame da ética, vou encerrar aqui as minhas considerações, sabidamente e notoriamente fragmentárias, assistemáticas, incompletas, mas, quem sabe, talvez úteis para alimentar a reflexão dos presentes sobre esses gravíssimos e importantíssimos problemas da Ética na Justiça. Muito obrigado a todos pela atenção. ☐

O DIREITO DOS CONTRATOS E A AUTONOMIA DA VONTADE. A PROTEÇÃO ESPECIAL DOS CONSUMIDORES

Roberto Wider
Desembargador do TJ/RJ.

“Se há uma lei injusta que quereis abolir, foi a vossa própria mão que a escreveu sobre a vossa frente.

Não a podeis apagar queimando os livros de leis, nem lavando a frente de vossos juízes, ainda que sobre ela derrameis o mar. E, se há algum déspota que gostaríeis de destronar, vede primeiro se o seu trono erigido em vós foi também derrubado.”

Da liberdade – Khalil Gibran.

1. DAS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DOS CONTRATOS

Ingressamos no 3º milênio e as transformações sociais e tecnológicas aceleradas provocam mudanças em profundidade nas áreas mais sensíveis do relacionamento humano.

Assim, o conceito e a imagem da Família, desestruturada em sua forma original, nos põem de frente com entidades familiares em uniões do mesmo sexo, na reprodução assexuada e na necessidade de proteção jurídica de embriões humanos.

Anote-se que o conteúdo fenomenológico, social e moral está em processo de mudança, mas a designação de “família” permanece.

O direito de repressão aos desvios de conduta, em presença do que Figueiredo Dias chama “uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das

vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como conseqüência, pura e simplesmente, a extinção da vida”¹ que se propõe tornar-se um “direito penal do risco” (Escola de Frankfurt), com opção aos recursos de “*leis penais em branco, a conceitos indeterminados e a cláusulas gerais*” (ob. cit. p. 73).

Essa solidariedade nos riscos, tornando todos responsáveis pela vida de todos, já era vista na ordem jurídica alemã, ainda na década de 50, por Wieacker,² atribuindo “ao mesmo tempo ao contrato, aos direitos patrimoniais, à propriedade sobre o solo, ao capital e aos meios de produção e à constituição de associações de natureza econômica uma função social global”.

Anote-se, porque relevante, e atribuível a meu juízo, a idênticas razões de ordem social, como veremos mais adiante, que mudanças significativas também ocorreram e ocorrem no instituto da responsabilidade civil, fundamentalmente erigido sobre a culpa, e que por razões de conveniência e justiça social, desbordou para a responsabilidade objetiva, com previsões legais de reparação fundada no risco da atividade danosa.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Mas, que significado se atribuir a esta função social global e quais os efeitos dela nos contratos e na proteção que se pretende aos consumidores em geral?

Antes de se responder a esta questão no âmbito do instrumental jurídico vigente, impõe-se estabelecer a que fase socioeconômica nos refere Figueiredo Dias.

Ultrapassada na maior parte do mundo civilizado, a sociedade regida por uma ordem econômico-agrária e pré-industrial, a realidade

¹ Citado por Paulo Silva Fernandes em **Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal**. Almedina, p. 20.

² Franz Wieacker – **História do Direito Privado Moderno**, 2ª edição – Fundação Calouste Gulbenkian, p. 720.

de referida hodiernamente é a da sociedade industrial ou, como querem alguns, a pós-industrial.³

Ao tratar da chamada moderna sociedade industrial, João Calvão da Silva, na obra referida, indica como características desta, uma tecnologia progressivamente mais complexa e sofisticada na produção de bens, aonde o homem vem paulatinamente sendo substituído pela máquina, ocorrendo, destarte, a mecanização e automação dos métodos de produção, o que estabelece a chamada “produção em série” ou “fabrico de massa” e a “distribuição em cadeia”.

Sobre a crise do direito correspondente a esta “sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global”, leciona Gustavo Tepedino⁴ assinalando que as construções de teorias gerais levadas a efeito nos últimos 50 anos, em relação aos negócios jurídicos, às obrigações, aos contratos, sofreram um estilhaçamento, que atingiu o próprio direito, como o ocorrido com a teoria contratual, cuja codificação destinava-se a proteger “uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada”.

A nova ordem de coisas deslocou a atenção do Estado para a **função social** que os institutos privados devem cumprir. Esta função social se dirige à proteção da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades entre os indivíduos.

Este, então, o objetivo da função social global que os novos institutos de direito buscam, à custa da decomposição das categorias jurídicas dogmáticas, entre as quais, por seu simbolismo e representatividade do *ancien régime* – o contrato.

3. A ALEGADA “MORTE DO CONTRATO”

Neste contexto se situa compreensivelmente a alegada “morte do contrato” referido por Grant Gilmore,⁵ e que deve ser entendida

³ Ver sobre esta designação o comentário de João Calvão da Silva *in* “Responsabilidade Civil do Produtor – Dissertação de Doutoramento” – Almedina, p.14, remissão 4, atribuindo-a a Daniel Bell, no sentido da necessidade de serem introduzidos corretivos na sociedade industrial tecnológica, a fim de evitar a alienação e degradação do homem.

⁴ *In Temas de Direito Civil* – 2ª edição – ED. Renovar, p. 200-201.

⁵ *La morte del contrato* – Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 1988 (Traduzione de Andrea Fusaro do original *The death of Contract*).

como explica Guido Alpa, no prefácio do livro, na antinomia entre um ato de autonomia privada, um negócio que diz respeito apenas às partes, onde a intervenção externa (do Juiz ou do legislador) deve ser exceção, assim considerado o que deve ser entendido como contrato e, a outra concepção pela qual, o contrato, ainda que criado pelas partes, fica exposto a todo tipo de intervenções externas previstas no ordenamento jurídico. É essa versão moderna do direito contratual que justifica a versão tida como surpreendente da afirmação de Gilmore de que “o contrato morreu”!

3.1. Uma visão nova da autonomia contratual

No entanto, o que se pode depreender é que sob a mesma designação “contrato” teremos instrumentos e significados bem distintos, com fundamentos bem diversos daqueles integrados no Código Civil Francês e importados pelo Código Civil Brasileiro.⁶

Assim, o contrato tal como concebido, tinha como fundamento básico a autonomia da vontade, denominada por Grant Gilmore como «*sacertà del contratto*» (**sanctity of contract**) firmado no princípio da liberdade contratual, cuja noção é explícita no artigo 405.º / 1, do Código Civil Português, *in verbis*:

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

Poder-se-ia dizer então que o contrato subsiste, assim como subsiste a família, mas, com contornos e conteúdos diversos, adaptados a uma nova dinâmica social com valores diferentes? ⁷

⁶ De se consignar que o Código Civil Brasileiro (em vigor em Janeiro de 2003) tem, no capítulo das disposições gerais, no título Dos Contratos, dispositivo inexistente no anterior Código, pelo qual “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (art. 421).

⁷ Antunes Varela (**Das obrigações em geral** – vol.1 -10ª edição – Almedina p. 211), comenta com propriedade que: “Têm muitos autores afirmado que a importância do contrato tende a declinar na vida económica-jurídica das sociedades modernas, à medida que a autoridade da lei, baseada em exigências superiores de justiça, de equidade e de segurança social, vai restringindo cada vez mais a esfera da atuação da liberdade negocial.

A afirmação parte de um fato incontestável, mas exprime um diagnóstico errado da realidade.

A evolução da vida económica (primeiro com a revolução industrial, depois com a revolução tecnológica), a proliferação das relações contratuais estereotipadas ou em massa e a própria modificação das concepções políticas, morais e sociais, reinantes na coletividade, destruíram algumas das idéias-mestras em que assentava o liberalismo económico (como fossem a igualdade dos contraentes, o princípio do equilíbrio espontâneo, como efeito sistemático do jogo da livre concorrência, e a crença ingénua pregada por Adam Smith de que as leis do mercado e o egoísmo individual são os melhores instrumentos da felicidade e da prosperidade das nações) e provocaram, especialmente no segundo e terceiro quartéis do século, uma acentuada intervenção do Estado em muitos contratos. O intuito foi o de eliminar os graves inconvenientes da liberdade incontrolada das partes (entre o forte e o fraco, diz na conhecida proclamação de Lacordaire, «é a lei que liberta e a liberdade que oprime».)”

Parece-me que sim, sem aquele caráter de imutabilidade advindo do século XIX e sustentado pelos juristas até ao apagar das luzes do último século.

Assim como em relação à família, também os contratos subsistem, com os nomes tradicionais, mas com instrumentos jurídicos que lhes atribuem funções inteiramente novas.

Hoje em dia concedem-se os efeitos de “família” à situação jurídica de “duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de fato há mais de dois anos”. (Lei nº 7/2001, de 11 de Maio).

Por que se rejeitar então a categoria de “contrato” – (ou em melhor questionamento: por que o empenho acadêmico para a manutenção da concepção purista do contrato e a rejeição às novas formas e dinâmica deste instrumento e a quem convém isso? Será apenas uma questão de misonéismo?) -àquele instrumento obrigacional cujas cláusulas estão previamente redigidas pela parte contratante (ou terceiro) que tem o poder de as impor, são idênticas para todos (que não têm o poder de alterá-las), ou seja, com aquelas características gerais de *pré-disposição, unilateralidade, rigidez, generalidade e indeterminação*, a que se refere o Prof. Pinto Monteiro (*in* “Contratos de Adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções”) assinalando “contratos de adesão” e “contratos **standard**, como terminologia utilizada em vários direitos para designar a mesma realidade”,⁸ desde que integrada a um sistema bem estruturado na prevenção da abusividade, ou seja, que faça valer os preceitos da boa-fé e imponham razoável equilíbrio entre as partes.

Isto porque, como afirma João Bosco,⁹ “As formas jurídicas sofrem a influência do tempo e da mentalidade em que se concretizam e em que informam os fenômenos sociais. Para compreendê-los será necessário levar em conta o contexto lingüístico em que se afirmaram. Dessa dificuldade de enquadramento é que decorre a afirmação de Duguit a respeito do contrato. Ao estudar as novas figuras “contratuais” surgidas no direito, afirma ele que “se pode dar a esse

⁸ **Boletim da Faculdade de Direito** – Universidade de Coimbra – STVDIA IVRIDICA 61 – Coimbra Editora, p. 1107.

⁹ João Bosco Leopoldino da Fonseca – **Cláusulas abusivas nos Contratos**. Ed. Forense, 2ª edição – 1998, p. 2

concurso de vontades o nome de contrato; mas, então, se está a designar com um mesmo nome coisas diferentes, sendo isto, naturalmente, uma fonte de confusões e enganosa."

Se antes a liberdade de contratar representava o axioma máximo da autonomia (*rectius* – liberdade) individual, hoje, este direito deixa de representar um poder reconhecido a um indivíduo, para instrumentalizar uma política econômica do Estado, na defesa e proteção dos mais fracos, representada no exemplo mais paradigmático que é a proteção dos consumidores.

W. Friedmann, citado por João Bosco (ob.cit. p.29) assinala quatro fatores principais que ocasionaram a transformação das funções e da essência do contrato, a saber: a *civilização em massa*, porque as relações humanas deixaram de ser individuais e passaram para o âmbito dos grandes grupos e assim, também, a concentração empresarial que correspondeu à urbanização e à standardização das condições de vida, tornando impossível ou inviável a negociação das condições contratuais; a crescente *substituição do contrato individual pelo coletivo*; a *enorme expansão do bem-estar geral e dos serviços sociais do Estado*; e, finalmente, o *confronto entre a necessidade de segurança contratual com a frequência cada vez maior de convulsões políticas, econômicas e sociais*.

Essas condições deram azo à criação de novo tipo de instrumento, a que Saleilles sugeriu se chamasse "contrato de adesão" (à consideração de que em verdade de contrato não se tratava), e cujas características seriam a redação impressa em série de cláusulas pré-elaboradas, cujo conteúdo a parte interessada não pode alterar, limitando-se a aderir ou não a esses instrumentos.

Neste tipo de contrato (de adesão), incluem-se também os contratos-tipo ou contratos-padrão e as cláusulas contratuais gerais.

Como ensina Pinto Monteiro, em outro artigo, os chamados "contratos de adesão" foram adotados pelo legislador português como "cláusulas contratuais gerais" ¹⁰ pelas quais "atende-se ao modo como é preenchido o conteúdo de cada um dos múltiplos contratos singulares a celebrar no futuro, integrados, todos eles, por cláusulas unila-

¹⁰ *In* "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro" – **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 46, Lisboa, Dezembro de 1986, p. 741.

terais e previamente definidas em termos gerais e abstratos, passando o controle de cada um destes contratos pelo controle, a vários níveis, das próprias condições gerais predispostas e do seu processo de integração numa concreta relação jurídico-negocial”.

Muitos são os contratos atualmente assim estabelecidos e que regem a vida dos cidadãos, tais como os contratos de seguro, os contratos de aquisição de imóveis através de financiamento e crédito habitação, os contratos de consórcio, os contratos de transporte em geral, os contratos de prestação de serviços ao público consumidor e os contratos bancários.

Como chama a atenção o Prof. Jean Calais-Aulouis, ao descrever o fenómeno que chama de *contrats préredigés*, tal não ocorre tão-somente em relação ao direito do consumo, mas, sempre que um contratante é suficientemente poderoso para impor essas condições idênticas a toda uma série de outros contratantes.¹¹

Assim, penso que não está em causa, com a relevância que se procura dar à questão, se o contrato “morreu” (Gilmore) ou se ele revela uma capacidade extraordinária de sobrevivência (Guido Alpa)¹² ou se ainda se presta para que o homem possa se auto-determinar livremente (Pinto Monteiro).¹³

Penso que mais importante do que a afirmação do princípio axiológico da autodeterminação contratual, é que no mesmo Congresso suscitou o Prof. Canaris sobre a questão de “saber se, e como, é que a liberdade contratual se compatibiliza com a justiça.”¹⁴

Dentro desta idéia e realidade que é a sociedade de consumo, já tantas vezes definida pelos economistas e incorporada na linguagem (não muito técnica) dos juristas, o que se pode depreender, de

¹¹ *In Droit de la consommation* – 4^a édition – Dalloz, p. 148.

¹² *In* “L’avenir du contrat: Aperçu d’une recherche bibliographique” – *Revue Internationale de Droit Comparé* 1-1985, p.7.

¹³ Extrato do discurso de abertura do Congresso Internacional sobre «Contratos: atualidade e Evolução» - Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito – Porto, 1997, assim posto o tema: “Diagnosticou-se a «crise» do contrato, apregouou-se o seu «declínio», anunciou-se a sua «morte» - mas, é a sua vitalidade jurísgênica que ressalta. Talvez por o contrato constituir a oportunidade (não a única, decerto) de o homem ser sujeito do direito, de se auto-determinar livremente, de traçar o seu próprio destino é quanto basta para saudar a sua presença!”

¹⁴ Ver na obra anterior **A liberdade e a Justiça contratual na "sociedade de direito privado"** por Claus-Wilhelm Canaris – p. 49.

uma forma singela, é que os intercâmbios ou o tráfico de mercadorias, só de forma marginal se realiza a nível de negociações individuais, e isto, por causas diversas, tais como o desenvolvimento tecnológico e a produção de bens em grande extensão, ao que se seguiu o fenômeno da globalização, com as grandes organizações industriais e comerciais, gerando intercâmbios a nível de massa.

Assim, fala-se em produção em massa, informação em massa, consumo em massa.

E o direito, como vê esse fenômeno e nele interfere para que os economicamente mais fortes não obtenham enriquecimento indevido à custa da desvantagem dos mais fracos?

Sustenta Canaris, analisando a experiência alemã e as controvertidas correntes que debatem os problemas da liberdade contratual e da justiça contratual, que “a concorrência assegura, em grande medida, uma neutralização do desequilíbrio do poder”.¹⁵

Parece-me que este instrumento, por si só, não é suficiente para afastar os indesejáveis efeitos do desequilíbrio contratual e, embora conhecida a resistência oposta pelos mestres de direito alemães ao projeto comunitário sobre uma regulação concernente aos contratos de consumo (convertida ao depois na Diretiva 93/13/CEE, publicada a 21 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas dos contratos celebrados com os consumidores), deles advêm a lei de maior importância e influência nos demais sistemas legislativos, referente ao regime jurídico das condições gerais do contrato, de 09 de Dezembro de 1976 (a AGB-Gesetz), sobre a qual João Bosco (ob. cit. p. 52) aduz comentário de Micklitz, no sentido que “Ninguém teria podido imaginar que a lei ocuparia um tão grande lugar na doutrina e na jurisprudência. Seus efeitos subverteram o direito civil, o direito comercial e até o direito do trabalho” e adiante “A lei alemã não surgiu originariamente de um movimento legislativo. Foi ela o fruto sazonado de um trabalho longo de reflexão, maturação e aplicação de uma nova perspectiva do direito contratual”.

O regime das condições gerais do contrato e as concepções criadas para escoimá-las da abusividade e desvios, parece ser, na fase

¹⁵ Participação no Congresso Internacional sobre Contratos, na obra acima citada, p. 53-54.

atual, a melhor resposta na busca da justiça contratual, pois não é a forma do que se convencionou tradicionalmente chamar “contrato” que mais importa e sim, o conteúdo deste instrumento que garante uma igualdade e um equilíbrio legal entre as partes, mesmo que estejam em posição de desigualdade social e econômica.

É de Wolf (*Entscheidungsfreiheit*, 60) a correta colocação do problema, citado por Sousa Ribeiro no sentido que “A autodeterminação tem que ser garantida a cada um dos parceiros contratuais, porque contrato e liberdade contratual pressupõe uma cooperação, em que o domínio de um sobre o outro está excluído” inserido num capítulo intitulado “A liberdade contratual como instituto que visa possibilitar e garantir a autodeterminação de ambas as partes”, idéia confirmada por Antunes Varela que afirmou que o contrato “não é apenas *expressão da autonomia privada*; é também um *instrumento de cooperação* entre as pessoas”.¹⁶

E dentro do contexto ainda a referência que se colhe no mesmo autor “a autonomia privada deixa de ser um conceito técnico, para se transformar num conceito de valor, ou na terminologia de Larenz, um “conceito determinado pela função” (ob. cit. p. 32-33).

4. A LIBERDADE E A JUSTIÇA CONTRATUAL

E qual a função ideológica da autonomia privada em relação à justiça contratual?

Penso ser a justiça comutativa, que no âmbito do direito do consumo tem a sua melhor expressão na proteção da parte que dentro da relação contratual é considerada econômica ou socialmente a mais fraca, não necessariamente no sentido literal, mas no conceito técnico jurídico de “hipossuficiente”, que adiante retomarei.

Outro aspecto da mesma questão diz respeito à ausência de sentido na celebrada faculdade de se fixar livremente o conteúdo dos contratos, se incorre para a parte a possibilidade de recusar sua celebração, pois uma é consequência da outra.¹⁷

¹⁶ Joaquim de Sousa Ribeiro – “O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual”. Almedina, 1999, p.58 – rem. 99 e 93 rem. 209.

¹⁷ Souza Ribeiro, *idem ibidem*, com respaldo em Larenz, p. 275.

E a prática da vida social revela essa impossibilidade de recusa na celebração desses contratos que regem interesses econômicos impostergáveis, entre os quais são exemplos significantes, os de fornecimento de energia elétrica, água e gás; o de prestação de serviços telefônicos, de transporte, os de seguros e bancários, onde o princípio da livre concorrência é insuficiente para a proteção dos consumidores.

Em decorrência dessas relações jurigênicas em condições que refogem ao sistema contratual tradicional ou clássico é que surgiu a necessidade de se dar maior efetividade à intervenção estatal na chamada “sociedade de direito privado”, o que foi feito pela elaboração e atendimento às chamadas cláusulas contratuais gerais, (já que o legislador não tem como interferir em todas essas situações negociais) e, em outro fenômeno de grande significância que pode ser designado como “a constitucionalização do direito civil”.

E, talvez a elas (ccg) é que se possa atribuir, sem lhes imputar nenhum demérito, muito ao contrário, a crise do contrato, objeto de resistência obstinada de alguns juristas aferrados ao sistema tradicional que rege esse instrumento das relações humanas.

Assim, a liberdade, afóra as suas concepções filosóficas, se assenta no princípio da igualdade e a justiça igualitária se afirma no tratamento desigual às pessoas desiguais, sob pena de consubstanciar suma injustiça.

E os contratos, nos dias atuais, em expressiva predominância, pelas razões já expostas, regem relações entre entes que se encontram em efetiva e inegável condição de desigualdade, quer econômica, quer social ou de habilitação técnica.

5. A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES E A JURISPRUDÊNCIA DE VALORES

É de valia, ainda que de forma aligeirada, trazer-se à reflexão o tema da jurisprudência de interesses e a passagem à jurisprudência de valores no sistema germânico.

Estamos frente aos fenômenos econômicos e sociológicos da “produção em massa”, “distribuição em cadeia” e “consumo em massa” e os conflitos humanos daí decorrentes.

Qual a resposta do sistema jurídico a eles, na consecução dos seus objetivos primordiais?

Na concepção positivista com sua rejeição às lacunas, a sua incapacidade de lidar com conceitos indeterminados ou de difícil determinação, como são os fenômenos acima referidos, ou em face de princípios contraditórios, v.g. o princípio da capacidade jurídica de autodeterminação e o princípio de presunção de incapacidade do consumidor, as questões ficam submetidas ao arbítrio judicial ou seja, desatende-se à efetiva realização do Direito, como assinala Menezes Cordeiro, na crítica da falta de operacionalidade do positivismo para apontar soluções alternativas frente a injustiças ou inconveniências graves do Direito vigente; também refere à “incapacidade do formalismo perante a riqueza dos fatos concretos”¹⁸, para concluir sobre o paradoxo: “o formalismo e o positivismo, tantas vezes precocizado em nome da segurança do Direito acabam por surgir como importantes fatores de insegurança.”

Para o positivismo, afinal, só é Direito, aquilo que está na lei e “no limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas. Mas o positivismo novecentista assumiu outras configurações, com relevo para a jurisprudência dos interesses, que exerceria, em Portugal, uma influência quase constante, até os nossos dias”, e, “a causalidade das saídas jurídicas deveria ser procurada nos interesses em presença” (ob. cit. XIV).

Esses “interesses em presença”, ao contrário do que pode parecer à primeira leitura, não é o interesse prevalecente da parte em conflito e sim, é a avaliação de tais interesses nas normas elegidas pelo legislador, quando em presença de lacunas da lei.¹⁹

Veja-se agora já no ensinamento direto de Canaris²⁰ na crítica à jurisprudência de interesses, cuja metodologia não integraria o con-

¹⁸ Na introdução e tradução da obra de Claus-Wilhelm Canaris – **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed. XX-XXIV.

¹⁹ Na explicação clara de Franz Wieacker (ob.cit. p.667): “ela é uma técnica da aplicação judicial da *lei*, não da *criação* judicial do direito (e muito menos uma teoria da fundamentação do direito). O juiz tem de seguir, «com uma obediência inteligente» (na expressão feliz de Heck), a escolha de interesses feita pelo legislador, mesmo quando, no caso concreto, o interesse protegido lhe parecer menos digno de tutela do que o interesse contrário; ou seja, ele deve aplicar a lei mesmo quando a **ratio legis** não se adequa ao caso concreto como, por exemplo, no caso de um comando imperativo quanto à forma ou no caso de nulidade de negócio jurídico oneroso de um menor”.

²⁰ In **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito** (supra n.18) p.63-77.

teúdo ético-jurídico na apreciação dos conflitos, pelo que o sistema como ordem de «princípios gerais do Direito» deve “avançar até aos valores *fundamentais* mais profundos, portanto até aos *princípios gerais* duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante”.

Esses superficialíssimos elementos, que não podem prescindir de forma alguma, para o entendimento adequado das questões abordadas, do estudo das obras dos mestres alemães citados, se prestam, tão-somente, para encaminhar a apreciação das transformações que se verificam no tratamento da matéria referente aos contratos e a proteção concedida aos consumidores dentro dos princípios teleológicos do direito aplicável.

O que se busca não é a “higidez” dos princípios dogmáticos do contrato, mas as suas finalidades na consecução dos objetivos de uma boa e sã justiça!

6. OS CONTRATOS IMPOSTOS E ENCAMINHAMENTO DE SOLUÇÕES

Como se aplicar os princípios tradicionais que regem os contratos àquelas hipóteses em que um dos contratantes está inteiramente submetido à outra parte (impropriamente chamado de “contrato forçado”)? É fato que a idéia repugna num primeiro contato com esta realidade, mas também é fato que tal ocorre em grande parte das relações obrigacionais estabelecidas na sociedade industrial dos dias atuais.

Talvez por isso, como sustenta o Prof. Pinto Monteiro em suas aulas, a figura do contrato na forma original se sustenta, embora aplicada apenas a situações marginais, ou sejam, minoritárias dentro do contexto obrigacional, e Saleilles, depois de afirmar que de contrato não se trata, admite se dizer “contrato de adesão”!

Traga-se a exemplo, apenas para dar atenção a um dos instrumentos mais utilizados na vida das pessoas nos dias de hoje – os contratos bancários.

Os consumeiristas indicam, com muita ênfase, como sustentei em outra comunicação, que “ a única autonomia que tem o consumidor de tais serviços é a de natureza jurídica (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), pois nos demais campos, nomeadamente o econômico-financeiro, como assinala António Herman Benjamim, com muita propriedade “a submissão ao sistema bancário é quase compulsória”.

Veja-se, no magistério de Oliveira Ascensão, em comunicação apresentada ao Congresso de Direito Bancário, em São Paulo em Março de 1998, ao mencionar a supressão da autonomia contratual no sistema das cláusulas contratuais gerais, nos serviços bancários e financeiros, quer no que se refere à liberdade da negociação, ou da criação de tipos contratuais ou da estipulação de cláusulas divergentes e, criticamente, assinala a mais “e até a liberdade económica da celebração em muitos casos” prosseguindo “ Fica só a liberdade *jurídica* da celebração, **descarnada embora**” (grifei).

Mesmo em relação às pessoas coletivas na sociedade de consumo, assim expõe James Marins o que denomina “**específica vulnerabilidade empresarial**”:

*“Nas relações bancárias interempresariais, o fenómeno da “bancarização” atinge proporções ainda mais significativas, se se considerar que a atividade produtiva, hoje, somente se concretiza à sombra do sistema bancário, seja nas operações de cobrança, pagamento, incluindo a obtenção de recursos para investimento, capital de giro, ou até mesmo a própria sobrevivência da empresa, o que levaria, por assim dizer, à existência de uma específica vulnerabilidade empresarial no plano das relações bancárias, sobretudo tendo-se em vista que tais contratações se enquadram como típico contrato de adesão”.*²¹

Tais referências são apenas exemplificativas, mas o certo é que o mesmo ocorre na quase totalidade dos engagements obrigacionais intersubjetivos da moderna vida económica.

Esses fenómenos económicos e a correspondente resposta no âmbito jurídico consubstanciada, fundamentalmente, no sistema das cláusulas contratuais gerais, ou cláusulas negociais gerais como preferem alguns juristas, estão sendo tratados em todos os países mais desenvolvidos, com mais desenvoltura ou com limitações que devem ser objeto de específicos estudos e reflexões, o que, aqui, refoge ao âmbito do trabalho.

²¹ V. António Carlos Efiंग – “Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor”. **Revista de Direito do Consumidor**, v.12, Ed. Revista dos Tribunais, 1ª ed. 3ª tiragem, pags. 207 e segts. e James Marins – “Proteção contratual do CDC a contratos empresariais, inclusive bancários”. **Revista de Direito do Consumidor**, v.18, Ed. RT, 1996, também referidos na comunicação que apresentei no 4º Curso de Direito do Consumidor, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001/2002, sobre o tema “A proteção do consumidor de serviços financeiros”.

O que está em causa é “desencarnar” o contrato de concepções estratificantes, de modo a poder atender com mais eficácia o objetivo de solver os conflitos com melhor justiça.

Assim os “interesses” que os contratos contêm e revelam, podem ser mais bem vistos e valorados pelo ordenamento jurídico, e, como ciência contratual, não ficam divorciados de valores, fundamentais éticos e humanos, ou, sob outra perspectiva, o que importa não é saber como o contrato se sustenta dogmaticamente e sim, como melhor estará instrumentalizado para o controle das relações negociais, à vista desses superiores interesses.

A concepção que assumo é de que o Direito é criado para servir ao Homem e não, o contrário, visando atingir aquilo que o Prof. Canaris chama “uma função essencial ao terceiro «grau» do Direito, ao trabalho com os «escopos específicos fundamentais», portanto aos princípios fundamentais de um domínio jurídico; por detrás da **lex** e da **ratio legis** colocam-se imediatamente os mais altos valores jurídicos, como a justiça, a equidade e a segurança do Direito”.(ob. cit. p. 61).

Para tanto, já há (para ficarmos apenas no ordenamento jurídico português) instrumentos de altíssimo valor no Código Civil de 1966, entre os quais se destacam: o dever de proceder segundo a regra da boa-fé, tanto nas preliminares, como na formação do contrato (Artigo 227.º / 1.); a nulidade do negócio contrário à ordem pública ou aos bons costumes (Artigo 280.º / 2.); a ilegitimidade do exercício de um direito (abuso do direito) quando excedidos os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito (Artigo 334.º); a obrigação de proceder com boa-fé no cumprimento da obrigação (Artigo 762.º / 2.) etc.

Cada ordenamento jurídico com alguns elementos já existentes e notadamente com um elaborado sistema protecional de cláusulas abusivas, certamente atingirá ao que chama Canaris, o terceiro grau do Direito: a justiça, a equidade e a segurança do Direito! Ao menos nesta área das relações contratuais.

7. REGRAS MÍNIMAS DE PROTEÇÃO CONTRATUAL

Ainda que desbordando um pouco do objetivo deste trabalho, verifica-se a nível europeu, que a Comunidade estabelece normas básicas mínimas de proteção neste campo, deixando aos Estados-

membros, a possibilidade de otimização, conforme a cultura jurídica prevalecente (aqui incluído o grau de conservadorismo, de visão filosófica do mundo e de experiência humanística de cada nação).

Cito aqui, a propósito, a experiência brasileira, porque resultante da reflexão e influência de inúmeras legislações estrangeiras.²²

Nela, o sistema de proteção, tem, na previsão das cláusulas abusivas um eficiente instrumento de controle, quer pela via administrativa, quer a judicial, podendo em ambas ser efetuado em abstrato ou em concreto.

O ponto diferencial é que, mesmo antes da Diretiva 93/13/CEE, de 05 de Abril de 1993, sobre as cláusulas abusivas, diploma comunitário que teve como objeto a regulamentação de cláusulas não negociadas individualmente, que constem de contratos celebrados entre profissionais e consumidores, a legislação brasileira (Código de Defesa dos Consumidores) nesta parte, como bem lembrou Pinto Monteiro (in *Contratos de adesão*, ob. cit. p. 1109-1110), vai além dos limites daquela, porque, não é só nesta forma de contratos que há proteção contra as cláusulas abusivas.

Nelson Nery Júnior, um dos autores do anteprojeto do CDC (ref. supra nº 22), confirma ser irrelevante tratar-se de contrato de adesão ou um contrato negociado para que, se presentes cláusulas abusivas, haja a proteção legal, bastando que seja uma relação jurídica de consumo (ob. cit. p. 453).

Neste aspecto a crítica de Pinto Monteiro (ob. cit. p. 1120) se me afigura de todo procedente, pois não é apenas nos contratos de adesão que há a necessidade da proteção do consumidor e cláusulas abusivas ocorrem também em contratos que não são privativos dos consumidores, e por isso, tal como previsto na lei portuguesa sobre cláusulas contratuais gerais “ a diretiva deveria ter ido *mais longe* e abranger também as relações contratuais entre empresas ou entidades equiparadas, ainda que, neste caso, diferenciando-as das relações com consumidores, estabelecendo para estes últimos, um controle mais apertado.”

²² Desde a influência do *Projet de Code de la Consommation*, redigido sob a influência do Professor Jean Calais-Auloy e as leis gerais da Espanha, de Portugal, do México e de Quebec e, em matérias específicas as Diretivas europeias referentes à publicidade (84/450) e responsabilidade civil pelos acidentes de consumo (85/374), e em relação ao controle das cláusulas gerais de contratação as legislações de Portugal (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro) e da Alemanha (AGB Gesetz, de 9 de Dezembro de 1976), conforme Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamim, in **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentado pelos autores do anteprojeto – Ed. Forense Universitária, 6ª ed. P.10.

A restrição na coibição de abusividade, limitada aos contratos entre profissionais e consumidores, desatende aos objetivos da modernização do contrato, no sentido de que a liberdade contratual que dele deve se extrair há de atender à condição de igualdade econômica e social das partes.

Mais uma vez há que se recorrer a Canaris para a exposição crítica exata da questão: “ A liberdade contratual é, em si mesma, apenas uma liberdade jurídica, mas esta última, no fundo, não é senão um meio para a realização da liberdade efetiva... mas, por outro lado, a liberdade jurídica pode facilmente transformar-se na imposição de uma parte e na ausência da liberdade de outra parte. *Impedilo é um problema fundamental do direito dos contratos.*” (o grifo é meu. Ob. cit. p. 61).

8. PRIMEIRAS CONCLUSÕES

Portanto, e agora, em forma de remate da questão, e face à realidade econômica social das negociações intersubjetivas, demandadas pelo sistema da produção em massa, da distribuição em cadeia e do consumo em massa, o que se constata é que nos contratos, de uma maneira preponderante, não há a autonomia negocial, como citado por Ascensão, (acima já referido), quer na liberdade de negociação, quer na criação de tipos contratuais, quer na estipulação de cláusulas divergentes, ou seja, sob qualquer aspecto, ocorre a “ausência da negociação individual” (ou, no mesmo sentido em relação aos contratos individualizados, onde existam cláusulas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar), e assim o é, quer estejamos nos referindo, com suas particularidades, aos contratos de adesão, às cláusulas contratuais gerais ou contratos “standard”, designações que de uma maneira ou de outra, tratam do mesmo fenômeno.

As soluções jurídicas alvitradas para os problemas decorrentes são muitas, desde as regras gerais do Direito Civil e legislação avulsa (decorrentes de transposição de Diretivas da Comunidade Européia, e, autônomas das respectivas legislações pátrias) onde se destacam o atendimento ao princípio da boa-fé, como princípio basilar; aos controles decorrentes de deveres de comunicação prévia, e na íntegra, ao aderente das cláusulas contratuais gerais, feita de modo adequado e com

antecedência, até a correta informação do conteúdo, isso no plano da formação do contrato; possibilidade de desistência do negócio sem justificção; regras de interpretação com adoção da teoria da impressão do destinatário, e na dúvida, adaptando sempre a mais favorável a este; em relação ao conteúdo, sobreleva a proteção contra cláusulas abusivas, onde além do atendimento ao princípio objetivo da boa fé, há que se ter em conta elementos concernente à confiança entre as partes e o objetivo negocial que as partes pretendam atingir.

O contrato subsiste sim, com tais transformações que o adequam à demanda de justiça contratual, e assim encaminhada a solução do chamado “problema fundamental do direito dos contratos”.

9. A PROTEÇÃO ESPECIAL DOS CONSUMIDORES E UMA NOVA ABORDAGEM NO PLANO PROCESSUAL

No que refere à proteção dos consumidores na relação contratual, independentemente do grau de autonomia de que se trate, o controle há que ser mais exigente ainda, por um fator a eles inerentes e ao qual a experiência jurídica brasileira denominou “hipossuficiência”.

O termo que tem o sentido de uma reduzida suficiência ou incapacidade, num primeiro momento teve o significado jurídico daqueles que econômica e financeiramente não tinham condições a fazer face às despesas de um processo judicial.

Pela lei brasileira, fazem jus a uma assistência judicial gratuita e promovida por advogados do Estado.

Importado o termo para o Código de Defesa do Consumidor, passou a justificar e legitimar uma tutela específica destes, com um alcance bem superior e independente mesmo da condição econômico-financeira do beneficiado, à consideração mais elevada de que, antes de ser consumidor é um ser humano e um sujeito de direito em situação especial de inferioridade, sem qualquer sentido de “capitis diminutio”.

Explica-se: uma pessoa, mesmo que ostente condição financeira excelente e cultura superior (falemos por exemplo de um professor, de um advogado, de um juiz ou de um engenheiro), trava relações contratuais onde ocorre a prestação de serviços ou oferta de produtos, em relação

aos quais ele, tecnicamente, tem, objetivamente, uma condição de inferioridade para a necessária compreensão e adequado consentimento.

Um exemplo paradigmático é o das pessoas citadas frente às informações e tratamento procedido por um médico (ainda que se trate de contrato negociado).

Além do fator confiança, todas as informações, diagnósticos e intervenções que o médico faz no corpo do consumidor são, em princípio, insusceptíveis de avaliação, que coloque o utente desses serviços em pé de igualdade com o profissional, em termos de compreensão.

Mesmo o “consentimento informado” que é a solução preconizada nesta área, não satisfaz todos os requisitos, para efeitos de prevenção e reparação de danos.

A exigibilidade do ônus da prova, para o lesado, regra geral do direito civil e ordenamentos processuais, não conduz a uma satisfatória solução dos conflitos emergentes dos danos havidos.

E, embora nesta área, o CDC brasileiro também estabeleça que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais seja apurada mediante a verificação de culpa, a jurisprudência dos tribunais tem se orientado em aceitar a inversão do ônus da prova, com fulcro em direitos básicos do consumidor, entre os quais se insere a facilitação da defesa dos seus direitos, com a inversão do ônus da prova em seu favor quando “a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele *hipossuficiente*, segundo as regras ordinárias de experiências.” (artigo 6.º inciso VIII, da Lei n.º 8078, de 11 de Setembro de 1990, não destacado no original).

A inversão do ônus da prova nos artigos 344.º e 345.º do CCP, não tem este objetivo e nem a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) tem esta previsão quando dispõe sobre o direito à proteção jurídica e direito a uma justiça acessível e pronta (artigo 14.º), ainda quando trata de violação ao preconizado “nível elevado da proteção da saúde e da segurança física das pessoas” (artigo 5.º) ou quando violados os deveres de informação (artigo 8.º nº 5), hipóteses que, a meu ver, por integrarem o rol de altos valores jurídicos, justificam um tratamento protecional diverso daqueles previstos para os contratos em geral.

Outros exemplos, ainda que menos “dramáticos” seguem a mesma solução, como aqueles em que o fabricante de veículo com vício de

fabricação, onde o fabricante é que tem o domínio do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo, em relação a que o adquirente é “hipossuficiente” e, portanto não tem as condições necessárias para fazer a prova do defeito de fabricação, ou, no caso, tão presente do setor de informática, onde ocorre um domínio de conhecimentos técnicos especializados, sempre em mutação e aperfeiçoamento constantes (exemplos citados por Kazuo Watanabe, no CDC comentado pelos autores... ob .cit. p. 713); anote-se que, em tais hipóteses, ainda que estabelecida a culpa objetiva dos fornecedores de produtos e serviços, resta a comprovação do evento danoso em si e a relação de causalidade entre o **eventus damni** e o alegado defeito, assim como quando alegada a má utilização do produto ou deficiências de informação.

São situações em que há evidente vulnerabilidade do contratante adquirente, a justificar elevado nível de proteção, no caso, pelo aperfeiçoamento dos mecanismos judiciais, na obtenção de uma ordem jurídica efetiva e justa.

Que seja do meu conhecimento, nem ao nível da comunidade europeia (com exceção da responsabilização objetiva do produtor) nem a do direito norte-americano, se utiliza este mecanismo processual com tal amplitude, o qual posso afirmar, tem tido na jurisprudência brasileira um resultado positivo na obtenção de decisões mais equânimes e justas, o que julgo mais relevante do que as contundentes críticas que Pflug no seu Kontract,²³ desfere contra esse “novo” contrato, e por via de consequência contra sua formação, conteúdo e modos de reação jurídica de natureza processual.

10. A INFLUÊNCIA DAS MUDANÇAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ainda que em breve referência, para não fugir do tema, anote-se que o instituto da responsabilidade civil, um dos pilares do equilíbrio social e, junto dos contratos, uma das principais fontes do direito das obrigações, também se vê “convulsionado” pelas fortes transformações por que passa o direito privado (para não falar da propriedade privada e o novo contexto da função social com que se reveste).

²³ Citado por Joaquim de Sousa Ribeiro, em obra referida, p. 283 e 265, a quem se atribui anátemas tais como “perversão”, “decomposição” e “degeneração” contra as posições que no seu entender não respeitam a pureza da idéia de contrato, e bem assim a “irritação” que as “ccg” continuam a causar na dogmática civilística.

O princípio da ampla reparabilidade dos danos, a meu ver uma inafastável condicional de uma verdadeira justiça social, se vê desarraigada de rígidos preceitos dogmáticos, nomeadamente em relação à comprovação da culpa pelo lesado, seguindo o caminho da distribuição dos riscos pelos responsáveis de atividades danosas ou perigosas (autêntica socialização do risco ou do dano) num arco de abrangência de responsabilização objetiva que vai desde os acidentes de trabalho e de trânsito (hipótese de inexecução lícita do direito português, previsto no artigo 503.º do CCP), passa pela responsabilidade civil do produtor (Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de Novembro, que transpõe a Diretiva 85/374 CCE, de 25 de Julho de 1985, e que também já aplica a inversão do *onus probandi*) e vai até à reparação dos danos ambientais.²⁴

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, na norma acima referida, reforçou, notavelmente o instituto da responsabilidade civil no atendimento prioritário da segurança social, através deste instrumento processual, com base em pressupostos subjetivos (apreciação do juiz) e objetivos (verosimilhança da alegação e “hipossuficiência”) numa eqüitativa apreciação de valores em causa.

O que se quer afirmar afinal, é que na chamada “sociedade de direito privado” (na qual se introjeta, ou vice-versa, o direito público) há uma certa coerência nessas profundas transformações, verificadas tanto na família, quanto nas sucessões, por repercussão desta; também na propriedade privada (bens corpóreos e incorpóreos) e nas obrigações, não podendo se limitar às reflexões sobre as causas e o futuro de tudo isso, tão-só a doutrinas jurídicas, mas ao caminhar da Humanidade ao rumo de uma nova era!

11. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Um dos elementos demonstradores da importância da chamada “sociedade de direito privado” e seus novos vetores, onde se insere o princípio da liberdade contratual mitigada ou valorada pela função social, é o fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Não se trata aqui de se analisar o direito constitucional, mas reconhecer que, mesmo com a grande controvérsia doutrinária no

²⁴ Ver, por todos, João Calvão da Silva, ob. cit. p. 387 e segs.

sentido de que as Constituições deveriam se limitar às regras fundamentais da organização do Estado, o que se verifica é que, com a eclosão das questões sociais, estas passaram a incorporar matérias antes privativas do legislador infraconstitucional, sinalizando um “*up grade*” da importância dos direitos individuais e sociais.²⁵

Nesta linha, institutos fundamentais anteriormente tratados nos códigos civis, entre os quais a liberdade contratual e a autonomia da vontade (e também o direito de propriedade, a responsabilidade civil e direito do consumidor) foram alçados ao nível de matéria constitucional, com todos os efeitos que este supradireito impõe.

Assim, para citar o exemplo brasileiro, cuja Constituição de 1988 abandona o modelo liberal para se alinhar convictamente ao de um Estado social, estabelecendo no seu intróito princípios fundamentais concernentes à dignidade da pessoa humana, à redução das desigualdades e ao bem-estar de todos, encontram-se normas específicas de direito civil, como, por exemplo, em relação à família, regulando novas formas de entidades familiares (quer na união estável fora do casamento e naquela formada por qualquer dos pais e seus ascendentes), a igualdade do homem e da mulher na sociedade conjugal, a dissolução do casamento civil, deveres paternais e estatuto igualitário dos filhos (artigo 226 e parágrafos).

Prevê a responsabilidade civil de pessoas singulares ou coletivas em relação a danos ambientais (artigo 225.º parágrafo 3.º) e bem assim a responsabilidade objetiva das pessoas de direito público ou privado, prestadoras de serviços públicos, pelos danos que nesta qualidade causarem a terceiros (artigo 37.º parágrafo 6.º); na proteção dos direitos da personalidade impõe a reparação pelos danos extrapatrimoniais ou o dano moral (artigo 5.º incisos V e X).

Em relação à propriedade, dispõe sobre sua função social, com regra, inclusive, da impenhorabilidade da pequena propriedade rural explorada pela família, em relação a débitos decorrentes de sua atividade produtiva (artigo 5.º incisos XXII a XXVI).

At last, but not the least deve se salientar a importância para o direito dos contratos a intervenção estatal nas relações contratuais

²⁵ V. Sérgio Cavalieri Filho em seu artigo “Responsabilidade civil constitucional”. **Revista Forense**, vol. 348, p. 197.

de consumo, campo onde, nomeadamente, ocorreram as transformações mais relevantes, objeto deste estudo.

11.1 Um caminho sem volta

O que se verifica é que estas transformações doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas, tomaram um caminho sem volta, como se pode apurar já no Congresso Internacional sobre “Contratos: atualidade e evolução” (supra rem.13-15) ainda que ocorrido há mais de dez anos, onde eminentes doutrinadores de várias áreas, embora reconhecendo a ausência de harmonização sobre “ a relevância da figura do abuso de direito, nem sobre a existência de um princípio de proteção do contraente mais fraco” (comunicação do Prof. Guido Alpa, p.104), traz referências a princípio decorrente de um método de interpretação objetiva, onde não é a intenção das partes que deve prevalecer, mais que as conseqüências do ato deve ser buscada sob o ângulo da utilidade social e da justiça (*Le juste et l’utile dans le effets du contract*, por Jacques Ghestin, p.128), e ainda, o tema “proteção da parte mais fraca é visto sob o ângulo dos contratos internacionais” (Rui Manoel Moura Ramos, p. 331 e segs.)

Da harmonização de alguns setores do direito privado já nos dá notícia o mesmo Guido Alpa,²⁶ a propósito da análise de Resolução do Parlamento Europeu de Maio de 1994, neste sentido, visando à iniciativa de um Código Civil Europeu, a qual defende.

12. CONCLUSÕES

1. Admitida, para logo, a crítica de uma visão monística do problema, nos limites angustos deste trabalho, tem-se que o problema da autonomia contratual, não pode superar princípios de superiores interesses como a conveniência e utilidade sociais, a eqüidade e a segurança do Direito, visando acima de tudo à boa Justiça, ou seja uma justiça comum, simples e eficiente, e principalmente credível.

2. Nova crítica se faz audível, situada no contexto de um irrealismo metodológico nas proposições, mas, a penitência fica a cargo da experiência e da sensibilidade decorrentes de largos anos na função de julgador, em busca da Justiça e da efetiva realização do

²⁶ In “Il Codice Civile Europeo: “E pluribus unum”” publicado em *Estudos de Direito do Consumidor* n.2 - 2000, do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p.141.

Direito, ainda que por recurso à doutrina da «tópica» de Aristóteles, e dos mestres alemães que a acolheram (V. por todos, Canaris *in Pensamento Sistemático*...ob. cit. p. 243 e seguintes).

3. Reafirma-se, em conseqüência, sobre as hipóteses tratadas, que a liberdade contratual tem que ver os seus conceitos e valores reajustados a um paradigma de “justiça contratual” dentro de situações negociais onde a liberdade de estipulação de conteúdos está fortemente comprometida pelos princípios de funcionamento do mercado.

4. Os mecanismos de concorrência não são satisfatórios, não só por aquelas reconhecidas deficiências que colocam o consumidor em estágio de inferioridade, mas, pelos próprios mecanismos do mercado, que dificultam ou mesmo anulam as opções, inclusive pela uniformização das ofertas pela própria concorrência.

5. Por tal, só a derrogação das normas rígidas do contrato, a serem interpenetradas por um dirigismo estatal, visando a superiores interesses de igualdade, solidariedade e justiça efetiva, é que pode dar a adequada resposta aos questionamentos e regras para uma autonomia contratual no contexto de um “novo” Direito dos Contratos.

Há que se consignar a resposta (citada por Tepedino, ob.cit. p. 215) dada por Friederich Kessler a Gilmore, em debate sobre o tema da morte do contrato:

“ O contrato é morto, viva o contrato!” 📄

ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Nagib Slaibi Filho

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

1. ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

A expressão Administração Judiciária designa o ramo da Administração Pública cujo objeto é a atividade administrativa do Poder Judiciário, compreendendo, inclusive, o relacionamento com os demais entes estatais e com as entidades sociais.

A Emenda Constitucional nº 45 elevou ao patamar constitucional o tema da Administração Judiciária, dispondo no novo art. 103-B, conferindo ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

Já em 1993, sob a segura orientação do saudoso Desembargador Cláudio Vianna de Lima, então Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, foi ali implantado o módulo de Administração Judiciária no Curso de Formação, com o seguinte quadro de trabalho modular:

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro QUADRO DE TRABALHO MODULAR - Q T M CURSO DE FORMAÇÃO IV

2º Semestre de 1993

ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

Coordenador: Juiz de Direito Nagib Slaibi Filho¹

Assistente de Coordenação: Aliete Ferraz

¹ Necessário registrar que devo a honrosa indicação para coordenador do módulo à extraordinária visão de administrador do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, que percebeu, pouco depois da Constituição conceder ao Poder Judiciário a autonomia funcional e administrativa, que o Poder carecia de meios para o que se denominaria hoje de auto-sustentabilidade de sua competência. Além do mais, o saudoso mestre foi inspirado pelas grandes transformações que sacudiram a Justiça fluminense no início da década de 90, não só com a implementação, que realizou, da Escola da Magistratura como também as excepcionais Administrações de Antonio Carlos Amorim como Presidente e de Polinício Buarque de Amorim como Corregedor-Geral da Justiça, dos quais fui Juiz Auxiliar.

1. EMENTA

1.1. A Administração Judiciária como meio de realização da prestação jurisdicional.

1.2. Principais aspectos da Administração Judiciária

1.3. Os princípios básicos do Direito da Administração Judiciária.

2. OBJETIVOS

2.1 - Ao final do curso, o estagiário deverá ser capaz de:

2.1.1 - identificar:

2.1.1.1 - os principais aspectos da Administração do Poder Judiciário

2.1.1.2 - as funções exercidas pelo Poder Judiciário

2.1.1.3 - princípios básicos que informam a atuação da Administração Judiciária

2.1.2 - concluir pela importância da função administrativa para a realização das atividades que a ordem jurídica deferiu ao Poder Judiciário.

3. DESENVOLVIMENTO: Distribuição do programa em dez sessões, cada uma com duas horas diárias, que serão aplicadas do dia 02 de agosto a 13 de agosto de 1993.

4. ATIVIDADES: a) Conferências; b) Levantamento de questões com debates, abordando os “PEDIDOS”, motivo de pesquisa domiciliar; d) Conclusão.

5. AVALIAÇÃO: No dia 16 de agosto de 1993, ao final do módulo, será realizada uma prova especial, com duração de 3 (três) horas.

6. DISCUSSÃO: No dia 16 de agosto de 1993, de 11:00 às 12:00 horas, serão discutidas as questões que foram objeto da prova.

SESSÕES DE ESTUDOS

7.1. SESSÃO I: Dia 02.08.93

Expositor: Prof. Dr.

TEMA: ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA. Autonomia do Poder Judiciário. Direito da Administração Judiciária: fontes e relações com os demais ramos do Direito. Estrutura da Administração Judiciária Superior e da Administração Judiciária de 1a. instância. Atribuições do Diretor de Foro.

7.2. SESSÃO II: Dia 03.08.93

Expositor: Prof. Dr.

TEMA: ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. Conceito, conteúdo e fontes. O Regimento Interno dos Tribunais. A Lei de Organização e Divisão Judiciárias. O poder regulamentar do Órgão Especial, do Conselho da Magistratura, do Presidente do Tribunal de Justiça e do Corregedor-Geral da Justiça. O Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça.

7.3. SESSÃO III: Dia 04.08.93

Expositor: Prof. Dr.

TEMA: OS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO. Tribunais, juízos, serventias e órgãos administrativos. O patrimônio do Poder Judiciário: características, modos de aquisição, uso por terceiros e alienação.

7.4. SESSÃO IV: Dia 05.08.93

Expositor: Prof. Dr.

TEMA: FUNÇÕES JUDICIAIS ADMINISTRATIVAS. Poderes administrativos inerentes à função judicial: normativo, hierárquico, disciplinar, vinculado, discricionário e de polícia. Distribuição de feitos.

7.5. SESSÃO V: Dia 06.08.93

Expositor: Prof. Dr.

TEMA: PODER CORREICIONAL: conceito, modalidades e conteúdo.

7.6. SESSÃO VI: Dia 09.08.93

Expositor: Prof. Dr.

TEMA: SUPERVISÃO DAS ESCRIVANIAS. Rotinas e livros cartorários. Recebimento, tramitação e arquivamento de peças e autos judiciais. Agilização dos serviços.

7.7. SESSÃO VII: Dia 10.08.93

Expositor: Prof. Dr.

TEMA: O PESSOAL DO PODER JUDICIÁRIO. Regimes jurídicos. Direitos e deveres dos magistrados, dos serventuários e dos demais servidores da Justiça. Processo administrativo disciplinar. Legitimidade judicial e extrajudicial de sindicatos e associações.

7.8. SESSÃO VIII: Dia 11.08.93

Expositor: Prof. Dr.

TEMA: ORÇAMENTO E EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA. Espécies de orçamento. Participação do Poder Judiciário na elaboração orçamentária. Princípios de Direito Financeiro.

7.9. SESSÃO IX: Dia 12.08.93

Expositor: Prof. Dr.

TEMA: CUSTAS E EMOLUMENTOS. O Regimento de Custas Judiciais. O Regimento dos Emolumentos Extrajudiciais.

7.10. SESSÃO X: Dia 10.08.93

Expositor: Prof. Dr.

TEMA: RELAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO COM OS DEMAIS PODERES E COM AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA: Ministério Público (agente, interveniente e fiscal de atividades administrativas), Procuradorias estatais, Advocacia e Defensoria Pública. Colaboração do Poder Judiciário na função legislativa: iniciativa legislativa, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de inconstitucionalidade.

BIBLIOGRAFIA GERAL

CAPELETTI, Mauro. Juízes irresponsáveis?, tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed., 1989.

_____. e GARTH, Bryant. Acesso à justiça, Tradução de Ellen Grace Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed., 1988.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo, São Paulo, Ed. Saraiva, 1992, 2ª ed.

GUIMARÃES, Mário. O juiz e a função jurisdicional, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1958, 1ª ed.

MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasilei-

ro, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1992, 10ª ed.

MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. Poderes éticos do juiz – a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed., 1987.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. O direito à defesa na Constituição de 1988 (o processo administrativo e os acusados em geral), Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1991.

RESENDE LARA, Valdir. “Natureza jurídica das despesas processuais”, artigo na Revista do Processo, direção de Arruda Alvim, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, nº 46, ano 12, abril/junho de 1987, pp. 213/219.

SLAIBI FILHO, Nagib. Sentença cível – fundamentos e técnica, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1992, 2ª ed.

SOUZA, Laerte Romualdo de. II Breviário de Organização Judiciária, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1990.

TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença criminal – prática de aplicação de pena e medida de segurança, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 1992.

VASCONCELOS, Edson Aguiar de. Instrumentos de defesa da cidadania na nova ordem constitucional (controle da administração pública), Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1993.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito administrativo, São Paulo, Ed. Atlas, 1992, 3ª ed.

Também no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, novamente de forma pioneira, foi implantada a Escola de Administração Judiciária, sob a orientação da Desembargadora Leila Mariano, com os seguintes objetivos:

- promover o treinamento e o desenvolvimento de forma contínua relacionados aos planos estratégicos da Alta Administração do Tribunal de Justiça, facilitando o Desenvolvimento Organizacional (aprendizado individual e coletivo);
- ser um instrumento de mudança de conceitos, hábitos e atitudes, visando à melhoria contínua da prestação jurisdicional;

- contribuir para a solidificação de uma consciência ética quanto ao relacionamento e exercício funcional dos serventuários;

- valorizar o serventuário, capacitando-o a fim de exercer suas funções de forma efetiva.

Em novembro de 2004, o Supremo Tribunal Federal, com a Associação dos Magistrados Brasileiros e com a Escola Nacional da Magistratura, promoveu em Brasília o Fórum de Administração Judiciária, também debatendo amplamente os temas antes referidos, destacando o caráter gerencial do Poder.

Convênio da Associação de Magistrados Brasileiros com a Fundação Getúlio Vargas propõe a realização de curso de pós-graduação sobre Administração Judiciária.

Pode-se considerar objeto da Ciência da Administração Judiciária e do Direito da Administração Judiciária:

- a organização judiciária em todas as instâncias;
- os instrumentos da ação administrativa judiciária (poderes de polícia, regulamentar, discricionário, vinculado, hierárquico e disciplinar);
- organização, supervisão e função correicional dos serviços auxiliares dos Juízos e Tribunais e das atividades registrais e notariais;²
- regime jurídico da Magistratura;
- regime jurídico do serventuário da Justiça;
- regime jurídico dos colaboradores eventuais e permanentes (juiz de paz, jurado, conciliador, escrutinador, perito);
- orçamento e execução orçamentária;
- custas, emolumentos, taxa judiciária e demais contribuições voluntárias ou não;
- Escola da Magistratura;
- Escola de capacitação de serventuários e de colaboradores;
- as relações do Poder Judiciário com as funções essenciais à

² Certamente hoje merece um capítulo à parte o tema da informatização dos serviços judiciários, pela sua transcendental importância como meio de publicidade dos atos judiciários, não só para os fins de cientificação de advogados e partes, passando pela premente necessidade de processamento de milhões de causas como, principalmente, meio de integração entre Poder, sociedade e indivíduo. Sobre o tema de informatização judiciária, basta que se aponte o sucesso da denominada *urna eletrônica*, hoje reconhecida como meio indispensável para o exercício da democracia.

Administração da Justiça, com os demais Poderes e os demais agentes estatais e sociais.³

Evidentemente, a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, assim como as autonomias do Ministério Público e de alguns outros entes essenciais à Justiça, não pode ser interpretada sectariamente de forma a excluir o dever jurídico de seus membros e servidores de cumprir os princípios administrativos que são aplicáveis aos demais Poderes em todos os níveis federativos, como se vê no art. 37, *caput*, da Lei Maior.

Ressalte-se que as funções administrativas do Poder Judiciário não constituem o seu objeto de atuação – que é a prestação jurisdicional –, mas mero instrumento de realização desta atividade, de nítido conteúdo político, exercido por membros do Poder e que não pode se limitar pela função secundária.

Como não se tem como definir desde logo as atividades administrativas do Poder Judiciário, prudentemente, a Emenda Constitucional nº 45 optou pela técnica legislativa de não dispor sobre a competência do Conselho Nacional da Justiça em *numerus clausus*, imprimindo no art. 103 – B, § 4º, expressões genéricas que serão minudenciadas com o lento desenvolvimento das atividades do próprio órgão e que poderão, ao menos em parte, ser explicitadas, mas nunca de forma restritiva, pela futura Lei da Magistratura.

As normas genéricas e abstratas dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público serão contrastadas através do controle concentrado de constitucionalidade e as suas determinações concretas atra-

³ Insista-se: a autonomia deferida pela Constituição ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e às universidades não passa simplesmente de reiteração do princípio da legalidade administrativa e não pode ser interpretada – como muitos se arriscam – como imunidade aos princípios constitucionais e legais que imperam sobre a atividade administrativa referida no art. 37. Neste sentido: *MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 17 DA LEI Nº 7.923, DE 12.12.89, CAPUT DO ART. 36 DA LEI Nº 9.082, DE 25.07.95, ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 3º E ART. 6º DO DECRETO Nº 2.028, DE 11.10.96. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS UNIVERSIDADES. 3. O princípio da autonomia das universidades (CF, art. 207) não é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição, como as que regem o orçamento (art. 165, § 5º, I), a despesa com pessoal (art. 169), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (art. 39), bem como as que tratam do controle e da fiscalização. Pedido cautelar indeferido quanto aos arts. 1º e 6º do Decreto nº 2.028/96. 5. Ação direta conhecida, em parte, e deferido o pedido cautelar também em parte para suspender a eficácia da expressão “judiciais” ou contida no par. único do art. 3º do Decreto nº 2.028/96. (ADI 1599, Medida Cautelar, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgado pelo Pleno em 26 de fevereiro de 1998).*

vés de medidas judiciais, estas como aquele de competência funcional do Supremo Tribunal Federal, a quem caberá, em cada causa, arbitrar os litígios referentes ao limites de atuação dos respectivos Colegiados.

Enfim, ao prudente arbítrio do Excelso Pretório caberá o exaustivo ofício de traçar os limites da Administração Judiciária.

1.1. Especificidade da ciência da Administração Judiciária

Conjunto organizado de conhecimentos relativos a determinado objeto, dotada de método próprio, a Administração Judiciária ganha foros de ramo específico da Administração sob os aspectos:⁴

a) *doutrinário*, embora todos os tratados de processo ainda se refiram somente à organização judiciária, em lembrança do regime anterior ao do Código de Processo Civil de 1939, no qual os Estados-membros legislavam conjuntamente sobre processo e organização judiciária. Limitar o universo da Administração Judiciária à perspectiva processual constitui uma falsidade facilmente desmascarada pela rica vivência desde 1988 da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, como proclamado no art. 99;

b) *didático*, pela necessidade de se conferir capacitação para o exercício de suas funções a magistrados, serventários e colaboradores da atividade jurisdicional, assim cumprindo as normas constitucionais sobre a Educação e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional;

c) *científico*, pois ao lado dos tradicionais processos de investigação, há uma metodologia diversa, em que se pode observar a predominância de critérios, como se pode extrair da seguinte afirmação, embora dirigida à sectária organização judiciária. *A informação básica da organização judiciária é o existir físico dos órgãos jurisdicionais e de suas serventias. Para essa construção, os critérios têm que atender a colocação dedutiva, valendo das experiências já consumadas. Ao mesmo tempo, a organização judiciária tem que garantir-se com regras que superem a surpresa, trazendo solução imediata a todas as situações novas;*⁵

⁴ Adota-se, aqui, o enfoque dado por Laerte Romualdo de Souza, *op. cit.*

⁵ Laerte Romualdo de Souza, *op. cit.*, pp. 12/13.

d) *legislativo*, a partir das disposições da Carta da República, passando pelas Constituições dos Estados e da numerosa legislação infraconstitucional, nos âmbitos federal e estadual, sem contar milhares de resoluções dos órgãos diretivos dos tribunais, inclusive provimentos das Corregedorias de Justiça, os quais, não raras vezes, descem a minúcias administrativas se não chegam mesmo a conflitar com disposições legais que se mostram muitas vezes irrealizáveis.⁶

1.2. Fontes da Administração Judiciária

Como as demais fontes jurídicas, as fontes da Administração Judiciária podem ser materiais e formais.

Fontes materiais são aquelas decorrentes de ciência não jurídica, mas que influenciam ou mesmo fundamentam o modo de organização da Justiça. Entre tais fontes temos a Política, como Ciência do Governo, inspirando o modo de ser da Justiça, como, por exemplo, ao afirmar, pela Constituição, a possibilidade do modelo de democracia mista como meio de mitigar os males da democracia direta, abrangendo a representação e a participação, ensejando os dispositivos constitucionais que exigem o devido processo de lei; a Economia, impondo normas de economicidade, como, por exemplo, o princípio da economia processual; a Medicina, como, por exemplo, influenciando a organização das varas de competência acidentária, a Informática e as suas possibilidades de realização da Justiça de massa etc.

Quanto às fontes formais ou normativas, são as diversas modalidades de atos normativos que impõem à Justiça o seu modo organizacional, desde a Constituição até os atos concretos.

⁶ Tema que desde logo se apresenta cheio de possibilidades de contradição será o poder normativo do Conselho Nacional da Justiça inclusive sobre assuntos tópicos, como, por exemplo, o sistema de distribuição de feitos na primeira instância (que geralmente se ressentem de uma classificação razoável de ações, inclusive para fins estatísticos), o sistema informatizado de tramitação dos feitos (para permitir a ampla publicidade) etc. No entanto, desde logo se percebe muito mais razoável a intervenção de conselho especializado nestes assuntos do que as leis processuais não raras vezes implementadas por legisladores desavisados...

1.2.1. A Constituição da República

A Constituição da República é, em nosso país, a principal fonte normativa da Administração Judiciária, coerente, aliás, com seu caráter de transição entre a Política e o Direito.⁷

A Constituição insere o Poder Judiciário entre os Poderes da União (art. 2º), dispõe inicialmente sobre os seus órgãos (art. 92), institui regras sobre o funcionamento da Justiça, quer administrativamente (no art. 96, I), quer processualmente (principalmente no Título II, ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais, quer, residualmente, como as disposições do art. 93, IX), bem como estabelece o delineamento do relacionamento da Justiça com os demais órgãos estatais, a sociedade e o indivíduo.

Todo esse quadro organizacional é dado pela Constituição de forma inexorável, em face do princípio de sua supremacia, colocando-a intangível à atividade dos órgãos legislativos.⁸

1.2.2. A Constituição do Estado-membro

O poder constituinte estadual é derivado e subordinado, não podendo contrariar ou mesmo inovar, salvo quando a Lei Maior expressamente assim prevê, como, por exemplo, no art. 125.

Os Estados estão vinculados às disposições constitucionais (art. 25), razão pela qual suas Constituições estão jungidas aos princípios inseridos na Carta da República.⁹ Sequer pode o legislador constituinte estadual, e muito menos o legislador ordinário, sem atender ao princípio da iniciativa legislativa do Tribunal de Justiça, dispor sobre

⁷ Segundo Carl Schmitt, a natureza jurídica da Constituição consiste essencialmente em ser ato de volição de transição entre a Política (que lhe traça os fundamentos básicos) e o Direito (que concede validade às disposições políticas formalmente inscritas na Lei Maior).

⁸ Tal intangibilidade é assegurada até mesmo por cláusula pétrea (na terminologia americana) ou cláusula de garantia da eternidade dos princípios fundamentais (na terminologia europeia), pois o art. 60, § 4º, expressamente coloca o princípio da separação de poderes como imune a procedimentos de reforma da Constituição. Evidentemente, a cláusula pétrea não pode ser interpretada como forma de absoluta inibição do poder constituinte derivado, mas como predominância de um valor que deve ser considerado proporcionalmente em face dos outros valores. Sobre o tema, ver Nagib Slaibi Filho, **Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

⁹ O Poder Judiciário do Distrito Federal e dos Territórios (que atualmente inexistem) integra a organização da Justiça Federal.

a organização e divisão judiciárias ou sobre a organização administrativa ou processual dos tribunais.¹⁰

Os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público terão como objeto principal justamente regular o delicado processo político, no qual nos encontramos desde a República Velha, no sentido de prevalecer o caráter nacional da Justiça e do Ministério Público em face dos interesses locais.

Aliás, parafraseando Recasens Siches, a História da Justiça no Brasil é a sua lenta nacionalização, afastando-se das influências regionais e sectárias, servindo como poderoso instrumento de integração nacional.¹¹

Evidentemente, no que diz respeito aos aspectos que não são próprios do Poder Judiciário, podem e devem a Constituição e as leis estaduais regular o modo de atuação administrativo, desde que tal regulação não se revele como discriminadora em face dos outros Poderes.

1.2.3. O regimento interno dos tribunais

No regime constitucional anterior, somente o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal tinha sede constitucional, tor-

¹⁰ Questão controvertida na doutrina e na jurisprudência é aquela que se refere ao poder da Casa Legislativa de alterar as proposições legislativas de iniciativa restrita, como aquelas deferidas pela Constituição aos tribunais. A quem a Constituição concede o poder de iniciativa legislativa, pretendeu ela lhe assegurar a primazia de colocar a matéria em discussão, mas, no nosso entendimento, não se pode exigir do órgão legislativo que seja meramente chancelador da proposta. Assim, não se vê inconstitucionalidade no texto legislativo em que, sem fugir do conteúdo da proposta, o órgão legislativo lhe imprime solução diversa daquela pretendida pelo órgão iniciador.

¹¹ DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 28, DE 25 DE JUNHO DE 2002, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 156 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ESTABELECIDO NORMAS SOBRE FORMA DE VOTAÇÃO NA RECUSA DE PROMOÇÃO DO JUIZ MAIS ANTIGO, PROVIDÊNCIAS A SEREM TOMADAS, APOS A RECUSA, PUBLICIDADE DAS SESSÕES ADMINISTRATIVAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MOTIVAÇÃO DOS VOTOS NELES PROFERIDOS, E PUBLICAÇÃO DO INTEIRO TEOR NO ÓRGÃO OFICIAL DE IMPRENSA. ALEGAÇÃO DE QUE A NOVA REDAÇÃO IMPLICA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 93, "CAPUT", E INCISOS II, "d", E X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CONFLITANDO, AINDA, COM NORMAS, POR ESTA RECEBIDAS, DA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL MEDIDA CAUTELAR. 1. Em face da orientação seguida, pelo S.T.F., na elaboração do Projeto de Estatuto da Magistratura Nacional e em vários precedentes jurisdicionais, quando admitiu que a matéria fosse tratada, conforme o âmbito de incidência, em Lei de Organização Judiciária e em Regimento Interno de Tribunais, é de se concluir que não aceita, sob o aspecto formal, a interferência da Constituição Estadual em questões como as tratadas nas normas impugnadas. 2. A não ser assim, estará escancarada a possibilidade de o Poder Judiciário não ser considerado como de âmbito nacional, assim como a Magistratura que o integra, em detrimento do que visado pela Constituição Federal. Tudo em face da grande disparidade que poderá resultar de textos aprovados nas muitas unidades da Federação. 3. Se, em alguns Estados e Tribunais, não houverem sido implantadas ou acatadas, em Leis de Organização Judiciária ou em Regimentos Internos, normas auto-aplicáveis da Constituição Federal, como as que regulam a motivação das decisões administrativas, inclusive disciplinares, e, por isso mesmo, o caráter não secreto da respectiva votação, caberá aos eventuais prejudicados a via própria do controle difuso de constitucionalidade ou de legalidade. 4. E nem se exclui, de pronto, a possibilidade de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por omissão. 5. Medida Cautelar deferida, para se suspender a eficácia da Emenda Constitucional nº 28, de 25 de junho de 2002, do Estado do Rio de Janeiro. (ADIn, Medida Cautelar, nº 2700, relator Sidney Sanches, julgado em 17 de outubro de 2002).

nando-se intangível, quanto às suas matérias, à influência do legislador ordinário.

Agora, no art. 96, I, 'a', o regimento interno do tribunal, como norma *interna corporis*, dispõe sobre a estruturação interna e competência dos seus órgãos administrativos e jurisdicionais, podendo, inclusive, dispor sobre normas processuais, desde que atendidos os princípios inscritos na legislação processual. Note-se: o poder regimental dos tribunais não mais se restringe a dispor sobre os procedimentos, mas também às normas referentes ao processo.

1.2.4. O poder regulamentar dos órgãos judiciários, inclusive do Conselho Nacional de Justiça

O poder regulamentar, dispondo sobre o modo de atuação dos serviços, é faculdade administrativa que, por isso, é inerente a todos os órgãos públicos, salvo expressa disposição legal.

Também os órgãos judiciários têm o poder regulamentar na organização de seus serviços, ou, em se tratando de tribunais de cúpula dos Estados, têm o poder censório sobre os juízos a eles vinculados, bem como aos respectivos serviços, nos termos do art. 96 da Constituição.

Assim, os tribunais de justiça manifestam sua vontade organizatória de seus serviços ou daqueles que lhe são subordinados através da emissão de atos, seja através dos respectivos órgãos especiais (quando existam), seja através de atos dos respectivos Presidentes, Conselhos da Magistratura e Corregedores-Gerais.

1.2.5. Lei de organização judiciária

No âmbito federal, a lei de organização judiciária está prevista no art. 48, IX e X, da Constituição, podendo apresentar diversos aspectos, dependendo das especializações judiciárias sobre as quais incide.¹²

¹² A Lei Federal nº 5.010/65, por exemplo, dispõe sobre a organização da Justiça federal de primeira instância, enquanto a Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe sobre a organização da Justiça do Trabalho.

No âmbito estadual, a Constituição, no seu art. 125, § 1º, concede ao legislador estadual a relevante atribuição de dispor sobre a alteração da organização e da divisão judiciárias, dependendo de iniciativa do respectivo Tribunal de Justiça. Compreende-se na lei estadual a organização e divisão não só dos juízos, com a respectiva competência, mas também a organização das serventias, inclusive as registrais e notariais, disposições que se inserem na legislação suplementar do Estado enquanto não houver a legislação federal a que se refere o art. 236 da Constituição.

As normas hoje ainda encontradas nas leis estaduais de organização e divisão judiciárias que passaram a extrapolar do seu âmbito, em face da Constituição de 1988, podem ser validamente alteradas por atos de outra natureza, como, por exemplo, atos regimentais dos tribunais que disponham sobre sua organização e que revoguem disposições da lei ordinária estadual.

2. ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

A palavra organização deriva do latim *organum*, que significa instrumento e originariamente exprime ou designa tudo que possa servir de meio à realização ou à execução de alguma coisa; é o instrumento, a que se comete o desempenho de uma função determinada.¹³

A organização judiciária é, assim, o instrumento de realização da Justiça, em sentido latíssimo.

Mais especificamente, a organização judiciária pode ser conceituada em dois aspectos:

a) no sentido amplo, como a *ciência que estuda a organização e a atividade dos órgãos estatais e demais entes integrantes da Administração da Justiça*; e

b) no sentido estrito, como a *ciência que estuda a organização e a atividade dos órgãos do Poder Judiciário e das entidades diretamente vinculadas, como as serventias registrais e notariais*.

¹³ De Plácido e Silva, **Vocabulário Jurídico**, 3ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1993, verbete “órgão”, p. 294.

2.1. Organização judiciária no sentido amplo

Como instrumento de realização da Justiça, devemos entender a organização judiciária, no sentido amplo, como abrangente dos princípios básicos que regulam a composição e o funcionamento dos órgãos estatais e das entidades da sociedade civil que compõem a Justiça.¹⁴

Compreende tanto os órgãos do Poder Judiciário, os órgãos jurisdicionais anômalos (que são aqueles excepcionalmente instituídos pela Constituição para processar e julgar determinadas causas, como o Senado Federal no exercício da competência jurisdicional a que se referem os incisos I e II do art. 52 da Constituição), os órgãos que não integram o Poder Judiciário mas cujas funções são conexas à atividade jurisdicional (como o Ministério Público, a Advocacia Geral da União e as Procuradorias estatais, a Defensoria Pública, a Polícia Judiciária) e os organismos, inclusive os não-governamentais, que também estão vinculados à atividade jurisdicional (como a Ordem dos Advogados do Brasil, as universidades através de seus escritórios de extensão jurídica, as entidades assistenciais religiosas etc.), bem como todos aqueles que venham a colaborar com o Poder Judiciário, inclusive peritos, leiloeiros e outros.¹⁵

No sentido amplo, a organização judiciária inclina-se ao estudo das mais diversas instituições, ainda que alguma delas não tenha como função precípua o papel de contribuir, diretamente, para a resolução dos conflitos de interesse, mas que possam, até eventualmente, contribuir para a distribuição da Justiça.

O fundamento de tal conceito amplo decorre do modo organizacional da Justiça brasileira, previsto principalmente nos capítulos III e IV do Título IV, da Constituição de 1988,

¹⁴ A Lei nº 5.621, de 4 de novembro de 1970, que regulamentava o disposto no art. 144, § 5º, da Constituição de 1967 (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69), assim dispõe: *Art. 6º. Respeitada a legislação federal, a organização judiciária compreende: I - constituição, estrutura, atribuições e competência dos tribunais, bem como de seus órgãos de direção e fiscalização; II - constituição, classificação, atribuições e competências dos Juizes e Varas; III - organização e disciplina da carreira dos magistrados; IV - organização, classificação, disciplina e atribuições dos serviços auxiliares da justiça, inclusive tabelionatos e ofícios de registros públicos. § 1º. Não se incluem na organização judiciária: I - a organização e disciplina da carreira do Ministério Público; II - a elaboração dos regimentos internos dos tribunais.*

¹⁵ O princípio da verdade real, como substrato ético da atividade jurisdicional, institui dever coletivo de colaboração, como, aliás, está no art. 339 do Código de Processo Civil: *Ninguém se exime de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.*

ontologicamente exigindo a repartição de poderes e a participação dos mais diversos interesses no processo que terá como fim a decisão jurisdicional.

A Justiça é democrática na medida em que possa albergar, no processo, a interveniência de todos aqueles que tenham, ao menos diretamente, interesse específico; a decisão jurisdicional somente será legitimada se decorrer da participação de todos os interessados e se buscar a sua efetividade, o que exige submeter o rigorismo formal à prevalência da efetividade do processo.

Pertence à Ciência do Processo o estudo do modo de participação dos interessados na decisão judicial; mas a inquirição do modo de organização do funcionamento da Justiça, no sentido amplo agora apresentado, é matéria de organização judiciária, como ramo da Administração Judiciária.

Restringir a organização judiciária ao conjunto de regras que determinam a hierarquia, a composição e competência dos tribunais e dos demais órgãos integrantes do Poder Judiciário representará um corte na compreensão do problema, porque estreitos os laços que vinculam os demais órgãos estatais e entidades da sociedade civil que colaboram na aplicação da Justiça.

2.2. Organização judiciária no sentido estrito

No sentido estrito, a organização judiciária é a ciência que estuda a estrutura e as funções dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. Restringe-se, assim, a visão da Justiça tão-somente aos órgãos que têm a função precípua de dirimir os conflitos de interesses, e a cujo conjunto denominamos *Poder Judiciário*.

Ensina Laerte Romualdo de Souza sobre a organização judiciária: *É a ciência que estuda as regras que prevêm a existência física dos tribunais e o seu funcionamento, este imposto pelo movimento provocado pelo processo e que não visam à composição da lide. É, dessa forma, a área do Direito que trabalha com o maior número de regras. A doutrina da constituição dos órgãos jurisdicionais e suas serventias, do ponto de vista normativo, é representada pelo conjunto de leis que lhes garantem a continuidade, as condições de trabalho e a fixação de atribuições. A organização judiciária estuda o aparelho judiciário do ponto de vista*

*estático e dinâmico, sem preocupar-se com a intimidade da lide, matéria que interessa à processualística.*¹⁶

Em se tratando de órgãos públicos, há que se determinar, de início, o conjunto de elementos que os formam (agentes públicos, competência e repartição) para que se possa vislumbrar o conteúdo da organização judiciária, em sentido estrito.

2.3. Conteúdo da organização judiciária

A organização judiciária tem por conteúdo o estudo das qualidades que designam as pessoas que realizam diretamente a Justiça (os *agentes públicos*), a parcela da atividade estatal que foi deferida pela ordem jurídica a estas pessoas para a realização da Justiça (a *competência*) e os meios materiais que dispõem para a consecução de suas atividades (a *repartição*).

Como ramo jurídico, a organização judiciária está incluída no Direito Público e representa uma especialização do Direito Administrativo (embora historicamente tenha sido tratada como elemento do Direito Processual¹⁷), com repercussões em diversos ramos do Direito, principalmente o processual.

A abrangência da organização judiciária pode ser demonstrada ao se perquirir os diversos elementos que compreende.

Quanto ao *pessoal* ou agentes públicos da Justiça, há que classificá-los de acordo com a gama de poderes que estão investidos pela ordem constitucional e legal.

Assim, teremos como agentes políticos o patamar mais elevado da classificação, isto é, aqueles que exercem o poder de forma autônoma, sujeitos a regime próprio, que são os *magistrados*, ou, como previsto na Emenda Constitucional nº 19/98, tratados como *membros de Poder* juntamente com os governantes, os parlamentares e os membros do Ministério Público. Os magistrados, por sua vez, podem ser classificados de acordo com diversos critérios, como, por exemplo, os integrantes da Justiça de 1ª ou 2ª instâncias, os togados e os substitutos etc.

¹⁶ Laerte Romualdo de Souza, **III Breviário de organização judiciária**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990, p. 11.

¹⁷ A primeira Constituição republicana, de 24 de fevereiro de 1891, permitiu aos Estados-membros o poder de legislar sobre o processo civil, penal e sobre a organização judiciária, o que certamente contribuiu para que o tema fosse tratado como segmento da Processualística.

É o ato legislativo que impõe o regime jurídico dos magistrados e servidores da Justiça, como, por exemplo, o Estatuto da Magistratura a que se refere o art. 93 da Constituição, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dos servidores estritamente judiciais, dos notários e registradores,¹⁸ dos auxiliares da Justiça, em sentido amplo¹⁹ mas a administração dos recursos humanos insere-se na autonomia judiciária.

No que se refere à *competência* dos órgãos judiciais, diversas classificações podem ocorrer, como, por exemplo, aquelas previstas nas leis processuais (competências externa e interna, em razão do valor e da matéria, funcional e territorial). Contudo, a matéria não se restringe aos órgãos judiciais, porque também o Poder Judiciário tem diversos órgãos administrativos, quer os internos de apoio à sua atividade específica (como as Secretarias dos tribunais e as escrivânias) como os órgãos administrativos externos a ele vinculados (como as serventias registras e notariais a que se refere o art. 236 da Constituição).²⁰

À competência dos órgãos judiciais é que se denomina, mais especificamente, de organização judiciária, sendo matéria regulada pela Constituição da República, ao fixar as diversas *jurisdições* (federal e estadual, federal comum e especializada), a Constituição do Estado (sobre a competência dos tribunais, como prevê o art. 125 da Carta da República), e as leis de organização judiciária, tanto da União (como a Lei Federal nº 5.010, de 30 de maio de 1966, com suas diversas alterações), como as leis estaduais que dispõem sobre a competência dos órgãos judiciais de primeira instância.

A *repartição* abrange os meios materiais disponíveis pelo Poder Judiciário para o exercício de suas atividades jurisdicionais e administrativas. Abrange os edifícios, os bens móveis permanentes e de consumo e tudo o mais que necessário for, no âmbito material, para o regular funcionamento de seus órgãos. Embora o clássico conceito

¹⁸ Mencionado no art. 236 da Constituição.

¹⁹ Como os peritos, previstos nas leis processuais, os juizes de paz, conciliadores dos Juizados Especiais e de Pequenas Causas, os vogais e escrutinadores da Justiça Eleitoral etc.

²⁰ Embora sem razão científica, prefere-se reservar a expressão *competência* para designar as atividades dos órgãos judiciais, e a expressão *atribuição* para designar as atividades dos órgãos administrativos. A distinção é desarrazoada, mesmo porque, no Direito Público, a expressão *competência* exprime a parcela da atividade do serviço público que a ordem jurídica deferiu a determinado órgão. Veja-se a utilização da expressão no art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1996, cujo projeto foi elaborado por Bilac Pinto e Vitor Nunes Leal.

lusitano de repartição reporte-se aos aspectos materiais, neste século XXI devem se considerar como incluídos na repartição até mesmo os complexos aplicativos ou *softwares* que sustentam a atividade informatizada do Poder Judiciário.

2.3.1. Problemas de fixação do conteúdo da organização judiciária

A Constituição é a principal fonte normativa da organização judiciária, mas dispensa à matéria tratamento diferenciado, o que decorre de razões políticas de organização dos Poderes da República e de razões históricas.

São diversas as disposições constitucionais abrangentes da organização judiciária, embora muitas vezes não se refiram expressamente à matéria.

Por exemplo, a Constituição assegura aos tribunais (arts. 93 e 96, II) a iniciativa de leis que digam respeito aos magistrados, mas nega-lhes o poder de dispor sobre sua própria competência (o que é previsto na própria Constituição da República e na Constituição do Estado – art. 125) e sobre a competência dos juízos (o que é privativo de lei, nos termos do art. 96, II, *d*, embora tenha sido interpretado que lei estadual poderá delegar ao tribunal o poder de regular a criação, extinção ou modificação da competência dos órgãos judiciários, desde que não haja aumento de despesa, a símile do que está no art. 84, VI, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001).

Diz o art. 125, § 1º, da Constituição que *a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça*.

Tal dispositivo afina-se com o que contém o art. 96, II, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169, a alteração do número de membros dos tribunais inferiores, a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhe forem vinculados; a cri-

ção ou extinção dos tribunais inferiores e a *alteração da organização e da divisão judiciárias*.²¹

Cabe, também, aos tribunais, organizar suas secretarias e serviços auxiliares, e os dos juízos que lhes forem vinculados (art. 96, I, b).

A organização das secretarias dos tribunais e dos juízos vinculados exige o poder administrativo de dispor sobre suas atribuições, o que, muitas vezes, acaba obstado pela impossibilidade de instituir funções de chefia ou reestruturar os cargos, inclusive os comissionados, o que exige lei e, conseqüentemente, acaba dependendo da vontade política do legislador.

Daí são encontradas soluções intermédias, como, por exemplo, a nova classificação dos cargos e funções, sem aumento da despesa pública, o que atende ao disposto no art. 96, I, que se reporta ao art. 169, bem como, por extensão, ao disposto no art. 84, VI, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que expressamente deferiu ao Chefe do Poder Executivo não só o poder de extinguir funções ou cargos públicos, quando vagos, como dispor mediante decreto sobre a organização e o funcionamento da Administração vinculada, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.²² Também é comum a instituição e extinção de novos serviços²³ sem que sejam seguidos da designação de cargos de chefia e de assessoramento, o que conduz, quase sempre, a dificuldades administrativas para gerenciá-los.

Os serviços judiciais, em ambas as instâncias, são grandemente influenciados pelos regimentos de custas judiciais, que, mesmo a partir de 1988, têm sido considerados atos legislativos de iniciativa do Poder Executivo, pois muitos entendem que o tema é tributário, enten-

²¹ Evidentemente a Constituição somente dá aos tribunais o poder de iniciativa legislativa para a alteração da organização judiciária, mas não lhe dá poderes para propor, *ex novo*, sobre a matéria. Acertadamente, o legislador constituinte pressupõe a existência de anterior organização, o que é correto, ainda que se trate, por exemplo, de Estado recentemente criado, a quem passará a organização judiciária existente no âmbito de seu território.

²² Por extensão, em homenagem à autonomia administrativa e financeira que foi deferida ao Poder Judiciário no art. 99, poderão os tribunais, mediante resolução de seus órgãos administrativos, até mesmo alterar a organização judiciária, nos termos concedidos ao Poder Executivo.

²³ No Estado do Rio de Janeiro, o Protocolo Geral da Varas (PROGER) e o Sistema Integrado de Protocolo foram implantados inicialmente mediante provimento do Corregedor-Geral da Justiça, a destacar o seu caráter funcional e de processamento, e não o caráter orgânico.

dimento perfilhado tantas vezes pela Suprema Corte, que confere a natureza jurídica de taxa tanto às custas como à taxa judiciária.

O problema é agravado quando o sistema de custas vincula-se à prática de atos judiciais, levando à previsão, por lei, do modo de funcionamento dos tribunais e juízos, o que parece vulnerar o princípio geral da autonomia do Poder Judiciário. Assim, parece mais razoável dar às custas forenses a natureza jurídica de preços públicos, ainda que fixados em lei, embora não seja este o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal.²⁴

No atual estado de evolução do constitucionalismo brasileiro, parece ser exigida aos tribunais uma atitude mais respeitosa ao princípio da autonomia da Justiça, rejeitando, por inconstitucional, normas que, a pretexto de regulação de certas matérias, acabam por perturbar o funcionamento da própria Justiça.

2.4. Histórico brasileiro da organização judiciária

O esforço lusitano de ocupação da nova colônia não dispensou a montagem de uma estrutura judiciária, embora rarefeita e incipiente, seguindo o modelo metropolitano, o qual somente a custo deixou de atender ao padrão medieval da autonomia dos feudos.

Somente com a Declaração de Independência, em 1822, é que melhor foi o desenvolvimento judiciário.

Outorgada por Pedro I, mas temperado o absolutismo da Casa de Bragança pelos influxos libertários que se seguiram às revoluções liberais do século XVIII, a Constituição do Império, no seu art. 10, erigiu o que denominou Poder Judicial como independente (o que se entende no sentido da autonomia funcional dos juízes e jurados), dedicando-lhe, ainda, outros dispositivos, como se vê nos arts. 151 a 164.

O Código de Processo Criminal de 1832 alargou grandemente a competência dos juízes de paz, eleitos em cada município de acordo com o voto censitário²⁵ das oligarquias locais, conferindo-se atri-

²⁴ A Súmula 545, do Supremo Tribunal Federal, distingue entre taxa e preço público (tarifa). Há determinadas despesas processuais que não ficam submetidas à anterioridade tributária, como se vê, por exemplo, na publicação dos atos no Diário Oficial, geralmente sob o controle do Poder Executivo. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a publicação de edital custa à parte, e se for beneficiária da gratuidade dos serviços judiciários, o encargo é do Tribunal de Justiça, mais de R\$ 70,00 (setenta reais) por centímetro-coluna.

²⁵ Segundo dispunha a Constituição do Império, somente os proprietários de bens de raiz ou de determinada renda, bem como os bacharéis, é que poderiam exercer o direito de voto.

buições que hoje são partilhadas com o Prefeito, o Juiz de Direito, o Delegado de Polícia e até o coletor de tributos.

Em 1840, durante o denominado *Regresso* ou período de redução do quase-federalismo implantado pelo Ato Adicional de 1834, sob a inspiração do grande político conservador Bernardo Pereira de Vasconcellos, lei da Assembléia-Geral restringiu as atribuições do juiz de paz criando os cargos de Juiz de Direito e de Delegado, estes designados pelo governo imperial e não mais vinculados às oligarquias locais.

A Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841, criou o Conselho de Estado e concedeu-lhe o poder, no art. 7º, item 4º, de decidir conflitos de jurisdição entre as autoridades administrativas e entre estas e as judiciárias.

Adotando os regimes republicano e presidencialista, a Constituição de 1891, nos arts. 55 a 62, traçou os delineamentos principais da Justiça Federal e concedeu aos Estados-membros o poder de organizar os seus serviços judiciários. Sua redação foi alterada pela Emenda Constitucional de 1926, no Governo Arthur Bernardes.

Dispunha o art. 58 da primeira Constituição republicana:

Art. 58. Os tribunais federais elegerão de seu seio os seus presidentes²⁶ e organizarão as respectivas secretarias.

§ 1º A nomeação e a demissão dos empregados de secretaria, bem como o provimento dos ofícios de justiça nas circunscrições judiciárias, competem respectivamente aos presidentes dos tribunais.

§ 2º O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei.

Na redação originária da Constituição, verifica-se que, das decisões estaduais, somente caberiam recursos para o Supremo Tribunal Federal em casos de *habeas corpus* e causas referentes a espólio de estrangeiro, quando a espécie não estivesse prevista em convenção ou tratado. Posteriormente, a Emenda de 1926, em esforço de

²⁶ A eleição do órgão diretivo pelos integrantes do próprio Tribunal rompeu o sistema americano – de resto adotado em toda a Constituição de 1891 – pois lá o Presidente do tribunal é designado pelo próprio Chefe do Executivo.

centralização, instituiu recurso para a mais alta Corte em casos de questionamento de leis federais e de constitucionalidade dos atos estaduais em face da Constituição Federal, bem como instituiu recurso para a uniformização da jurisprudência.

Já a Constituição de 1934 dispunha, no art. 63, que são órgãos do Poder Judiciário da União a Corte Suprema, os juízes e tribunais federais, os juízes e tribunais militares, os juízes e tribunais eleitorais e, art. 104, que compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias; instituiu, ainda, o recurso extraordinário e a representação para intervenção, inaugurando o controle concentrado de constitucionalidade em nosso país.

A Constituição de 1937 trouxe imensa carga de centralismo. No art. 90 estavam previstos como órgãos do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal, os juízes e tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e os juízes e tribunais militares, extinguindo, assim, a justiça federal comum; preservou, no art. 93, a autonomia dos tribunais, com o poder de elaborar os regimentos internos, organizar as secretarias, os cartórios e mais serviços auxiliares e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos. O art. 103 deferia aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciária, enquanto o art. 107 dispunha que, excetuadas as causas de competência do Supremo Tribunal Federal, todas as demais eram de competência da justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

A redemocratização repercutiu na organização da Justiça pela Constituição de 1946, cujo art. 94 declarava que o Poder Judiciário era exercido pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos, juízes e tribunais militares, juízes e tribunais eleitorais, juízes e tribunais do trabalho. Outros dispositivos destacavam-se: o art. 97 (compete aos tribunais eleger seus presidentes e demais órgãos de direção, elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provido-lhes os cargos na forma da lei e propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos) e o art. 124 (os Estados organizarão a sua justiça com observância dos arts. 95 a 97 e também de outros princípios, inclusive o da inalterabilidade da organização judiciária den-

tro de cinco anos da lei que as estabelecer, salvo proposta motivada do Tribunal de Justiça). A Emenda Constitucional 16/65 alterou vários dispositivos concernentes ao Poder Judiciário. O Ato Institucional 2/65 criou, novamente, a justiça federal comum de primeira instância, permitindo o provimento inicial dos cargos da magistratura mediante decreto presidencial e, em outro dispositivo, excluiu os atos revolucionários da apreciação do Poder Judiciário, o que se manteve até mesmo no regime constitucional posterior.

A Constituição de 1967, na redação originária, manteve, nos arts. 107 a 136, os mesmos padrões e colocou o Ministério Público dentro do Poder Judiciário.

A Emenda Constitucional nº 1/69 deu nova redação à Constituição de 1967, excluiu o Ministério Público do Poder Judiciário, e foi alterada, na parte referente ao Judiciário, pela Emenda Constitucional nº 7/77 (art. 112: o Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional da Magistratura, Tribunal Federal de Recursos e juízes federais, tribunais e juízes militares, tribunais e juízes eleitorais, tribunais e juízes do trabalho, tribunais e juízes estaduais; art. 115: Compete aos tribunais: organizar os serviços auxiliares e lhes prover os cargos, na forma da lei, e propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos, elaborar os regimentos internos e, atendida a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, estabelecer a competência jurisdicional e administrativa de seus órgãos; art. 144, § 5º, propor ao Poder Legislativo a alteração da organização e da divisão judiciárias, vedadas emendas estranhas ao objeto da proposta ou que determinem aumento de despesa (regulamentado pela Lei nº 5.621, de 4 de novembro de 1970); art. 144, § 1º, a lei proposta pelo Tribunal de Justiça poderá criar tribunais inferiores de segunda instância, observados os requisitos da LOMAN, juízes togados com investidura limitada no tempo, para julgamento de causas de pequeno valor e de crimes a que não se comine reclusão, podendo substituir juízes vitalícios, justiça de paz temporária, para habilitação e celebração de casamentos, justiça militar estadual).

2.5. A organização judiciária na Constituição de 1988

A redação originária da Constituição de 5 de outubro de 1988, firme no princípio presidencialista, instituiu o Judiciário como Poder da República. Em norma desnecessária, mas como reforço ao contido no art. 2º, o art. 99 dispõe expressamente sobre a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário.

Diferentemente dos outros Poderes, o Judiciário é poder nacional, havendo vinculação entre os diversos tribunais e juízos, o que não prejudica, de qualquer forma, a autonomia funcional de seus membros.

Assim dispunha a redação original da Constituição:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VIII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional.

O art. 93 prevê a existência de lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, que disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os princípios que arrola, dos quais os incisos IX a XI dispõem sobre matéria organizacional da Justiça, como um todo (o inciso IX, que determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes) e dos tribunais (os incisos X, que determina que as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros, e XI, sobre órgãos especiais nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores).

O art. 94 dispõe sobre as vagas reservadas nos tribunais aos advogados e membros do Ministério Público.

O art. 95 institui algumas garantias e vedações aos magistrados.

O art. 96 dispõe sobre o modo de organização e a competência, inclusive de iniciativa legislativa, dos tribunais.

O art. 97 traz norma, já tradicional desde 1934, sobre o *quorum* qualificado que se exige dos tribunais para o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

O art. 98 traz comandos cogentes para a instituição dos juizados especiais e da Justiça de paz.

O art. 99 é o que proclama a autonomia do Poder Judiciário, embora os seus incisos digam respeito à matéria orçamentária e o art. 100 dispõe sobre os precatórios.

Vê-se, assim, que a Constituição dedicou muitos dispositivos sobre a organização da Justiça, elevando-se pela supremacia, e pela riqueza de previsão, à principal fonte normativa da organização judiciária, tema integrante da Administração Judiciária e que ganha, pela Emenda Constitucional nº 45, caráter nacionalizado. 📄

AS AMBULÂNCIAS E O PODER JUDICIÁRIO*

RESERVA DE JURISDIÇÃO E DIREITO DE LIBERDADE

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Processual Penal da EMERJ e Coordenador de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá.

1. A Parábola das Ambulâncias

Uma das demonstrações mais explícitas do grau de civilização humana é o sentimento de solidariedade da população quando surge uma ambulância com sirene ligada.

Em todos os povos, em todos os cantos do mundo, ambulâncias tocam profundamente o coração humano e evocam sentimentos nobres de compaixão, solidariedade, piedade, dor, respeito etc.

Em uma cidade fictícia, porém, começou-se a desconfiar que alguns motoristas de ambulância acionavam as sirenes apenas para não ficarem presos no trânsito, independentemente de a ambulância estar em missão de salvamento ou não.

Logo o rumor chegou às redações dos jornais que passaram a investigar e a denunciar os motoristas que procediam desse modo.

Cartas dos leitores chegavam ao jornal em grande quantidade, pugnando pela reprimenda exemplar a esses motoristas.

A situação passou a ficar cada vez mais tensa, até que os carros particulares passaram a não mais ceder a vez para as ambulâncias,

* Palestra Proferida no IV Congresso Nacional de Direito Penal, no dia 23/04/2004, no Hotel Glória, Rio de Janeiro, promovida pelo Instituto de Direito.

mesmo com as sirenes ligadas, julgando que, provavelmente, tratar-se-ia de mais motoristas irresponsáveis. E logo o fizeram também com os carros da polícia e com os do corpo de bombeiros.

Nunca se provou o uso indevido das sirenes mas, mesmo assim, ninguém mais naquela cidade tinha qualquer sentimento de solidariedade quando avistava um veículo com a sirene ligada.

Guardemos a parábola na memória, mas mudemos de assunto por um instante.

2. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição

Em 1975, um professor alemão chamado Peter Haberle publicou uma original e interessante tese¹ em que sustentou que, em uma sociedade democrática, a interpretação constitucional não pode ficar restrita aos órgãos formais de interpretação, mas, antes, deve ser repartida por todos os participantes dessa sociedade, especialmente a opinião pública e o processo político, alavancados pelo debate na mídia. Ou seja, todos os cidadãos são intérpretes da Constituição.

Diz o professor:

*“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico”.*²

Desenvolvendo a teoria, o professor afirma que quando o povo delegou aos seus representantes a responsabilidade formal para atuarem os órgãos estatais, não se despiu de sua parcela da realidade constitucional e é o povo, na verdade, *um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional*³.

Destaca o autor a importância da mídia no processo de interpretação constitucional. Embora a imprensa não seja participante em

¹ "Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição, 1997", Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre.

² *Ibidem*, p. 15.

³ *Ibidem*, p. 37.

sentido estrito do processo de interpretação, sugere a grande importância do jornalismo profissional, a ele ligando a expectativa e as cartas dos leitores⁴.

Recorrendo a Baschof, adverte que, embora *“o juiz não se deve deixar influenciar em um caso concreto pela opinião pública”*⁵, ele deve estar em *permanente comunicação ou em um diálogo duradouro* com todos os setores da sociedade, especialmente com o povo e a opinião pública.

Deve-se reconhecer, portanto, a importância do jornalismo profissional para auscultar a opinião pública e para contribuir para o processo de interpretação das leis.

Mas há jornalismo profissional e jornalismo amador; há interpretação constitucional e *achismo* constitucional. Por isso, é preciso esclarecer a imprensa de seus equívocos. Um deles – e grave equívoco – ocorreu no jornal **O Globo**⁶, no artigo do jornalista Luiz Garcia, intitulado *Juízes banguê-banguê*. O artigo critica um juiz de Goiás por deferir liberdade provisória a um acusado pelo suposto crime de porte de armas. Diz o jornalista:

“A sentença manda libertar dois homens presos por porte ilegal de armas. Trata-se de crime inafiançável, segundo o Estatuto do Desarmamento, aprovado pelo Congresso Nacional, sancionado pelo presidente da República e aplaudido pela opinião pública nacional (como mostram índices superiores a 80% em pesquisas de opinião). Qualquer escrevente de tribunal sabe que existem meios legais de contestar na Justiça a constitucionalidade de uma lei. Mas desprezará-la durante sua vigência certamente agride as instituições jurídicas nacionais...

A cúpula do Judiciário está devendo uma resposta – enérgica e urgente, como deve ser a defesa do prestígio e da integridade do Poder – a essa rebelião dos juízes banguê-banguê. Antes que os amotinados comecem a receber flores e bombons da indústria nacional de armas e cartuchos.”

⁴ Op. cit. p. 22.

⁵ Op. cit., p. 31, nota 47.

⁶ **O Globo** de 20/02/2004, caderno "Opinião", p. 7.

Guardem o termo empregado no final: *rebelião dos juízes*.

Meses depois o jornal reincidiu no mesmo erro, desta feita em editorial intitulado *Inconfiável Fiança*⁷:

“Se a Constituição não inclui porte e disparo de armas de fogo entre os crimes inafiançáveis, nada impede que o Congresso faça uma simples emenda à Constituição.

Ou que, na regulamentação do estatuto, se proponha solução legal para o problema”.

Em meio ao tema de fundo, que se abordará em seguida, impõe-se desde logo destacar dois pontos do editorial por consistirem duas perigosas proposta de romper, de vez, com todas as conquistas sobre reforma constitucional e sobre o processo de criação das normas legais. A primeira proposta - fazer uma *simples* emenda constitucional - desconhece que a Constituição não é um periódico que se deva modificar todo dia e, principalmente, que se possa modificar ao sabor de quem detenha momentaneamente o poder político. A segunda - que o regulamento resolva o problema - demonstra profundo desconhecimento sobre o processo legislativo e sobre a regra basilar de que o regulamento, porque editado pelo Poder Executivo, não pode inovar à lei, não pode ultrapassá-la, não pode romper os seus limites, não pode contrariá-la. Agora, vamos ao problema de fundo.

3. Reserva de Jurisdição

Em que pese o irrefutável acerto da tese Haberle referida, é bom que se precise que, se toda a sociedade pode contribuir para a interpretação da Constituição, tem o Judiciário um papel proeminente de, recebendo a participação de todos os setores pelos mais diferentes meios e processos, fixar, definitivamente, qual a interpretação verdadeiramente constitucional.

Sobretudo em se tratando da limitação de certos direitos fundamentais, nenhum outro órgão ou poder pode se antecipar ao Judiciário na interpretação de cláusula constitucional.

A existência de determinados direitos fundamentais de superlativa importância tem levado a doutrina constitucional a admitir que

⁷ O Globo, 21/04/2004.

alguns deles só podem ser limitados por decisão judicial. Não se trata da mera possibilidade de recorrer ao Judiciário quando de sua restrição por outra autoridade não-jurisdicional, mas do reconhecimento de que, diante de certos direitos fundamentais, o Judiciário tem sempre a primeira e a última palavra. Bem o explica Canotilho:

*“A idéia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os guardiões da liberdade e das penas de natureza criminal e daí a consagração do princípio nulla poena sine iudicio...”*⁸

Sobre o tema há excelente acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo ministro Celso de Mello, que, em linhas gerais, acolhe a lição acima exposta, embora sem que se possa extrair do acórdão qual a orientação do referido Tribunal sobre o assunto:

“...Postulado constitucional da reserva de jurisdição: um tema ainda pendente de definição pelo Supremo Tribunal Federal. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde

⁸ *Op. cit.*, p. 580.

logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado...”.⁹

4. Direito Fundamental de Liberdade

Dentre esses direitos que são guardados pela cláusula da reserva de jurisdição, encontra-se o direito fundamental da liberdade.

A liberdade humana só pode ser limitada por decisão judicial, com exceção da hipótese de prisão em flagrante, por expressa autorização constitucional, mas mediante comunicação imediata ao Poder Judiciário. Afora essa hipótese, nenhuma autoridade de qualquer dos outros poderes da República, pode determinar a prisão cautelar ou definitiva de alguém.

Tampouco o Judiciário pode decretar prisões fora das hipóteses concebidas pela Constituição e pelas leis (artigos 311 a 313 do Código de Processo Penal, Lei nº 7.960, Lei nº 8.072) e, de maneira alguma, como produto de uma ponderação judicial de bens em confronto.

Por isso é que se deve receber com todas as reservas possíveis legislações que determinem a prisão obrigatória de suspeitos ou impeçam a liberdade provisória.

A recente Lei nº 10.826, de 22/12/2003, incide em tal infração constitucional. Seu artigo 21 determina que os crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18 da mesma lei são insuscetíveis de liberdade provisória. Como se deve interpretar essa regra? Ora, se a Constituição presumiu que todos são inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode regra de categoria inferior presumir o contrário, sob pena de inconstitucionalidade.

A questão poderia ser colocada, ainda, em outros termos: a absoluta ausência de uma margem de discricionariedade permitida ao juiz, ficando este obrigado a executar o encarceramento determinado por

⁹ STF, MS 23.452-RJ, Tribunal Pleno, DJ 12/05/2000, Min. Celso de Mello. Consta do final da ementa que, apesar de a tese da reserva de jurisdição ter sido prestigiada por cinco ministros, o tribunal não precisou enfrentar a questão no caso submetido a julgamento, porque sete ministros acolheram uma questão prévia, qual seja a falta de fundamentação de decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito que determinara a quebra de sigilo bancário do imputante, concedendo, assim, a ordem.

lei, viola algum princípio constitucional? Nicolas Gonzáles-Cuellar Serrano¹⁰ informa que, na Alemanha, ficou assentado que as disposições limitativas de direitos constitucionalmente assegurados só são admissíveis como «*disposições de poder*» e, não, como «*disposições de dever*». Conseqüentemente, não se reconhece como constitucional o dever de o juiz limitar, obrigatoriamente, os direitos constitucionais.

No mesmo sentido, a jurisprudência espanhola tem decidido pela inconstitucionalidade de lei que determine ao juiz, obrigatoriamente, a limitação, seja da liberdade ambulatorial, seja da intimidade, ou mesmo de atividade constitucionalmente permitida. Traz à colocação - ainda o Professor citado - decisões do Tribunal Constitucional que julgaram inconstitucionais lei que determinava a prisão provisória e lei que determinava o fechamento automático de órgãos da imprensa em caso de crime praticado pelos meios de comunicação, logo que ajuizada a ação penal (esta última medida era prevista em revogada lei).

Qualquer disposição legal que impeça o juiz de verificar da razoabilidade e da conveniência de adoção de restrições a direitos constitucionais é inconstitucional. No caso, a inconstitucionalidade ocorre tanto por força do princípio do devido processo legal como da presunção de inocência. A violação do devido processo legal se dá porque a tutela provisória de restrição da liberdade é realizada automaticamente, sem possibilidade de um procedimento justo e isonômico que possibilite ao réu obviar a constrição de sua liberdade. Quanto à presunção de inocência, a sua violação está patente na medida em que o princípio banuiu do sistema legal qualquer prisão que não se justifique a título de cautela, ou melhor, que não preencha os pressupostos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Onde estão demonstrados estes pressupostos, se a própria lei os dispensa ao estabelecer peremptoriamente a manutenção da prisão? Estes pressupostos devem constar dos autos e devem ser materializados por fatos apuráveis, não por disposição legal. A jurisdição consiste, justamente, em aplicar a lei ao caso concreto.

Por isso que o artigo 21 da Lei nº 10.826/2003 é inconstitucional, pois priva o único poder competente para decretar a prisão de alguém de seu dever constitucional de verificar se é realmente necessária.

¹⁰ *Proporcionalidade y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 278/279.

5. *Rebelião* e Controle da Constitucionalidade

A *rebelião* dos juízes, a que se refere o jornalista, tem um nome e chama-se controle difuso e incidental da constitucionalidade das leis, autorizado implicitamente pelo artigo 102, III, b, da Constituição e pelo Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao Código de Processo Penal. Trata-se de um instituto que está na tradição do direito brasileiro, inspirado no sistema norte-americano de controle da constitucionalidade das leis. A *rebelião* dos juízes está em cumprir sua função, seu dever, sua missão.

Começa a preocupar quando a imprensa – e muitas outras vezes o governo – confunde atividade jurisdicional legítima com *rebelião*. Nos primórdios da ditadura brasileira, o regime militar cassou ministros do Supremo Tribunal Federal por causa de iguais *rebeliões* e isso ocorreu em toda ditadura no mundo todo onde havia uma de plantão. No Governo Collor, uma lei foi editada para impedir a concessão de liminares que se rebelavam contra os planos econômicos. No Governo Fernando Henrique o Judiciário foi acusado de *não pensar no Brasil* quando determinava a reposição dos expurgos dos planos econômicos nas pensões do INSS e foi nesse tempo que ganhou força a idéia do controle externo do Judiciário. O governo atual ameaça juízes, promotores e delegados com a chamada lei da mordça, criação do governo anterior, bem como transfere para o Judiciário a responsabilidade pelas mazelas da segurança pública comemorando as desastrosas declarações da representante da ONU, Asma Juhangir, que confundiu atribuições do Executivo, do Legislativo e da Justiça. Tudo isso sob os holofotes potentes de alguns jornais que se esforçaram sobremaneira para demonstrar à sociedade como a Justiça funciona mal, ainda que seja no exato e inexcusável desempenho de seu dever constitucional, como no caso do artigo referido.

O que pretendem certas vozes encasteladas nos governos e às vezes na imprensa não é contribuir para o processo democrático de interpretação das leis, nem contribuir para a formação da opinião pública, mas substituir a opinião pública e impor uma determinada interpretação, ao argumento de que são os porta-vozes da vontade da maioria, como se a maioria pudesse se sobrepor à Constituição.

Nesse ponto, cabe uma advertência. Nem a opinião pública, nem a maioria, nem o juiz, nem o jornalista, nem o presidente, nem o

parlamentar podem se sobrepor à Constituição. Do contrário, em pouco tempo não haverá qualquer regramento político e social, bastando que as transitórias maiorias decidam o que bem entenderem para contemplar seus interesses particulares. A Constituição é, portanto, um limite à opinião pública, ao jornalismo, aos juizes, aos legisladores, aos presidentes, enfim, a toda a sociedade, para, justamente, preservá-la de momentâneos interesses.

A propósito, há uma notável, magistral, lição de Ferrajoli, que convém ser transcrita:

*“A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão...Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou fique com ela indissolúvelmente ligado, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho, ou outras coisas similares. A garantia desses direitos vitais é a condição indispensável da convivência pacífica”.*¹¹

A maioria é perigosa quando não se impõe limites precisos. Há cerca de 2.000 anos uma maioria pressionou Pôncio Pilatos a crucificar Jesus Cristo e, justamente ele que era incumbido por César de fazer cumprir as leis romanas, cedeu àquela maioria. Há cerca de 60 anos uma outra maioria apoiou a criação de campos de concentração para exterminar minorias. E, agora, uma outra maioria aprova a invasão do Iraque e a prática de uma espécie de terrorismo estatal.

Por tais razões é preciso que, ao lado de reconhecer-se a importância da imprensa como instrumento de formação da opinião pública e de sua contribuição ao processo de interpretação - e, assim, de veicular o pensamento das maiorias e das minorias - sublinhe-se que

¹¹ **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**, p. 689/690.

a própria maioria não é soberana, mas subserviente à Constituição de um povo, porque assim quis o mesmo povo ao promulgá-la.

Ressalve-se, contudo, o esforço bem intencionado da imprensa responsável, da imprensa profissional, para aperfeiçoar as instituições do País, especialmente o Judiciário, que realmente precisa prestar contas à sociedade, precisa dar-se a conhecer.

Alguns equívocos da imprensa – como os assinalados -, contudo, produzem danos irreparáveis à sociedade. Ao informarem mal acerca do funcionamento do Judiciário, ao não se inteirarem sobre as leis e a Constituição do País, ao confundirem *alhos com bugalhos* para externar sua própria insatisfação com os juízes, estão contribuindo para deformar e condicionar a opinião pública.

Com isso, eles só estão contribuindo para deslegitimar a função jurisdicional aos olhos da sociedade, do mesmo modo que ocorreu com as ambulâncias da parábola na nossa cidade fictícia. Até que, um dia, será um parente nosso ou nós mesmos que estaremos sendo transportados em uma dessas ambulâncias, que invariavelmente encontrarão a indiferença daquela sociedade, não mais solidária, não mais cumpridora das decisões judiciais.

6. Conclusão

Não se sabe se o que os juízes estão fazendo é mesmo uma rebelião. Não é essa a tradição da magistratura brasileira. Os juízes brasileiros mostram-se até conformados demais; pouco ousados em matéria de controle difuso da constitucionalidade; pouco rigorosos com o descumprimento de decisões judiciais por parte do Executivo.

Mas se isso for realmente uma rebelião, que seja muito bem vinda. A garantia do juiz natural começou com uma rebelião do Juiz Edward Coke ao rei Jaime I, da Inglaterra, o mesmo ocorrendo com os juízes franceses tempos depois.

O Brasil deve muito de sua liberdade a certos rebeldes. Um deles, em especial, recebeu até uma homenagem justamente por ser rebelde, na música consagrada de Milton Nascimento e Fernando Brandt:

“Quem é esse viajante
quem é esse menestrel
que espalha a esperança
e transforma sal em mel?”

Quem é esse saltimbanco
falando em rebelião
como quem fala de amores
para a moça no portão?

...

De quem é essa ira santa
essa saúde civil
que tocando na ferida
redescobre o Brasil?"¹²

...

Se for para redescobrir a Constituição do Brasil e as garantias constitucionais, se for para redescobrir o sentimento de justiça, se for para redescobrir o respeito às decisões judiciais, que os juízes brasileiros tenham muita coragem e toda a rebeldia do mundo. 📄

¹² Menestrel das Alagoas, em homenagem ao falecido senador Theotônio Villela.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO OU GUARDA DE ANIMAIS FEROCES

CLAYTON REIS

Juiz de Direito aposentado. Professor Titular da Pós-graduação e graduação da Faculdade de Direito de Curitiba. Professor Adjunto da Universidade Tuiuti do Paraná. Professor do Curso de Mestrado do Centro de Ensino Superior de Maringá – CESUMAR e da Escola da Magistratura do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos meses a imprensa vem noticiando uma série de ataques a pessoas por cães enfurecidos, especialmente por animais adestrados para defesa da propriedade e de seus donos, com destaque aos das raças **Rotwailer** e **Pit Bull**.

Nesse sentido, a **Folha de São Paulo**, em seu caderno O COTIDIANO¹, narrou, em manchete, situação inédita relativa ao seguinte fato: “dono de **Pit Bull** pode ir a júri popular por morte de menina”. O texto da reportagem descreve o ocorrido ao referir que “o vendedor de livros Jamil Alves da Silva, 25, dono de cão da raça **Pit Bull** que atacou e matou a menina Luana de Oliveira, 8, no dia 31 de março, em Jundiaí (60 km de São Paulo), pode ir a júri popular²”.

¹ **Folha de São Paulo**, O Cotidiano, quinta feira, 3 de junho de 2004, página C3.

² No mesmo sentido, a **Folha de São Paulo** de 15.09.2004 (4ª feira), em seu caderno COTIDIANO, página C-5, noticia que, “Menino fica sem orelhas após ser atacado por pit bull e rottweiler em MG”. O fato descrito pelo jornal narra que “um menino de 4 anos perdeu as duas orelhas após ter sido atacado ontem por dois cães – um pit bull e um rottweiler – em Montes Claros (MG). O ataque ocorreu na casa de uma tia do menino, dona dos cães. O garoto foi socorrido por familiares e levado para a Santa Casa de Montes Claros, onde foi operado. De acordo com o cirurgião plástico Sérgio Souza, além das duas orelhas, o menino perdeu parte do couro cabeludo e da pele do lado esquerdo do rosto. Os órgãos auditivos internos não foram afetados. O médico informou que a reconstrução das orelhas só poderá ser feita após um ano. O menino, segundo Souza, não corre risco de morte, mas ficará pelo menos mais dez dias internado. Souza disse ainda que essa foi a oitava criança ferida por cães operada por ele neste ano. Em juiz de Fora (MG), um pit bull foi morto anteontem por PMs (Da agência Folha)”. Estes fatos evidenciam o grande potencial de danos desses animais, bem como que tem sido freqüente no Brasil o ataque às pessoas levados a efeito por estes cães ferozes (nota do autor).

O que nos chama a atenção, sob a ótica da responsabilidade civil atualmente vigente em nosso Código Civil de 2002, é a incidência de vários dispositivos legais diante do fato descrito pelo jornal, segundo reprodução *ipsis literis*: “Luana foi atacada quando Silva foi receber dois primos em sua casa. Ao abrir o portão, o cachorro escapou e encontrou a menina que foi mordida no pescoço. Ela morreu dias depois. Após dois meses de investigação, o delegado Wilson Ricardo Peres indiciou Silva por homicídio culposo (sem intenção de matar), mas a Promotoria entendeu que houve dolo eventual, pois, ao adquirir o cão, *Silva teria assumido o risco de produzir um resultado negativo* – no caso, a morte da criança. Para o Promotor Francisco Carlos Cardoso Bastos, *Silva teria consciência de que o cão tinha alto poder ofensivo e poderia provocar a morte de alguém*” (Destaque do autor).

O evento, que resultou no triste e lamentável acidente que ceifou a vida de um ser humano, nos remete a uma profunda reflexão sobre a teoria do risco adotada pelo artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

2. OS RISCOS CRIADOS PELA SOCIEDADE MODERNA

Segundo o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³, “vivemos em uma sociedade perigosa, onde, não apenas os homens, mas também as coisas e os animais podem acarretar graves riscos ao nosso patrimônio ou à nossa integridade físico-psíquica. Não é por outra razão que já constatamos que vivemos a era do risco, especialmente incrementado pelo avanço tecnológico”.

Carlos Roberto Gonçalves⁴, ao tecer considerações acerca da guarda da coisa animada ou inanimada advertiu que, “acrescenta, ainda Savatier que a doutrina e a jurisprudência não hesitaram diante dessa acomodação e o risco do fato de uma coisa tornaria o dono desta responsável pelo dano causado por acidente no qual a sua coisa houvesse desempenhado um papel direto e ativo. O responsável dirige a coisa em seu proveito, deven-

³ GAGLIANO/PAMPLONA FILHO, Pablo e Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**, vol. III, São Paulo/SP, Editora Saraiva, 2003, p. 187.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**, 8ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2003, p. 232

do, em contrapartida, suportar os seus riscos (*Cours*, cit., p. 151, n. 303)". A teoria da guarda implica a responsabilidade de quem assumiu a guarda do animal, exatamente porque as pessoas possuem o dever de vigilância, cuidado preciso e, diligência na guarda da coisa animada. Todos têm o direito de criar riscos em seu benefício⁵. Todavia, ninguém poderá se eximir da responsabilidade dos danos oriundos da atividade correspondente ao risco criado⁶.

Nessa linha de idéias, Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho⁷ proclamam que "temos hoje à nossa disposição um grande número de coisas que nos trazem comodidade, conforto e bem-estar, mas que, por serem perigosas, são capazes de acarretar danos aos outros. Superiores razões de política social impõe, então, o dever jurídico de vigilância e cuidado das coisas que usamos, sob pena de sermos obrigados a reparar o dano por elas produzido. É o que se convencionou chamar de *responsabilidade pelo fato das coisas*, ou, como preferem outros, *responsabilidade pela guarda das coisas inanimadas*". A convivência social assegura a cada um o direito de se valer das prerrogativas que o Estado moderno confere aos seus cidadãos. Ora, é inquestionável que a todo direito corresponde uma obrigação, exatamente para que cada um tenha a dimensão exata das suas prerrogativas. Assim, o direito de cada um termina onde começa o de outrem.

⁵ No entanto, Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho, em sua obra "**Comentários ao Novo Código Civil**", vol. XIII, obra coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira", Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, p. 278, defendem a idéia de que, "temos, destarte, uma responsabilidade objetiva tão forte que ultrapassa os limites da teoria do risco criado ou do risco-proveito".

⁶ ANTONIO CHAVES, em sua obra, **Tratado de Direito Civil – Responsabilidade Civil**, vol. 3, São Paulo, Editora Saraiva, 1985, p. 173 alude ao seguinte fato, "invocando Esmein e Demongue, consigna que animais são até os bacilos patogêneos, existentes em tubos ou em caldos de cultura num laboratório. Uma negligência do respectivo investigador pode, certamente, causar doença em terceiros. Não é exigível, porém, a responsabilidade do doente portador de bacilos, que os transmitiu a outrem, por contágio, porque esses bacilos não são propriedades, mas sim, parasitas e inimigos daquele doente. Pelo contrário, será responsável, conforme a teoria do risco, o dono do animal atacado pela doença contagiosa, que se transmitiu ao respectivo tratador ou a terceiros, ou aos animais de outros proprietários, pelo menos quando não tomou todas as cautelas e providências preceituadas nos diplomas legais sobre sanidade pecuária, se bem que, nos casos de epizootia, seja mui difícil provar donde veio o contágio, que vitimou animais ou pessoas".

⁷ DIREITO/CAVALIERI FILHO, Carlos Alberto Menezes e Sérgio, **Comentários ao Novo Código Civil**, vol. XIII, obra coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, p. 258.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁸, como que antevendo o futuro, na seqüência ao texto supracitado, concluem: “imagine, apenas a título de ilustração, um **pit bull** solto – aquele simpático cãozinho cuja dentada equivale a algumas toneladas de pressão – que ataca uma criança, causando-lhe lesões irreparáveis”. Foi exatamente o que aconteceu no caso narrado pelo Jornal **A Folha de São Paulo**!

Ora, não é justo que aquele que cria situações de risco, como a noticiada pelo jornal **A Folha de São Paulo**, fique impune ou não responda pelos danos decorrentes dessa situação. É indispensável que as pessoas estejam conscientes do imenso potencial ofensivo desses animais, em que situações como as apresentadas podem acarretar imensos prejuízos a terceiros. Ora, a sociedade não pode ficar ao alvedrio dos perigos gerados pelas pessoas irresponsáveis, sem que estas assumam, integralmente, o dever de restituir as vítimas ao seu **stato quo ante**, quando os danos materiais possam ser objeto de plena satisfação – não é, certamente, o caso dos pais de Luana.

Na ótica da responsabilidade civil, o assunto está a merecer uma atenção especial, particularmente quando observamos que se trata de animais que oferecem um grande potencial de risco. Na verdade, uma ameaça à vida, se atentarmos para a fúria e a letalidade que podem resultar das agressões desses animais⁹.

O artigo 936 do Código Civil prescreve que “o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”. Portanto, trata-se de uma responsabilidade que se transmutou de presumida, na perspectiva do Código Civil de 1916 (artigo 1.527, incisos I a IV – **culpa in vigilando**), para culpa objetiva. Nesse caso, o Código de 1916 admitia quatro excludentes de responsabilidade, e, dentre elas, que o dono devia provar que vigiava o animal “*com o cuidado preciso*”. Hoje, segundo o artigo 936 do Código Civil de 2002, se trata de uma culpa que independe do procedimento investigatório. Assim, em face da responsabilidade do proprietário do animal, ocorre uma inversão do ônus da prova, ou

⁸ GAGLIANO/PAMPLONA FILHO, Pablo e Rodolfo, op. cit., p. 187.

⁹ Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra citada, p. 233 assinala que, “segundo Alvinho Lima, a apreçoada culpa na guarda, criando uma verdadeira presunção **iure et de jure**, sem que o autor do dano possa provar a ausência de culpa, é, irretorquivelmente, a proclamação da teoria do risco”.

seja, cabe ao dono comprovar os dois casos de excludente da sua responsabilidade previstas na parte final do **caput** do artigo 936 – a saber, a culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de força maior¹⁰.

3. A RESPONSABILIDADE DO DONO PELA GUARDA DO ANIMAL

Aqui se aplicou a teoria da guarda para justificar a responsabilidade de quem tem o dever de diligenciar na guardar da coisa ou do animal que estejam sob o seu comando. A idéia prescrita pelo artigo 936 do CCB-2002 foi inspirada nas regras contidas nos artigos 1.384 do Código Civil Francês e, artigo 493 do Código Civil Português. Os textos desses artigos se referem à guarda da coisa animada, que é característica do poder de usar, de direção e de controle dessas coisas. A precisão do artigo 493 do Código Civil Português é notória ao dispor, “quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de vigiá-la, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de qualquer animais, responde pelos danos que a coisa e os animais causarem ...” Na mesma direção, o artigo 1.384 do Código Civil Francês disciplina que, “Todas as pessoas são responsáveis não somente pelos danos causado por fato próprio, mas ainda aqueles causados pelo fato de pessoas a que se encontram subordinadas, ou pelas coisas que se encontram sob sua guarda”.

O artigo 2326 do Código Civil Chileno estabelece uma regra genérica de guarda e responsabilidade do dono do animal ao dispor que, “el dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal...”. E, no artigo 2327 assinala que, “el dano causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un prédio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el dano no será oído”. Portanto, as legislações citadas apresentam regras precisas sobre a responsabilidade dos proprietários de animais, especialmente aqueles que são ferozes, em virtude de seu elevado grau de periculosidade.

¹⁰ Para Carlos Roberto Gonçalves, in **Responsabilidade Civil**, 6ª Edição, São Paulo/SP, Editora Saraiva, 1995, p. 208, “o interesse dos proprietários em evitar a saída dos animais advém da circunstância de pesar sobre eles a responsabilidade presumida, que os obriga a indenizar os danos causados a terceiros por seus animais, na forma do art. 1527 do Código Civil, permitida a exoneração somente se logrem provar algumas das excludentes previstas em seus quatro incisos.”

Nessa linha de conduta, Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho¹¹ proclamam que, “a coisa é mero instrumento do dano, sendo sua causa a omissão humana, por falta de vigilância ou cuidado. O fato da coisa nada mais é, portanto, que a imperfeição da ação do homem sobre a coisa, sendo por isso preferível dizer responsabilidade pela guarda da coisa”.

“Trabalhada pela jurisprudência e pela penetração da teoria objetiva”, preleciona Caio Mário da Silva Pereira¹², vêm os autores modernos a assentar que a hipótese, a rigor, resume a responsabilidade do dono ou detentor do animal, bastando ao ofendido provar apenas que sofreu o dano, que esse dano foi devido a um animal, e que este pertence ao réu”. A responsabilidade, dessa forma, nasce apenas e tão-somente por decorrência do evento lesivo. Afinal, quem tem a guarda tem o dever de vigiar o animal¹³.

E, nessa perspectiva, o mesmo autor conclui¹⁴ que, “assim dispondo, insere o fato do animal na doutrina objetiva. Basta que o ofendido prove que houve dano, e que foi causado por um animal, para que responda por ele o dono ou detentor, a não ser que a vítima proceda culposamente, ou que ocorra motivo de força maior”. Portanto, uma idéia de responsabilidade sem culpa, em face do potencial ofensivo de dano desses animais. Nesse sentido, os seus donos devem ter conhecimento desse perigo de produzir prejuízos e, por conseqüência, assumir sua responsabilidade no caso de danos causados a terceiros, independentemente do questionamento de culpa¹⁵.

¹¹ DIREITO/CAVALIERI FILHO, Carlos Alberto Menezes e Sérgio, op. cit., p. 260.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil**, 9ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999, p.108.

¹³ Nesse sentido, o Egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais decidiu que, “o dono de cães ferozes, rottweiler, treinados para atacar pessoas, deve exercer atenta vigilância sobre os mesmos, para resguardo, notadamente de pessoa contratada para executar serviços na casa onde permaneciam os animais, não podendo ser exigido que o trabalhador escolha o melhor momento, durante o horário de trabalho, para entrar na casa. Nos termos do artigo 159, combinado com o artigo 1.527, ambos do CCB-16, e de acordo com os elementos de prova colhidos, restou evidente a caracterização do ato ilícito, cuja responsabilidade é do dono dos animais que atacaram e feriram a vítima”.(TAMG – Ap. 312.223-0 – 4ª Câmara. – j. 11.10.2000 – Rel. Juiz Ferreira Esteves – DOMG 18.04.2001 – RT 791/4000).

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 111.

¹⁵ Nesse aspecto a seguinte decisão, oriunda do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Indenização. Danos causados a menor mordido por animal durante estada em hotel de veraneio. Se o hotel mantinha os animais sem as cautelas normais para proteção dos hóspedes, especialmente as crianças, responde, pela sua negligência, pelos acidentes que eventualmente aconteçam”. (TJRJ – 8ª Câmara. – Ap. – Rel. Carpena Amorim – j. em. 14.04.1994 – RTs 713/205).

Aliás, esse conceito de responsabilidade já era defendido por José de Aguiar Dias¹⁶, ao referir que, “na realidade, a responsabilidade do dono ou detentor do animal, é, no Código brasileiro, mais rigoroso do que no artigo 1.384 do Código Civil francês. Basta atentar em que, perante o nosso Código, à vítima só incumbe provar o dano e identificar o dono ou detentor do animal”. Dessa forma, não obstante a regra contida no artigo 1.527 do Código Civil de 1916, que estabelecia uma presunção de culpa do dono do animal, o Código de 2002 em seu artigo 936 proclamou uma culpa objetiva – coerente com a adoção da teoria do risco prevista no artigo 927, parágrafo único, do CCB-2002.

O elemento central consiste no dever de guarda do proprietário ou detentor, que deve exercer sobre o animal o devido cuidado para evitar a exposição de pessoas a riscos. Segundo prescreve Silvio Rodrigues¹⁷, “a idéia que deve presidir a interpretação do texto [art. 936 do CCB-2002] é a de que a responsabilidade é do guarda do animal, ou seja, da pessoa que tem sobre ele o poder de direção, podendo, assim, guardá-lo com o cuidado preciso para que ele não cause dano a outrem”.

Diante dessas considerações pode-se concluir com clareza que a responsabilidade do dono decorre do dano produzido pelo seu animal, bastando apenas e tão-somente a prova de que ele foi produzido pelo animal feroz. Por esse motivo, Rui Stoco¹⁸ assevera: “proclama De Page que a lei não exige qualquer condição prévia. Limita-se apenas a enunciar que o proprietário de um animal, ou quem dele se serve é responsável pelo dano que este animal causou, quer esteja sob a sua guarda ou que tenha escapado ou fugido. *A responsabilidade nasce do só fato do dano* (destaque do autor)”.

O princípio da responsabilidade objetiva, agasalhado pelo nosso Código Civil, foi igualmente recepcionado em outros Códigos, como por exemplo, no Código Civil Português (artigo 502)¹⁹, no Código

¹⁶ DIAS, José de Aguiar, **Da Responsabilidade Civil**, 8ª edição, vol. 2, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987, p. 516.

¹⁷ RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil – Responsabilidade Civil**, vol. 4, São Paulo, Editora Saraiva, 1995, p. 136.

¹⁸ STOCO, Rui, **Responsabilidade Civil e sua interpretação Jurisprudencial**, 4ª Edição São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 495.

¹⁹ O artigo 502 do Código Civil Português prescreve: “quem no seu próprio interesse utilizar quaisquer animais responde pelos danos que eles causarem, desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização.”

Civil Espanhol (artigo 1.905)²⁰ e no Código Civil Argentino (artigo 1.124)²¹, fato que demonstra a preocupação dos legisladores em fixar em seus respectivos ordenamentos jurídicos a presunção de culpa dos proprietários de animais ferozes, em face do seu potencial de risco, bem como com o objetivo de estimular o cuidado necessário dos donos desses animais.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça²², ao citar José de Aguiar Dias no Recurso Especial N. 6.619-RS, assinalou que, “ao conceituar o que seja *cuidado preciso*, afirma-se como sendo *cuidado eficiente, adequado*, que se constitui em diligência indispensável que deve ter o dono ou detentor na guarda do animal²³”.

Assim, demonstrado o dano decorrente da guarda negligente²⁴, impõe-se ao proprietário ou detentor do animal a obrigação de resarcir a vítima de todas as lesões sofridas, inclusive, “as despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença”, conforme, aliás, determina o artigo 949 do Código Civil. Todavia, se esse evento resultar depreciação da atividade laboral da vítima ou a sua

²⁰ A esse respeito, o Código Civil Espanhol dispõe, em seu artigo 1.905, que: “*el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido.*”

²¹ De acordo com o artigo 1.124 do Código Civil Argentino, “*el propietario de un animal, doméstico o feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario.*”

²² Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial N. 6.619-RS (90.0012829-3) – 4ª Turma – Relator: Min. Athos Carneiro – Recorrente: DIMAPER – Distribuidora de Materiais de Perfurações Ltda – Recorrido: Willibaldo Hedler – julgado em 19.02.1991 – DJU de 22.04.1991 (In RJSTJ 27/165).

²³ Nessa linha de idéias, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu: “Responsabilidade civil. Indenização. Ataque de cães no momento em que a vítima de forma imprudente, ingressou no local privado da residência – verba indevida pelo proprietário dos animais, se este os guardava e vigiava de forma adequada – inteligência do artigo 1.257 do CCB-16”. (In TJSP – Ap. 108.220-4/6-00 – 7ª Cam. J. 08.11.2000 – Rel. Des. Arthur Del Guércio – RT 787/229), conforme relatado por Álvaro Villaça de Azevedo e Sílvio de Sálvio Venoza, no **Código Civil Anotado e Legislação Complementar**, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2004, p. 480.

²⁴ Nesse particular aspecto, a orientação da jurisprudência é precisa ao preceituar que: “Acidente em chácara de propriedade do réu. Em matéria de dano causado por animais, há culpa presumida de seu dono ou detentor. A responsabilidade só se presume se for feita a prova de que o proprietário os guardou com cuidado preciso ou de que o ofendido foi imprudente.” (In TAPR – Ap. Civ. N. 86.092-6 – Mandaguçu – Relator: Juiz Ildivan Batista Lopes – julg. Em 20.03.1996 – DJ 12.04.96 – Boletim Informativo da Juruá 113/8.094). Pode-se observar, ainda, que a esse respeito os Tribunais vêm decidindo que “o cuidado preciso referido no inciso I do art. 1.527 do CCB não é o cuidado normal, mas o necessário para que não ocorra dano. Se há dano é porque o dono do animal não o vigiou com o cuidado preciso, tornando inócuo e supérfluo o mencionado inciso, sendo, portanto, despendida a oitiva de testemunhas para demonstrar o mencionado cuidado.” (1ª TACSP – 6ª Cam. Civ. – Ap. Rel: Juiz Carlos Gonçalves – j. 28.03.1989 – RT 641/182).

morte, haverá ainda o dever do proprietário do animal em pagar uma pensão ao lesionado, correspondente à redução da sua capacidade de trabalho ou, na segunda hipótese, prestação alimentícia aos dependentes da vítima, segundo se ilaciona do mandamento contido no artigo 950 do mesmo Código.

Todavia, os prejuízos não estão restritos apenas na área patrimonial, senão também no plano dos danos morais, já que a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça admitiu a cumulação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Dessa forma, a angústia, o sofrimento, o abalo emocional e outros traumatismos psicológicos vivenciados pela vítima desse tipo de lesão asseguram o direito à obtenção de uma indenização a título de danos extrapatrimoniais. Nesse caso, o *quantum debeatur* ou o valor da reparação devido, estará sujeito ao *arbitrium boni viri*, ou seja, ao arbítrio da autoridade judiciária, segundo critérios de avaliação pessoal do julgador, e, em face da extensão do dano, nos seus múltiplos aspectos.

Isso significa que as lesões produzidas pelos animais ferozes, em face da culpa presumida dos seus proprietários, implicarão, para os mesmos, o pagamento de importâncias que poderão ser elevadas, de acordo com a extensão dos danos ocasionados na vítima.

4. O POTENCIAL OFENSIVO DOS ANIMAIS BRAVIOS

Os danos que podem ser causados pelos animais bravios restam estremes de qualquer dúvida, em face das inúmeras e contínuas notícias veiculadas pelos órgãos de imprensa. Estes fatos, por si só, demonstram o grande potencial ofensivo dos referidos animais.

Sabe-se que o citado potencial de danos decorre do cruzamento de raças distintas, que geram cães treinados para a defesa e o ataque.

Segundo texto extraído do site www.saudeanimal.com.br/pit.htm, na data de 19.09.2004, "o American Staffordshire Terrier, no início do século XX, deu origem a duas raças distintas, de acordo com o direcionamento da criação. Assim, cães mais agressivos com outros animais foram direcionados para função de Rinha e cães mais agressivos com pessoas foram direcionados para guarda de propriedade. Estes eram selecionados pela beleza e comportamento, sendo que conseguiram uma homogeneidade no Plantel ao ponto de serem reconhecidos em 1935 pelo Kennel Club de Londres, e em 1936 pelo AKC (American

Kennel Club.). Os seus irmãos, hoje reconhecidos como American Pit Bull Terrier, reinam absolutos diante de todos os animais e cães usados em todos os tempos (no que diz respeito a Rinhas)."

O mais famoso estudioso americano da raça comenta, em um de seus livros, que o **Gameness**, um termo muito utilizado no meio do **Pit Bull**, quer dizer "determinado", "vontade de brigar", sendo que a obstinação é mais importante no **Pit Bull** que o **Fight Ability** (habilidade de lutar). Na maioria das vezes, o **Gameness** é o que pode decidir o combate.

Hoje o **Pit Bull** é reconhecido por duas entidades americanas, o UKC (Kennel Club Unido), a ABDA e no Brasil pelo Kennel Club Paulista de Pit Bull.

O **Pit Bull**, na verdade, descende de inúmeras gerações de **game-dogs** e, embora na sua origem seja um cão de combate, também trabalha como um verdadeiro campeão na função de caçador. Nos tempos atuais exerce a função de cão de guarda e companhia devido à sua docilidade e lealdade para com seus donos."

No mesmo sentido, o texto extraído do site www.petsite.com.br/raça.1.asp?id=pitbull, na data de 19.09.2004, indica a origem histórica desses cães, ao referir que "o **Pit Bull** é um cão naturalmente afável com pessoas. Ele foi desenvolvido para atuar como cão de combate, tendo a agressividade dirigida geralmente a outros cães. Mas embora seja capaz de dar a vida em defesa de seus donos, um exemplar naturalmente agressivo em relação a pessoas está fora dos padrões da raça e deve ser retirado da criação.

Embora vários exemplares se destaquem no serviço de guarda, não é recomendável treinar o Pit Bull para tal tarefa. O cão poderá ficar desequilibrado se treinado para defender seu território e enfrentar estranhos."

As informações sobre a origem e a conduta desses cães, colhidas em *sites* especializados, evidenciam que se trata de animais perigosos. Por outro lado, cumpre assinalar que a crescente criminalidade no Brasil tem levado os proprietários de imóveis, especialmente de residências, a adotar esses animais como meio de defesa de seus bens.

A esse respeito, assinalam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho²⁵ que "são ainda freqüentes os danos causados

²⁵ DIREITO/CAVALIEIRI FILHO, Carlos Alberto Menezes e Sergio, op. cit., p. 272.

por animais na vida do campo, na cidade, nas estradas, nas ruas e praias. Os jornais noticiam constantemente ataques de cães ferozes a crianças, idosos e outras pessoas, às vezes com vítimas fatais. Algumas raças (Pitbull), já se tornaram estigmatizadas”.

Portanto, todos os proprietários desses cães têm absoluta consciência do perigo que eles representam para a sociedade. A partir do momento que adotam os referidos cães para guarda e defesa de seu patrimônio, assumem de forma deliberada a responsabilidade objetiva pelos eventuais danos que venham a ser causados pelos mesmos.

5. OS DANOS CAUSADOS PELOS ANIMAIS

Os danos perpetrados por esses animais são de grande monta, haja vista os casos destacados pela **Folha de São Paulo**, anteriormente citados, que noticiam a morte e lesões corporais graves das vítimas.

Tais danos decorrem exatamente do potencial ofensivo dos referidos cães, adestrados para causar ofensa grave às vítimas, sendo preferidos pelos proprietários de bens exatamente com o propósito de inibir a ação de delinquentes que se arrojam a invadir propriedades e colocar em risco os bens e as pessoas que as habitam.

Nesse caso tem-se danos patrimoniais e extrapatrimoniais, ou seja, os custos de hospitais, as intervenções cirúrgicas atuais e futuras, os aparelhos ortopédicos, os tratamentos fisioterapêuticos, próteses e outros, bem como os danos morais, decorrentes dos distúrbios psíquicos ocasionados na vítima.

Na realidade, estamos nos referindo a uma ação de perdas e danos (danos emergentes e lucros cessantes), cumulada com danos morais (Súmula 37 do STJ), decorrentes das ofensas sofridas pela vítima, de acordo com o princípio da ***restitutio in integrum***.

Os danos causados pelo ataque desses animais ferozes causam profundo trauma à vítimas, seja em decorrência dos graves ferimentos físicos, bem como, em razão do abalo psíquico vivenciado pelas pessoas atacadas. Ocorre que, a disposição correspondente às lesões corporais incapacitantes²⁶, previsto no parágrafo 1º do artigo 1.538

²⁶ “Olfato e paladar. A perda do olfato e do paladar é causa de incapacidade que atinge gravemente a pessoa, prejudica a sua vida de relação, impede-a de usufruir de alguns prazeres da vida e mesmo prejudica a defesa da sua saúde, o que exige indenização compatível (STJ) – 4ª Turma – REsp. 404.706-SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – v.u., j. 27.06.2002”.

do Código Civil de 1916 foi esquecida pelo novo Código. Segundo Rui Stoco²⁷, “no Código Civil em vigor essa previsão foi abandonada. Nele não mais se encontra comando determinando a reparação do aleijão ou deformidade, ou seja, da lesão estética”. Todavia, o artigo 949 do Código atual, em sua redação final prescreveu “... além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, ou seja, será o caso de deformidade permanente²⁸, que poderá repercutir na atividade laboral da pessoa, bem como, acarretar deformidade com reflexo na esfera estética²⁹.

Portanto, ocorrendo deformidade permanente, será assegurada à vítima indenização correspondente a uma pensão, equivalente à importância do trabalho para que se inabilitou ou, em virtude da depreciação sofrida, nos termos do artigo 950 do Código Civil. Se a vítima preferir, poderá ser arbitrada e paga de uma só vez (Parágrafo único do artigo 950 do CCB). A presente indenização não exclui sua cumulação com os lucros cessantes, cumulada com os danos morais, não podendo este último ser cumulado com o dano estético³⁰.

Assim, à guisa de singela conclusão, temos que todo e qualquer dano causado à vítima deverá ser objeto de indenização pelo proprietário do animal feroz, coerente com o princípio da ampla e irrestrita indenização dos prejuízos oriundos desse fato.

6. O PROCESSO DE INDENIZAÇÃO DOS DANOS ORIUNDOS DA AÇÃO LESIVA DE ANIMAIS

Todas as pessoas que, por ação ou omissão, violaram direitos e produzirem atos ilícitos que resultem em prejuízos a terceiros, são obrigadas a indenizar os danos decorrentes, ainda que meramente

²⁷ STOCO, Rui, *Tratado de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 1212.

²⁸ Segundo proclama Rui Stoco (*In Tratado de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 1212), “e, como a lesão estética, quando reversível, constitui dano apenas material e a lesão estética irreversível subsume-se no dano moral, ambas as reparações encontram supedâneo e proteção na referida pare final do artigo 949”.

²⁹ “Desconsideração do parâmetro legal. Dano moral. Ainda que se trate de lesão corporal de natureza leve, se a agressão física provocou uma situação vexatória para a vítima, é possível pleitear reparação por danos morais em virtude da violência empregada, cuja indenização será arbitrada conforme o caso, sem que o juiz necessite ater-se aos parâmetros estabelecidos no CC-1916, 1.538 (CC art. 949) – RT 786/286”.

³⁰ Responsabilidade civil. Indenização devida – dano moral e estético. Reparação. Embargos rejeitados – “Indeniza-se o dano inteiro, inclusive, pois, o moral, que se não confunde com o material e o estético”. (*In TJRJ* – 4ª Gr.Cams. Cs. – Enfrs. – Rel. Ebert Chamoun – j. 09.06.1976 – RT 500/216).

morais, conforme expressa o artigo 186, combinado com o *caput* do artigo 927, ambos do Código Civil de 2002.

Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavaleiri Filho³¹ indagam: “quem responde pelos danos causados pelo animal? O Código, no artigo em exame (art. 936 do CCB-2002), indica expressamente o dono, ou o detentor, mas o faz porque estes são os guardiões do animal. Também aqui o dono do animal é o seu guardião presuntivo. A rigor, a responsabilidade do dono do animal não decorre propriamente da situação de proprietário, mas de guardião”.

Portanto, não há dúvida de que quem possui a guarda do animal, mesmo que não seja o seu proprietário, tem o dever de indenizar os danos causados pelo mesmo, por decorrência da culpa objetiva proclamada pelo artigo 936 do Código Civil. Nesse caso, não se trata de uma culpa objetiva absoluta, senão mitigada, devendo o guardião do animal provar culpa da vítima ou força maior.

Caio Mário da Silva Pereira³² preleciona que, “em aplicação da regra alusiva ao fato das coisas, o princípio geral é que responde o dono do animal ou quem dele se serve pelo tempo em que o tem em uso. Não importa, diz Ruggiero, se o ato danoso do animal se haja realizado contra *naturam sui generis* ou *secundum naturam*, isto é, no que é a natureza mesma do animal, ou contrariamente a ela”.

Na realidade, o que se observa, segundo a lição de Rui Stoco³³, é que “adotou-se, desenganadamente, a responsabilidade sem culpa, ou seja, objetiva, bastando a existência denexo de causalidades entre o comportamento do animal e o dano verificado para que surja o dever de indenizar”.

E, na seqüência de idéias, o mesmo autor em sua obra citada³⁴ conclui que “na nova redação a imputação é direta e incondicional, pois basta que o animal cause dano a terceiro para que surja a obrigação de reparar, não mais se condicionando a responsabilização pela desídia ou à falta de vigilância do dono (*culpa in vigilando*)”.

³¹ DIREITO/CAVALIERI FILHO, Carlos Alberto Menezes e Sérgio, op. cit., p. 273.

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 107.

³³ STOCO, Rui **Tratado de Responsabilidade Civil**, 6ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 948.

³⁴ STOCO, Rui, op. cit., p. 948.

Nessa situação, basta apenas à vítima comprovar a lesão e as despesas oriundas desse fato, bem como demonstrar o nexo de causalidade – a ação do animal e a guarda da pessoa que o detinha.

7. O DEVER DE CUIDADO DOS DONOS DE ANIMAIS

O dever de cuidado do dono do animal é diretamente proporcional ao potencial ofensivo deste último. Não se trata do cuidado que normalmente destinamos às coisas que se encontram sob nossa guarda e responsabilidade, senão o “cuidado preciso”, como proclamava o artigo 1.527, em seu inciso I, do Código Civil de 1916. Essa modalidade de *cuidado preciso* implica um dever de cuidado adequado, ou seja, quanto mais perigoso for o animal, maior deverá ser o dever de diligência do seu guardião³⁵.

Todavia, “o cuidado preciso” não foi agasalhado pelo artigo 936 do Código Civil de 2002. Por conseqüência, não será causa de excludente de responsabilidade, na perspectiva do Código vigente. Todavia, poderá mitigar a responsabilidade do guardião, se atentar para a regra prevista no artigo 945 do Código Civil, que admite “... a gravidade da sua culpa (da vítima) em confronto com a do autor do dano”, como causa capaz de ensejar a diminuição do **quantum indenizatório**, idéia que foi igualmente recepcionada pelo artigo 944, parágrafo único, desse dispositivo³⁶.

Portanto, como se trata de inversão do ônus da prova, compete ao dono do animal que, não obstante tenha diligenciado cuidado preciso na guarda do animal, demonstrar a culpa da vítima, fato considerado como excludente da responsabilidade, pois se procedeu com igual culpa deverá assumir os riscos e parte dos danos causados. Nes-

³⁵ Segundo orientação jurisprudencial que predominava, “o cuidado preciso, referido no inciso I do artigo 1.527 do CCB-16 (atual artigo 936) não é o cuidado normal, mas o necessário para que não ocorra o dano. Se há dano é porque o dono do animal não o vigiou com o cuidado preciso, tornando-se inócuo e supérfluo o aludido inciso, sendo, portanto, despicienda a oitiva de testemunhas para demonstrar o mencionado cuidado”. (In RT 641/182). No mesmo sentido, já se decidiu que “o cuidado preciso, referido no artigo 1.527, inciso I do CCB-1916, já é por demais sabido, não é o cuidado normal, mas o necessário para que não ocorra dano”. (In RT 444/83).

³⁶ Nesse particular, a Jornada 46 do STJ proclama que, “a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do artigo 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”.

se caso, a teor do artigo 944, parágrafo único, do CCB-2002, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização, considerando o concurso de culpas ocorrido entre a vítima e o guardião do animal.

Segundo leciona Rui Stoco³⁷, “revela-se a priorização da teoria do risco que o dono do animal assume por tê-lo sob sua guarda e cuidado, de modo que, causando este dano a outros animais, a pessoas ou coisas, o só fato dessa causação já empenha responsabilidade, independentemente de qualquer outra indagação”.

Nesse sentido, extrapola o dever dos seus proprietários e guardiões de cuidados extremos, com o propósito de prever toda e qualquer situação que possa resultar em danos a terceiros, a exemplo do que ocorreu com o fato da menor morta em ataque de **pit bull**, em face de mera negligência do seu dono, ao abrir o portão de sua residência para receber parente.

8. A TEORIA DO RISCO EM FACE DO POTENCIAL DE DANO

A teoria do risco foi expressamente adotada através da regra contida no artigo 927, parágrafo único, que, em seu texto final, prescreveu, “...ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem³⁸”.

É inquestionável que se trata de um risco de grande potencial de dano, não obstante a lúcida e culta orientação adotada por Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho³⁹, que dizem que, “...ultrapassa os limites da teoria do risco criado ou do risco-proveito”.

Segundo Rui Stoco⁴⁰, “estes animais, quando não se pretende que sejam dóceis e são condicionados ou transformados em verdadeira arma de defesa ou, até mesmo, de ataque, constituem perigo constante, diante do seu poder ofensivo, razão pela qual a responsa-

³⁷ STOCO, Rui, **Tratado de Responsabilidade Civil**, 6ª edição, op. cit., p. 951.

³⁸ Nesse sentido, acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Indenização. Ataque por cães bravios. Danos físicos e morais. Culpa **in vigilando** caracterizada. Reparação devida. Demonstrada a culpa **in vigilando** daqueles que mantêm sob sua guarda cães ferozes, os danos físicos e morais causados à vítima, que em nada concorreu para o evento, devem ser ressarcidos, de modo mais amplo possível, pelo proprietário ou por quem tem a guarda dos animais”. (In TJRJ – 8ª Cam. – Ap. 5.882/95 – Rel. Geraldo Batista – j. em. 24.10.1995).

³⁹ DIREITO/CAVALIEIRI FILHO, Carlos Alberto Menezes e Sergio, op. cit., p. 278.

⁴⁰ STOCO, Rui, **Tratado de Responsabilidade Civil**, 6ª edição, op. cit., p. 951.

bilidade do dono ou do detentor do animal, condicionada à verificação de culpa, não mais se compadece com a necessidade de proteção da coletividade”.

Na realidade, o potencial ofensivo desenvolvido nesses animais, por meio de adestramentos especiais, é o resultado da violência predominante em nosso meio social. Lamentavelmente, prevalece o princípio de que, quanto mais perigoso for o animal, maior será a segurança das pessoas e seus bens. O quadro se torna triste e lamentável quando verificamos que se trata de animais perigosos, capazes de produzir seqüelas, muitas delas irreversíveis, nas pessoas, se convertendo em verdadeiro tormento para as vítimas.

9. O PROCESSO DE CONSCIENTIZAÇÃO NA SOCIEDADE MODERNA

De qualquer forma, o quadro com o qual se depara, ante a realidade atual, é causa para profunda reflexão. Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho⁴¹ pontificam que “os comentaristas da primeira hora, e os que se lhes seguiram, jamais poderiam imaginar que um preceito editado dentro da doutrina da culpa viesse a provocar tamanha celeuma, e ser deslocado da concepção original para o plano da responsabilidade objetiva”.

Na realidade, esse deslocamento radical do conteúdo do artigo 1.527 do CCB-1016, para o artigo 936 do CCB-2002, deve ser tributado à escalada da violência nos grandes centros, decorrente do alargamento dos problemas sociais e da disseminação do vício em suas diversas dimensões.

Se os animais se tornaram mais ofensivos e o seu número aumentou consideravelmente, é porque a sociedade se tornou mais agressiva, fato que passou a exigir maior mecanismo de defesa dos proprietários de bens e das próprias pessoas. Esta circunstância poderá, ainda, significar o desaparecimento repreensivo do Estado, em seu dever constitucional (artigo 144 da CF/88) de prestar segurança aos cidadãos, bem como poderá representar que as desigualdades sociais aumentaram de forma considerável.

⁴¹ DIREITO/CAVALIERI FILHO, Carlos Alberto Menezes e Sérgio, op. cit., p. 277.

Segundo preleciona Carlos Roberto Gonçalves⁴², “tem a doutrina anotado, dentro da teoria do risco, uma responsabilidade decorrente do exercício de atividade perigosa, tomada em sentido dinâmico, relativa à utilização de diferentes veículos, máquinas, objetos e utensílios; e outra responsabilidade de cunho estático dos bens, que se incluem na responsabilidade pelo fato da coisa”. A sociedade tem que se conscientizar de que é vítima do seu próprio progresso – todos os equipamentos modernos que são manipulados pelas pessoas envolvem riscos. A insegurança social tem gerado inúmeros aparatos destinados à defesa das propriedades e das pessoas, tais como, cercas elétricas, cercas defensivas, alarmes eletrônicos, câmeras de circuito fechado e animais de guarda – todos, mecanismos utilizados na preservação da incolumidade física e psíquica das pessoas, que acabam expondo a riscos os direitos de outrem.

“Desse modo”, aponta Carlos Roberto Gonçalves⁴³, “toda vez que surgir uma atividade nova, resultante do progresso, poderá o Judiciário, independentemente de sua regulamentação em lei especial, considerá-la perigosa, se, por sua natureza, implicar risco para os direitos de outrem, responsabilizando objetivamente os que, exercendo-a, causarem danos a terceiros”. É a consagração do princípio romano consistente no fato daquele que lucra com uma situação deve responder pelos riscos ou pelas desvantagens dela resultantes – ***ubi emolumentum, ibi onus ou ubi commoda, ibi incommoda***, ou seja, quem auferir os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos (riscos).

Dessa forma, consciente dessa realidade, a sociedade, embora esteja sujeita aos referidos inconvenientes decorrentes do seu próprio progresso, não deve, todavia, ser obrigada a suportar as ações lesivas perpetradas por aqueles que se beneficiam dos seus lucros, colocando em risco a integridade de terceiros.

Na realidade, estamos ante uma questão correspondente ao aparente conflito de princípios fundamentais – de um lado, o direito de defesa da pessoa e do patrimônio do dono do animal e, do outro, o direito à vida e à integridade física de terceiros. Nesse caso, dever-

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 253.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 254.

se-á aplicar o princípio da proporcionalidade de magna importância no deslinde dessas questões. Segundo Alexandre de Moraes⁴⁴, em face das regras propostas por Jorge Miranda, “a contradição de princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional no âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios”. E, adiante. Alexandre Moraes⁴⁵ pontifica, “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”. Nessa ótica, é inquestionável que o direito à vida é um direito fundamental prescrito no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e, portanto, o mais importante dentre todos os demais. Nada justifica a defesa do patrimônio da pessoa ou da sua integridade física, que possa superar a prioridade da existência humana.

Por outro lado, a construção de um ideal social, através de uma sociedade justa e humana, é um imperativo presente na nova ordem jurídica centrada na valoração dos direitos e garantias fundamentais da pessoa. A violência, seja ela em qualquer dimensão, não justifica as ações daqueles que se utilizam de determinadas práticas lesivas sob o manto de pretextos, nem sempre corretos, de que os fins justificam os meios. Não é justo colocar pessoas sob risco de morte e de lesões graves, a pretexto da defesa do patrimônio, mediante a utilização de animais perigosos.

Humberto Theodoro Junior⁴⁶ pontifica que “a lei, inspirando-se nas fontes éticas, procura traçar um projeto de convivência social, onde cada um se comporte honestamente, de modo a respeitar o patrimônio alheio e os valores consagrados pela cultura. O desonesto, porém, consegue sempre camuflar seu comportamento para, sob a falsa aparência de legalidade, atingir um resultado que, à custa do detrimento de outrem, lhe propicie vantagens e proveitos indevidos ou ilícitos”.

⁴⁴ MORAES, Alexandre de, **Constituição do Brasil Interpretada**, 2ª edição, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2003, p. 109.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 176.

⁴⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto, **Comentários ao Novo Código Civil**, vol. III, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, p. 253.

Os animais perigosos afastam os seres humanos uns dos outros. É certo que a violência perpetrada por outrem também. Todavia, será que a violência pela violência é capaz de justificar a nossa opção de viver em sociedade? Para Vicente Ráo⁴⁷, “a atividade do ser humano sempre se exterioriza através de suas relações com os seus semelhantes, ou de sua ação sobre os bens, materiais ou imateriais, que lhe proporcionam os meios de conservação e desenvolvimento. Ação e relações são essas, que formam o cenário grandioso da vida e de todas as criações do gênio humano. O direito pressupõe, necessariamente, a existência de aquele ser e daquela atividade. Tanto vale dizer que pressupõe a coexistência social, que é o estado próprio do homem”.

O sentido da responsabilidade civil, desenvolvida em seu amplo aspecto, haverá de ser, na precisa ótica de Josserand, “o triunfo do espírito e do senso jurídico”. Isto porque se assenta na vetusta idéia romana consistente no *neminem laedere*.

10. CONCLUSÕES

Para evitar acontecimentos danosos como os narrados neste trabalho, recomenda-se que os detentores desses animais sejam diligentes no dever de vigilância, utilizando-se de todas as cautelas necessárias para salvaguardar a integridade física e psíquica das pessoas. Para tanto, devem mantê-los devidamente aprisionados; vigiá-los continuamente; advertir terceiros quanto ao potencial de risco desses animais; e, ao mantê-los em locais amplos, utilizar-se de correntes extensivas nas áreas restritas e de acesso ao interior de prédios; procurar adestrá-los apenas para constranger os ofensores, somente determinando o ataque no caso de agressão, enfim, utilizar-se de todos os meios possíveis para evitar eventos lesivos a outrem.

Na realidade, os animais são nossos companheiros de jornada terrena. Quando pacificados, conferem-nos verdadeiro calor humano, porque se tornam afetuosos e extremamente fiéis. E, ao adestrá-los para a prática da violência, desnaturamos sua personalidade, transformando-os em armas letais, expondo ao risco toda e qualquer pessoa, inclusive o seu próprio guardião.

⁴⁷ RÁO, Vicente, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 51.

Finalmente, deve-se colocar a questão abstrata, no sentido de exigir que a pessoa responsável pela guarda do animal se comporte como um *diligens pater familias* romano, ou seja, uma pessoa extremamente diligente e responsável, capaz de prever os danos que seu animal perigoso possa produzir a outrem.☰

RESPONSABILIDADE DE ACIONISTA CONTROLADOR CONSIDERAÇÕES DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL*

Pedro A. Batista Martins

Professor da EMERJ. Professor Convidado e Coordenador de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro e São Paulo).

1- CENÁRIO HISTÓRICO DO ANONIMATO

1.1. É sempre interessante abordarmos o tema da palestra, no primeiro instante, com a lanterna na popa, para que possamos perceber o cenário histórico que precede a inserção, no nosso sistema jurídico, da Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades anônimas.

1.2. O momento era de todo ruim para o investimento em ações. O mercado de capitais amargava o encilhamento do início da década de 70 e o investidor encontrava-se desiludido com o retorno do capital empregado nas sociedades anônimas. O negócio não conferia segurança jurídica satisfatória dado o desequilíbrio na relação maioria-minoria.

Era preciso alterar, sobremaneira, o estado de coisas. Imperioso revitalizar o mercado de capitais. Não há economia que se desenvolva e se sustente sem um mercado atuante, ágil e fortalecido.

Como dizia à época Hélio Beltrão, o Brasil precisa de mais sócios e menos credores. Recursos existiam, faltava direcioná-los, ade-

* Palestra proferida na Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro – AMAERJ, em 12.7.2004

quada e satisfatoriamente, para os canais produtivos e para os empreendimentos de médio e longo prazos. Necessário reunir o capital de risco em um sistema de alocação confiável, com estrutura jurídica clara e bem definida.

Contudo, o revigoramento do mercado de capitais passava, e sempre passa, pelo fortalecimento das sociedades anônimas. Não há mercado de risco que se desenvolva sem um modelo societário confortável e atraente para o investidor. Com vistas, acima de tudo, a uma equilibrada relação controlador-minoritário.

1.3. A dinâmica do risco trespassa as sociedades anônimas, instrumentos que são do desenvolvimento de uma nação. As companhias foram criadas pelo comerciante e aprimoradas pelo jurista (v.g. limitação de responsabilidade) para atuarem, justamente, como instrumento jurídico de atração da riqueza popular.

Daí a importância, à época, de se aprimorar as regras e institutos atinentes às sociedades de capital, como meio de se revitalizar o mercado de risco. Mercado este que, dada sua finalidade empresarial e concentração de recursos populares, é alvo de políticas de estado.

Para tanto, era indispensável revisar e reformular as regras do anonimato em vigor desde 1940.

Indispensável, antes de tudo, proteger o investidor minoritário, tão maltratado na relação societária, a ponto de ser identificado pelos “proprietários” das empresas como tolo e arrogante, pois não só entregavam suas poupanças aos “proprietários” como, ainda, pretendiam deles haver dividendos.

1.4. A relação maioria-minoria era a principal questão a ser enfrentada pelo novo modelo societário. A pedra de toque do novo diploma do anonimato a ser trabalhada. Sem a melhoria das regras protetivas da minoria as empresas tenderiam a viver o dilema da estatização ou da desnacionalização.

Sem capital, as sociedades buscavam empréstimos para viabilizar os projetos e empreendimentos. Com o custo financeiro, se descapitalizavam. Em dívida, acabavam os controladores por alienar suas ações ao investidor estrangeiro.

Do mesmo modo, ausente a mobilização da poupança popular, restava ao Estado intervir na atividade econômica de modo a viabilizar os grandes empreendimentos.

Não havia outro caminho. A revitalização do mercado de capitais, abalado pelo *crack* da Bolsa, passava pela atualização das normas do anonimato e da tutela dos direitos dos minoritários, sem se descuidar, contudo, de assegurar o direito dos majoritários.¹

E tal propósito foi levado a efeito pelo legislador com a promulgação da Lei nº 6404/76. Esse diploma buscou, em essência, melhorar a posição dos minoritários, conferindo, ou aprimorando, dentre outros, os direitos essenciais, a possibilidade de recesso e de eleição de administrador e conselheiro fiscal, renda mínima através de dividendo obrigatório, maior transparência das demonstrações financeiras e informações de interesse; notadamente, no que toca ao tema desta palestra, institucionalizou a figura jurídica do acionista controlador, impondo-lhe deveres e responsabilidades, reprimindo, ainda, o exercício abusivo do poder de controle.

2- CONTROLE E CARACTERIZAÇÃO

2.1. Até a edição da Lei nº 6.404, em 1976, a figura do controle era, naturalmente, identificada no momento das deliberações assembleares. Era nas reuniões de acionistas que a maioria tomava corpo e se apresentava como titular do direito de voto. Era nessas reuniões que a maioria se cristalizava para os fins jurídicos.

Após as assembléias, essa universalidade de fato se desagregava, recaindo nos administradores o poder máximo de gerir a empresa.

Estes, os administradores, em tese não se subordinavam a um controle legalmente reconhecido, pois somente identificável nas reuniões assembleares. Identificação essa que dependia da formação do agregado de acionistas que, com seus votos convergentes e predominantes, constituíam e, assim, davam visibilidade, à maioria.

Era, essencialmente, uma universalidade de fato, condicionada que estava sua identificação à prova do exercício convergente do direito de voto.

Contudo, se tal era verdade, e ainda é, o fato é que o poder de controle não se restringia ao exercício do voto nas assembléias. Sua

¹ A falta de interesse do minoritário no investimento acionário era explicada. A manutenção dos lucros sociais na própria companhia e a reduzida distribuição de dividendos era uma constante. A realidade econômico-financeira da empresa era desconhecida dos investidores não-controladores. Enfim, a irresponsabilidade da maioria grassava no seio das sociedades, confundindo suas riquezas com as de seu patrimônio pessoal.

extensão e alcance iam além, e muito além, dos momentos assembleares; e, mais, poderia ser usado tanto em prol da empresa, impulsionando-a ao atingimento de seu fim, quanto em proveito pessoal dos controladores.

O controle era, e é, expresso e implícito, pois exerce-se por meio do voto ou, ainda, por via de decisões executivas de seus administradores. Estes, não raro, confundem-se com o próprio controlador.

Por seu turno, ao minoritário, praticamente, só é dado o poder de fiscalizar o curso social, seja nas assembleias ordinárias, seja na indicação de membro do Conselho Fiscal ou na análise dos livros sociais (i.e. exibição de livros). E tal poder, convenhamos, é limitado, pois, nestes dois últimos casos, é necessário agregar-se percentual mínimo para legitimar seu exercício.

Daí a importância de se personificar a figura do controlador de modo a definir-lhe os deveres e as obrigações, sem descuidar de seus naturais e imperiosos direitos.

Foi o que fez a Lei nº 6.404/76, em seus artigos 116 e 243, § 2º, *verbis*:

“Art. 116 – Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único – O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

“Art. 243 – O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§ 1º - ...

§ 2º - *Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.*

§ 3º - ...”

Controle é, pois, o poder que detém, e exerce o acionista, de dirigir as atividades da sociedade e orientar o funcionamento dos órgãos sociais.²

Numa visão holística, segundo Bulhões Pedreira, “*poder significa a capacidade de um agente intencionalmente de fazer algo ou produzir um resultado*”.³

2.2. Para a caracterização do controle não basta ao acionista o mero exercício do direito de voto. É preciso que o exercício seja permanente. O exercício meramente eventual, por uma dada universalidade de fato, não identifica os acionistas como controladores, para os fins e efeitos da lei do anonimato.

O acionista, ou o grupo de acionistas, somente será considerado controlador se demonstrado que seu voto consubstancia a maioria absoluta dos votos dos acionistas presentes nas três últimas assembleias gerais.⁴

2.3. Identificada a pessoa do controlador, ato contínuo e no mesmo dispositivo legal, o legislador enquadrou a esfera de atuação jurídica em que o exercício desse poder é legítimo e eficaz.

A licitude no seu exercício conforma-se com duas finalidades, a saber: realizar o objeto social da companhia e fazê-la cumprir sua função social.⁵

² O artigo 171, II da Constituição Federal (revogado pela Emenda Constitucional nº 6/95) adotou o mesmo conceito para definir controle nacional: “*Empresa brasileira de capital nacional é aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta ... entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício de fato e de direito do poder decisório para gerir as suas atividades.*”

³ Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, **A Lei das S/A**. v. II, 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, p. 238.

⁴ Essa definição do conceito de *permanente* foi encampada pela doutrina e pela CVM a partir da Resolução nº 401, de 22/12/1976, do Banco Central do Brasil.

⁵ Dado que a sociedade anônima é, eminentemente, e por força legal, de fins lucrativos, por certo esse é outro objetivo que há de ser observado pelo controlador. A jurisprudência confirma essa assertiva ao admitir a dissolução de sociedade que há anos não é lucrativa.

2.4. E o que vem a ser o dever do acionista controlador de usar o poder com o fim de fazer a companhia cumprir sua função social? Conceito vago, amplo e indeterminado, passível de interpretações ambíguas que o jurista, a prática e o juiz ainda o mantém distante, em latente estado de observação.

Será um dever positivo do acionista controlador? Para Comparato⁶, o único alcance desse dispositivo é o de impôr certas restrições no exercício do poder de controle. Assim como ocorre com o fluido conceito constitucional da função social da propriedade, também em sede societária essa acepção finalística continua inaplicada.

Mesmo porque, no entendimento de Comparato, seria difícil impôr ao empresário um dever altruísta quando a própria lei determina o fim capitalista da sociedade (seja qual for o objeto) e veda o administrador a prática de atos de liberalidade. Enfim, a própria jurisprudência demonstra que a ineficiência gerencial pode determinar a liquidação da companhia, por falta do atingimento de seu fim lucrativo.

Então, até que ponto deve, ou pode, o administrador ou o controlador sacrificar o lucro em prol da função social, ciente de que o lucro é dever positivo primário, ao lado da realização do objeto social da companhia.

Nem tanto, nem tampouco. Parece que o ditame da função social deve informar as decisões societárias. Permeia o campo da responsabilidade frente ao empregado, a comunidade, o meio ambiente e outras mais.

Coaduna-se com a nova geração do direito que atende aos princípios da solidariedade. Falamos das melhorias nas condições de trabalho, na oportunidade para deficientes e nos programas de assistência médico-hospitalar.

Os projetos de patrocínio cultural e artístico atendem, também, ao cumprimento da função social.

Não se trata, ao que parece, de um dever positivo, mas de uma (in)consciente assunção de responsabilidades que o empresário assume frente a inatividade do Estado.

Com o tempo, há de se criar a conscientização do empresário, não como um substituto do Estado, com deveres sociais positivos, e,

⁶ Cf. Fábio Konder Comparato, "Estado, Empresa e Função Social", RT 732/38-46.

sim, como um respeitado colaborador e parceiro, face as conhecidas deficiências estatais e a importante função que a companhia exerce na economia mundial.

Está aí, a comprovar, o balanço social que os empresários orgulhosos fazem questão de exhibir. É esse um símbolo da qualidade empresarial. É fruto da aplicação do princípio da função social da empresa.

2.5. O domínio societário da maioria é marcante. Antes, é princípio universal que determina a existência da companhia. Daí ser o equilíbrio maioria-minoria a onda propulsora dos movimentos legislativos em sede societária.

No Brasil, como visto anteriormente, a proteção do acionista minoritário é a espinha dorsal da Lei nº 6.404/76.

A par da personificação do acionista controlador, outros instrumentos legais e estatutários foram incorporados à lei como contraponto ao poder majoritário.

Temos, nesse rol, o quorum mínimo de deliberação (art. 129), a unanimidade de votos para aprovação da transformação da companhia (art. 221), o voto para órgãos da administração, por classes de preferenciais (art. 18) e de ordinárias (nas companhias fechadas – art. 16, II), veto por classe de preferencialistas (art. 18, parágrafo único), voto múltiplo para eleição de conselheiro fiscal (art. 141) e veto do minoritário via acordo de acionistas (art. 118).

2.6. No que toca à aquisição do controle societário, pode esta ser *originária* ou *derivada*.

É *originária* quando surge por ato de vontade do adquirente ou, espontaneamente, por fatos circunstanciais e alheios.

Resulta de ato de vontade quando a aquisição das ações, como singularidade, acaba por compor um agregado acionário no ativo da pessoa, inexistente, até então, no patrimônio de outro acionista.

É também resultante de ato de vontade, e tem caráter *originário*, a formação de bloco de controle por força de constituição de sociedade *holding*, de acordo de acionista, de oferta pública para aquisição de controle e subscrição de aumento de capital.

Opera espontânea e *originariamente* no patrimônio da pessoa pelo resgate ou reembolso de ações, pela companhia, ou pela morte do controlador e conseqüente diluição entre herdeiros das ações componentes do bloco de controle.

Será *derivada* a aquisição quando resultar da cessão do conjunto das ações que formam a maioria. Ao contrário da aquisição *originária*, a *derivada* pressupõe a existência prévia do bloco de ações de controle na titularidade de pessoa ou grupo de pessoas.

Pode resultar da estipulação de usufruto, transferindo ao usufratário o uso e gozo e, assim, o direito de voto.

2.7. Por falar em transferência de controle, é importante salientar que a alienação por acionista que detém 50% das ações para seu sócio detentor dos outros 50% da sociedade não configura alienação de controle. Mesmo se unidos por acordo de acionistas.

Nesse caso, a mera co-gestão da empresa por intermédio de acordo de acionista não confere aos sócios, isoladamente, o poder de controle.

Ao contrário, o acordo de acionista instrumentaliza, apenas, o exercício do poder, mas não o poder em si que, no caso, não é detido isoladamente por nenhum dos dois acionistas.

A alienação dos 50% para o único acionista resultará em aquisição *originária* do controle, visto não existir no ativo de nenhum dos acionistas bloco de ações que cristalice a maioria.

Essa transferência não se caracteriza, dessa forma, como uma alienação de controle para os efeitos legais, pois o bloco, apesar de expressivo, não forma, *per se*, a maioria votante que somente será atingida quando agregado ao bloco de ações do adquirente.

Em suma, via acordo de acionistas, os únicos sócios, em conjunto, formavam a maioria do capital votante. Isoladamente, contudo, não detinham o controle social; e, já que não detinham, não podiam alienar.

Nas palavras de Comparato,

“Nas hipóteses em que o controle é conjunto ... não se entende que há alienação quando um desses titulares do poder de comando aliena as suas ações ao outro ou aos outros. O que há, então, é a consolidação ou reforço do controle na pessoa do adquirente das ações.

...

Quando, pois, a lei acionária regula a alienação do controle ela está supondo que o alienante já possuía esse bem em seu patrimônio: que já dispunha, isoladamente, do poder “para dirigir as atividades ...”⁷

⁷ **Direito Empresarial – Estudos e Pareceres**, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, p.79.

2.8. Matéria extremamente controvertida na doutrina é a atinente a função do veto como mecanismo indireto de controle societário.

Para alguns, o direito de veto é faculdade que leva o seu titular, ou pode levar, ao exercício de um poder (às avessas) de controle.

Em outras palavras, dependendo da natureza e alcance das hipóteses em que a concordância do minoritário seja condição de validade da deliberação societária, pode o direito de veto assumir uma proporção que assegure ao minoritário o controle sobre as atividades da companhia.

Lamy⁸ e outros discordam ao acentuarem que mero mecanismo impeditivo da existência de quorum ou de direito de voto em separado (art. 16, IV, Lei das S.A.) não confere, por definição, poder de dominação da empresa, mas, apenas, o de obstar certas deliberações.

Contudo, não foi o que decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais; na Apelação Cível nº 000.199.781-6/00 em conexão com o Agravo de Instrumento nº 164.822/9-00 – Comarca de Belo Horizonte:

“Administrativo. Ações de Sociedade de Economia Mista – Alienação – Nulidade de Acordo de Acionistas. O acordo celebrado entre as partes, em violação à Lei Estadual nº 11.069/95 e à Constituição do Estado de Minas Gerais deve ser anulado por configurar perda do controle acionário.

(Ap. Cível nº 000.199.781-6/00 em conexão com Agravo de Instrumento nº 164.822/9-00; Apelante: Southern Electric Brasil Participações Ltda.; Apelado: Estado de Minas Gerais; Relator: Des. Garcia Leão;

Julgamento em 7.8.2001; publicação em 7.9.2001)”

“O Conselho de Administração é formado de 11 (onze) membros titulares, dos quais 6 (seis) são indicados pelo Estado, 4 (quatro) pela Southern Eletric e 1 (um) pelos demais acionistas minoritários, sendo que o voto qualificados é de 8 (oito) o que demonstra, no fundo, o VETO pelos acionistas minoritários, em evidente quebra do controle acionário do Estado, ou melhor, da sua PREPONDERÂNCIA. Tal coisa acontecerá mesmo na hipótese prevista na cláusula 4.2.4, em que o Estado ficará com o direito de indicar mais um conselheiro, na hipótese de os acionistas minoritários não exercerem o seu direito. Jamais o Estado alcançaria o “quorum” qualificado.

⁸ Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, **A Lei das S.A.**, op. cit., p. 234-236.

E o que dizer da cláusula que, tratando da composição e do funcionamento dos órgãos de administração da CEMIG, instituiu quorum qualificado e, conseqüentemente, sujeito as decisões do Estado ao veto dos acionistas minoritários, para deliberações que versarem sobre assuntos relativos a peculiaridades da gestão empresarial (distribuição de lucros, financiamentos, dissolução ordinária, fusão, incorporação ou cisão total da sociedade, cláusula 40), como se esta já não fosse mais uma atribuição inerente ao status de acionista controlador?!

O que se depreende dessas estipulações é que delas se valeram os signatários do malsinado acordo de acionistas para burlar a proibição constitucional da venda, sem autorização legal, de ações que assegurem ao Estado, como titular da propriedade da maioria do capital social da CEMIG, o efetivo controle que assumiu, nessa qualidade, sob a égide do interesse público subjacente à própria constituição da empresa". (Agravo)

2.9. Tema interessante e que, por certo, será ainda objeto de análise pelo Poder Judiciário diz respeito ao chamado controle externo da companhia, não enfrentado pela nossa lei do anonimato.

O legislador desconsiderou a chamada "influência" externa, visto que a questão extrapola os estritos limites jurídicos atinentes à sociedade e ao controlador, e não é exercido, ao menos diretamente, através do direito de voto.

Dessa forma, nossa lei restringiu-se a fixar ditames legais ao que se costuma denominar de controle interno.

A influência externa, ou controle externo, é exercida sobre a sociedade com base nos termos e condições estabelecidos nos contratos que a companhia firma com terceiros. Daí alguns juristas preferirem utilizar a expressão influência e não, poder.

Essa influência advém, basicamente, do endividamento da sociedade e, conseqüentemente, das obrigações de fazer e não fazer acordadas com os credores, limitadoras da liberdade empresarial, notadamente no que toca a alienação de bens, a distribuição de lucros e ao limite de endividamento, dentre outros.

A mesma influência jurídica se põe no momento em que as deliberações sociais passam a ser tomadas à vista do que dispõem as obrigações assumidas com terceiros pela companhia.

A deliberação aprovada sem observância das *covenants* contratuais (obrigações de fazer e não fazer) levará a companhia ao inadimplemento contratual, sujeitando-a aos seus consecutórios. Por outro lado, as *covenants* podem ser tão rígidas e exageradas ao ponto de violar direitos dos acionistas ou de colocar em risco as atividades sociais.

Enquanto as leis alemã e norte-americana estabelecem responsabilidade por perdas e danos aos controladores externos por uso abusivo de prerrogativas em prejuízo da companhia ou dos acionistas, no Brasil o suporte legal deverá ser buscado nos preceitos do direito das obrigações, visto não existir nada específico na lei do anonimato.

Para Carlos Celso Orcesi da Costa⁹, “Controle interno (natureza associativa) redundante no exercício de uma soberania enquanto o controle externo (natureza contratual) outorga ao credor o exercício de um poder naturalmente contratual ou, às vezes, legal de constrição, o que implica tão-somente na possibilidade de responsabilização do controlador externo, por danos causados à sociedade em geral, quando e se houver agido além dos seus limites contratuais.”

2.10 Para Bulhões Pedreira¹⁰ são as seguintes as diferenças entre o poder de controle interno e o externo:

Controle Interno

- (1) Funda-se no exercício dos direitos de participação de acionista.
- (2) Capacidade de dirigir ou determinar toda a atividade da Cia.
- (3) Peculiar às Cias. e outros tipos associativos onde a vontade social é definida por maioria de voto.

Controle Externo

- (1) Resulta de direitos de crédito contra a Cia.
- (2) Limitada a alguns negócios ou aspectos da sua atividade.
- (3) Pode ocorrer com qualquer pessoa jurídica e mesmo natural que exerça a função empresarial.

⁹ “Controle Externo das Companhias”, in **Revista de Direito Mercantil**, 44/75.

¹⁰ Parecer sobre a Proposta da Anatel Regulamento de Apuração de Controle e Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Telecomunicações, de 04.01.99.

Já Guilherme Döring Cunha Pereira,¹¹ caracteriza o controle externo mediante as seguintes hipóteses de ocorrência:

(a) que a influência seja de ordem econômica;

(b) que se estenda a toda atividade desenvolvida pela empresa controlada;

(c) que se trata de um estado de subordinação permanente ou, pelo menos, duradouro; e

(d) que haja impossibilidade para a controlada subtrair-se da influência, sem séria ameaça de sofrer grave prejuízo econômico.

Para esse autor, o controle externo não se configura, juridicamente, se não for suficientemente amplo, tanto material quanto temporal, de modo a sujeitar longamente *toda* a atividade social. Para ele,¹² *“Se essa influência externa não chega a ser dominante, no sentido de se estender a toda a atividade empresarial da subordinada e de ter permanência ou certa duração, não há como falar em controle”*. Como afirma Pastéris, *‘obviamente, é de excluir-se uma forma parcial de controle, limitada a uma só das várias atividades do sujeito; ou se está sob controle ou não’*.

2.11. Outra forma de controle é aquele exercido pelos administradores da companhia, mediante o uso de procuração obtida junto aos acionistas. Trata-se do controle gerencial, visto nas empresas com alto grau de diluição acionária.

O pedido de procuração consta estruturado no art. 126 da Lei das S.A., cabendo à Comissão de Valores Mobiliários regulamentar a matéria.

O voto é exercido pelo acionista, na pessoa do outorgado (i.e. administrador), por força da instrumentalização da procuração.

É vedado ao administrador, no entanto, se utilizar da procuração para votar a aprovação das demonstrações financeiras, do relatório da administração e demais documentos que lhes são conexos, por força do art. 134, § 1º, da Lei nº 6.404/76.

3- RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR

3.1. Em linha com as metas de revitalização do mercado de capitais, o legislador lançou no art. 117 da Lei das S.A. as modalida-

¹¹ **Alienação do Poder de Controle Acionário**, Saraiva, São Paulo, 1995, pg. 14.

¹² *Ibidem*, p. 15.

des de atos definidores da conduta abusiva por parte do controlador. São modalidades exemplificativas.

3.1.1. "Art. 117 – O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º - São modalidades de exercício abusivo de poder:

a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;"

Trata-se de dispositivo genérico capaz de abraçar vasta gama de condutas ilícitas. A doutrina e a jurisprudência têm papel relevante na identificação da amplitude da esfera jurídica que abraçará o ilícito.

Já foi dito, e concordamos, que a hipótese de ato lesivo ao interesse ou a economia nacional excede os conceitos de contrariedade às leis, aos bons costumes e à ordem pública que norteiam a execução do objeto social, *ex vi art. 2º da Lei das S.A.*

A prova de que o administrador praticou o ato por orientação do controlador terá de ser devidamente produzida. A comprovação neste caso é mais penosa para o credor. E é que ocorrerá se a orientação abusiva se operar indireta ou transversalmente.

A orientação direta resulta expressa, normalmente, em uma deliberação assemblear ou pode resultar de ato praticado pelo administrador-controlador da sociedade ou sob sua influência. Daí ser mais fácil de identificar e se comprovar.

3.1.2. "Art. 117 - ...

§ 1º - ...

b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;"

A prática desses atos há de ser intencional. Exige-se para sua configuração o dolo específico. A reparação das perdas e danos depende da prova que ateste a obtenção de vantagem indevida.

A hipótese constante desse item demonstra que o interesse social é mais abrangente que o simples interesse do acionista. O interesse é o

da própria companhia e daqueles que lhe dão “vida”. São eles os que trabalham na empresa, os investidores, os fornecedores e os clientes.

Trata-se de um interesse democrático, cujo fim é a manutenção das relações jurídicas e sociais da companhia.

Com a histórica decisão “Fruehauf”¹³ a jurisprudência pôs por terra o pragmatismo autocrático da supremacia dos interesses dos acionistas.

Daí consubstanciar ato abusivo a liquidação de companhia prospera e a transformação, incorporação, fusão ou cisão com fins impróprios ao interesse social.

3.1.3. “Art. 117 - ...

§ 1º - ...

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; ”

Nesse caso, também é necessário apontar e comprovar o ilícito societário. Entretanto, restará menos complexa a prova dado que o ato ilegal restará expresso em alguma espécie de documento.

Aqui, também, o legislador confirma o amplo alcance do interesse social. Extrapola ele os limites internos da companhia.

3.1.4. “Art. 171 - ...

§ 1º - ...

d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;”

Pelo texto da lei, a rigor, a simples nomeação de administrador ou fiscal inapto geraria, *per se*, a responsabilidade do controlador. Mesmo inexistindo dano à companhia, a violação do dever de diligência seria fato capaz de responsabilizar o controlador.

Entretanto, não parece que a doutrina caminha nessa linha extravagante.

¹³ Os controladores da companhia Fruehauf emitiram ordem para que sua subsidiária Fruehauf-France não cumprisse contrato com o principal cliente, o que significava 40% da produção. Frente ao fato de que o inadimplemento pretendido levaria a empresa à ruína, a justiça impôs a execução do contrato e nomeou administrador provisório para esse efeito.

De acordo com a tradição de nosso sistema positivo, somente com a efetiva comprovação do dano é que o controlador poderá se responsabilizar pelo ato culposo de administrador ou fiscal. Ademais, depende de prova a inaptidão moral ou técnica do indivíduo.

Sem a existência de dano, parece difícil a imputação do dever de reparar.

Para aqueles que entendem diversamente, talvez o máximo que se pudesse atingir fosse a responsabilização do controlador em sede administrativa, notadamente em processo aberto na Comissão de Valores Mobiliários, condicionada à prova do prévio conhecimento, pelo controlador, da ausência de qualidades morais ou técnicas do administrador ou do fiscal nomeado.

3.1.5. "Art. 117 - ...

§ 1º - ...

e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia geral;"

Esse dispositivo complementa e ratifica as regras de conduta dos administradores.

O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e o interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Cabe, pois, ao administrador, agrade ou não àqueles que o elegeram, agir em proveito dos fins sociais.

O administrador deve atingir as finalidades exigidas pelas suas atribuições, fiel a seus deveres e responsabilidades.

A nomeação não autoriza desvios na função para atender os interesses daqueles que o elegeram. Não autoriza o conluio ou a prevaricação.

A prática de atos ilegais, novamente, depende de prova e, ao que parece, da comprovação dos danos efetivos.

A tentativa de induzir a atos ilegais deverá ensejar apuração pela Comissão de Valores Mobiliários ou, em caso extremo, poderá sujeitar o infrator a processo criminal.

3.1.6. "Art. 117 - ...

§ 1º - ...

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não eqüitativas;"

Trata-se de situação em que o controlador age em conflito de interesses.

O controlador é figura distinta da companhia devendo agir e exercer seu voto com o fim de atender aos exclusivos interesses da sociedade. O interesse passível de conflito pode ser direto ou indireto, seja o acordo firmado pelo próprio controlador ou por interposta pessoa.

Note que os contratos aperfeiçoados em conflito de interesse também são proibidos em sede tributária, dada a presunção de distribuição disfarçada de lucro às transações não eqüitativas.

3.1.7. "Art. 171 - ...

§ 1º ...

g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade."

Os administradores estão proibidos de aprovar suas próprias contas, por força do art. 134, §1º, Lei das S.A..

Mas são eles que deliberam, internamente, sobre tais contas e a submetem à aprovação assemblear.

Se a irregularidade aprovada em assembléia com o voto do controlador tiver por fim favorecê-lo, configurado está o abuso no exercício do voto e sua conseqüente responsabilização.

Entretanto, se não se comprovar o favorecimento, não há que se falar em ato abusivo do controlador. Não há responsabilização sem o vínculo causa-efeito.

Contudo, provando-se onexo, caberá, sim, ação de anulação da deliberação, por vício do documento que lhe é subjacente, nos termos do art. 286, lei das S.A.

O segundo comando da alínea "g" em questão determina ser dever do controlador apurar toda denúncia que justifique fundada suspeita de irregularidade ou que saiba ou devesse saber procedente.

A regra é amplíssima e de caráter subjetivo a ponto de somente à luz dos fatos e circunstâncias do caso concreto autorizar o intérprete sua aplicação.

A apuração de denúncia referida na lei é de caráter genérico, podendo ser feita interna ou *extra corporis*.

O controlador *sabe* procedente a denúncia quando esta, pelas suas características, reflexos e repercussões, sai do campo de meras especulações e entra na esfera da presunção.

Devia o controlador *saber* procedente a denúncia, pressupõe que a posição especial ocupada pelo controlador, aliada aos fatos e ao contexto em que se perpetrou o ilícito, por si só, assegura prevalência na obtenção de informações.

3.2. Ainda neste capítulo, resta-nos ressaltar que a adequada responsabilização do acionista controlador está condicionada a efetiva produção da prova caracterizadora do controle. Seja o controle direto ou indireto imprescindível à plena demonstração da existência do controle.

Vejamos a jurisprudência:

*“Não comprovando o autor ser qualquer dos réus acionista controlador do Banco Boavista S.A. ou existir acordo de acionista que lhe desse esse controle, não tem ele, autor, a ação prevista no art. 246 da Lei nº 6.404/76, razão pela qual dou como carecedor da ação. Julgo extinto o processo, na forma do art. 267, VI, C.P.C.”*¹⁴

*“Tratando-se de ação de reparação de danos fundada no art. 246 da Lei das S.A., são partes legítimas para responder aos seus termos os acionistas e sociedades ditos controladores, assim definidos no art. 116 da Lei das S.A., havendo, no caso dos autos, elementos probatórios que identificam como tais as pessoas e entidades face as quais foi intentado a presente ação.”*¹⁵

Ainda, no mesmo sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça sustentada no entendimento de Fran Martins:

“Saber se há grupo de pessoas vinculadas sob controle, com o objetivo de dirigir as atividades sociais, constitui em verdade questão de fato.

¹⁴ STJ, 4ª T, Resp. 784-RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 24.10.89, v.u., D.J. 20.11.89, Docas S/A.

¹⁵ STJ, Resp. 113.446, 1ª Turma, RTJ 126/754.

*[o] grupo de pessoas sob controle comum é mais difícil de ser identificado, pois a lei não possui nenhum dispositivo a respeito de reconhecimento desse grupo, a não ser em caso de ações em condomínio (art. 27, § único) ou quando se tratar de grupos de sociedade (art. 265). Será, então, uma questão de fato, devendo o controle ser demonstrado mediante provas ...”*¹⁶

3.3. Quanto à identificação do controle para fins de imputação de responsabilidade, o Judiciário não tem se furtado a enfrentá-la nas situações fáticas em que se apresentam no dia-a-dia societário.

Novamente escudado em Fran Martins, o STJ definiu controle direto, como aquele *“em que a própria sociedade é detentora dos direitos de voto capazes de assegurar a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”* e, indireto, *“quando esses direitos pertencem à controladora através de outras controladas”*.¹⁷

Quanto ao controle aperfeiçoado por grupo de pessoas, assim se expressou o STJ:

*“Tratando-se de grupos de pessoas ligadas sob controle comum, não é de rigor que todos os seus integrantes sejam titulares de direitos de sócio da sociedade controlada. O direito de sócio exercido de tal ordem que garanta ao grupo a supremacia nas deliberações das Assembléias Gerais e o poder de eleger a maioria dos administradores da Cia. pode ser pertencente a um ou alguns componentes apenas do grupo.”*¹⁸

4- ABUSO DE DIREITO

4.1. A doutrina não é uníssona quando chamada a conceituar o abuso de direito.

Para alguns, o abuso caracteriza-se pelo exercício de um direito com o fim de prejudicar alguém. Para outros, pelo exercício de um direito ausente de motivos legítimos.

Outros tantos, associam o abuso de direito à negligência ou à imprudência.

¹⁶ STJ, 4ª T, Resp. 784-RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 24.10.89, v.u., D.J. 20.11.89, p. 17986.

¹⁷ Fran Martins, **Comentários à Lei das S.A.**, Forense, São Paulo, 1985, p.256.

¹⁸ STJ, 4ª T. Resp. 784 – RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 24.10.89, v.u.,D.J. 20.11.89, Docas S.A.

Parte da doutrina entende ser abusivo o exercício anormal ou irregular de um direito.

Outra parcela sintetiza o abuso de direito na prática de um ato inútil para o autor, aliado a um resultado nocivo para outrem ou quando o titular procede como um egoísta, sem atenção ao fim da lei, aos bons costumes e à solidariedade, independentemente do elemento intencional.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, o abuso de direito fundamentava-se no art. 159 (*"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano"*) e no art. 160 (*"Não constituem atos ilícitos, os praticados no exercício regular de um direito"*).

Hoje, o art. 187 do Código Civil de 2002 define o ato nos seguintes termos: *"Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"*.

4.2. No que tange às sociedades anônimas, o legislador conceituou o abuso do direito de voto no art. 115 da Lei nº 6.404/76 e o vinculou a uma finalidade.

Segundo o referido artigo, o acionista deve exercer o direito no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, por voto do Min. Moreira Alves, adotou o conceito tradicional de Champaud, para definir o abuso do poder de controle, *verbis*:

"O abuso de poder de controle resulta da causa ilegítima de decisões tomadas com a única finalidade de prejudicar uma categoria de acionistas ou para satisfazer os interesses exclusivamente pessoais de alguns deles. Nessa hipótese o controle é desviado de suas finalidades legítimas que são de assegurar a acumulação do patrimônio social e a prosperidade da empresa. Adotando-se esta posição, bastante razoável, o abuso de poder se traduziria em uma causa ilegítima dos atos praticados, com algu-

ma dessas finalidades: a) prejudicar uma categoria de acionistas; b) satisfazer exclusivamente interesses pessoais de alguns deles.”¹⁹

Extrai-se dessa definição um misto dos conceitos adotados pela doutrina (cf. 4.1. acima).

4.3. Também no caso de abuso de poder societário é imprescindível a prova do prejuízo.

Para a caracterização do abuso de poder de que tratam os arts. 115 e 117 da Lei das S.A., é indispensável a prova do dano.²⁰

Nessa modalidade de responsabilidade exige-se a prova do abuso e da ocorrência do dano efetivo, concreto e atual, patrimonialmente ressarcível. O princípio essencial da responsabilidade civil, por sinal, funda-se na existência de prejuízo, que constitui o pressuposto indefectível da ação de indenização.²¹

4.4. Mas não é só ao controlador que se dirige o comando punitivo do abuso no direito de voto. O minoritário, também, é alvo dos efeitos da norma restritiva e responde pelos danos que causar à companhia e à terceiros pela exacerbação, inconseqüente, no exercício do voto; mesmo que tal não prevaleça ou não determine a aprovação da deliberação.

Fator determinante na efetivação do dano é a publicidade que se confere ao conteúdo do voto minoritário.

Questionamentos quanto ao desempenho da administração, a desaprovação das demonstrações financeiras e medidas judiciais adotadas contra a companhia, sócios e administradores, podem pôr em risco o bom funcionamento da empresa e abalar seu nome e crédito junto a fornecedores e instituições financeiras.

Daí a preocupação do legislador em abranger, também, o minoritário no rol dos acionistas passíveis de sanção por exercício abusivo no direito de voto.²²

¹⁹ RE nº 113.446/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, 14.10.88. Nelson Eizirik, Sociedades Anônimas – Jurisprudência, Rio de Janeiro, Renovar, 1955. P. 113.

²⁰ Resp. nº 10836/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 4.2.1992. *Ibidem*, p.157.

²¹ Embargos Infringentes nº 29481-1 (SP/1995). *Ibidem*, 1995. p. 89.

²² Para Comparato, o abuso de voto da minoria se configura de forma comissiva; não pela falta de uso e sim pelo mau uso do voto. Cf. Comparato, Fábio Konder. **Direito Empresarial - Estudos e Pareceres**, Saraiva, São Paulo:1990, p.86.

4.5. Outra modalidade de abuso tem sido praticada por minoritários que, por falhas de estratégia ou fatores circunstanciais, não alcançam os objetivos pretendidos na sociedade.

Normalmente são juridicamente sofisticados e detêm percentual relevante, apesar de não serem titular da maioria do capital votante. E, por isso mesmo, cientes de que não obterão o controle, desenvolvem uma série de ações táticas, amparadas em pseudo legalidade, com o escamoteado intuito de valorizar sua participação acionária para, ao final, por força de pressão junto à sociedade e seus administradores, alienar suas ações ao outro acionista por preço superior ao que obteria em condições normais de temperatura e pressão.

Esses abusos societários, cada vez mais freqüentes, não são necessariamente concretizados através do exercício de voto mas consubstanciam em práticas ilícitas condenadas pelo direito.

5 - CONFLITO DE INTERESSES

5.1. Ao interpretarmos o contido no § 1º do art. 115 da Lei das S.A., não há que se pensar em taxatividade da lista de hipóteses de conflitos.

O legislador brasileiro tratou de modo exemplificativo os casos passíveis de conflito de interesses. E, não poderia ser diferente dada as múltiplas faces, a extensão, o alcance e as intrincadas nuances das modernas relações negociais. Nem sempre aperfeiçoadas diretamente, nem sempre linearmente indiretas.

A tipicidade cerrada há muito se demonstrou inadequada à realidade das relações jurídicas. Seja pela inflexibilidade da regra, impondo-se com rigor em casos concretos não questionáveis, seja pela sua inaplicabilidade em hipóteses ruidosas, por ausência de tipificação legal.

Em suma, o cotidiano societário demonstrou que a taxatividade era, no mais das vezes, injusta ou inoperante. Ora, o suporte legal era por demais exigente à vista do caso concreto, ora o oposto, inexistia hipótese a oprimir o ato ilícito.

Andou bem o legislador societário ao fixar regras abertas sancionadoras do conflito de interesses.

5.2. Na verdade, as duas primeiras hipóteses constantes do § 1º, art. 115, são bem diretas e objetivas ao reverso das duas últimas, abstratas e subjetivas.

Nas duas primeiras hipóteses a lei proíbe o acionista de votar nas deliberações relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorreu para a formação do capital social e naquelas que visem a aprovação de suas contas como administrador.

Não resta dúvida, nessas hipóteses, quanto à objetividade do comando legal. Aqui o legislador foi expresso e direto.

Afinal, no que toca à aprovação do laudo de avaliação, a lei societária confere um estridente contorno jurídico protetivo do capital social.

Por outro lado, é no momento da deliberação das contas dos administradores que o minoritário exerce, ao menos em tese, o controle dos atos internos da companhia.

5.3. O capital social, sob a ótica estritamente jurídica, opera função relevante nas sociedades de responsabilidade limitada.

Foi o desenvolvimento da teoria do capital social que permitiu a introdução da responsabilidade limitada e, assim, o florescimento das sociedades por quotas e anônimas.

O instituto do capital social permite assegurar, na sociedade, um mínimo de recurso que os sócios aportam, de modo a viabilizar o crédito. O montante capitalizado não retorna, a rigor, ao patrimônio pessoal dos sócios.

Vital instrumento jurídico, pois funciona, o capital social, como obstáculo contábil de retenção no patrimônio da empresa das quantias aportadas à título de integralização, de modo a permanecer, indefinidamente, na sociedade.

Somente a parcela de lucros que supera a cifra do capital social pode ser, validamente, distribuída aos sócios.

Compõem o instituto do capital social os elementos da *realidade, unicidade e intangibilidade*. Esses elementos permeiam vários dispositivos da lei societária que os tratam com intenso rigor.

Por ser o mecanismo jurídico viabilizador da limitação da responsabilidade dos sócios, o sistema legal do capital social funciona sob controle e transparência.

Daí a exceção ao direito de voto do acionista, quando se tratar de deliberação voltada à aprovação de laudo de avaliação de bens com que concorreu para a formação do capital social.

É vedação de caráter formal, e não substancial. Quer dizer que o acionista, de antemão, está proibido de proferir voto no que toca a essa ordem do dia.

Dado o rigor do elemento da realidade do capital social, o legislador presumiu a existência de conflito de interesses na votação das matérias da espécie. Presunção *jure et jure*.

5.4. Presume-se, também, a existência de conflito de interesses na deliberação sobre as contas da administração social.

Nessa matéria, é vedado ao acionista votar as contas enquanto administrador da companhia. Não pode ele aprovar suas próprias contas.

O conflito, novamente, é de caráter formal, o que afasta, antecipadamente, o exercício do direito de voto pelo acionista-administrador. A falta de independência afeta sua imparcialidade. Trata-se de questão ética.

Entendo que esse mandamento legal impõe-se, inclusive, na hipótese em que o voto é proferido pelo acionista-administrador, indiretamente, por via de interposta pessoa.

A jurisprudência não é harmônica nesse particular.

Decisão majoritária da Décima Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo²³, afastou a incidência de conflito de interesse na aprovação das contas da administração, por voto proferido por sociedade detida pelos acionistas-administradores, pelos resumos fundamentos a seguir transcritos, suportados em parecer elaborado por Rubens Requião:

a) a lei não estende o impedimento à hipótese de aprovação de contas de diretor proprietário ou controlador da empresa votante;

b) o art. 115, §1º é regra restritiva, não podendo ser objeto de interpretação ampliativa;

c) a lei não ignora a hipótese de uma sociedade controlada por outra, tanto que o art. 246 fixa obrigação de reparar danos causados; fosse a intenção de proibir voto dessa espécie, a vedação seria expressamente indicada; tal orientação não torna inútil o intuito legal de se evitar o conflito de interesses. A preocupação da lei é mais formal do que material: não tira o controle da maioria e não desconhece que diretores são por ela eleitos;

d) fosse desejo extinguir o conflito real de interesses, teria a lei vedado que a maioria julgasse as contas da administração. Neste caso, a maioria estaria sujeita aos caprichos dos minoritários.

²³ Apelação Cível nº 265.694-1/SP – Rel. Min. Maurício Vidigal, 01.10.96, Nelson Eizirik, op.cit, p.35.

O voto vencido, no meu entender, mais consistente e consentâneo com o sistema legal, expôs os seguintes fundamentos de direito:

- a) nos termos do art. 134, §1º, os administradores não podem votar como acionistas ou procuradores, as demonstrações financeiras;
- b) o voto via sociedade burla desiderato da lei;
- c) trata-se de vício formal: as pessoas naturais não podem votar *per se* ou agrupadas sob manto de pessoa jurídica;
- d) situa-se a questão em infringência a mandamento ético e legal;
- e) afina-se com a *mens legis* de proibir votação em causa própria.

Posteriormente, a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferiu decisão anulando ou declarando nulo o voto proferido por acionista-administrador, via interposta pessoa.²⁴

5.5. Registre-se que os tribunais têm validado o voto proferido por acionista-administrador, em situações extraordinárias, em que a quase totalidade ou os 100% do capital votante formem o patrimônio dos impedidos.²⁵

Nessas circunstâncias, o trato inflexível da lei poderia gerar impasses na aprovação de matérias necessárias ao curso normal da sociedade e submeter a maioria esmagadora a uma ditadura *kafkiana* da minoria microscópica.

5.6. Registre-se, por fim, que a ausência de objeção, no momento da deliberação assemblear, não preclui o direito do interessado em buscar a tutela judicial visando a anulação do voto.

Nos termos da decisão da 10ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, *“a alegação de preclusão consumativa não tem amparo legal, porque não há norma que faça com que o silêncio momentâneo do acionista signifique perda do direito de discutir judicialmente os atos societários.”*²⁶

5.7. No que toca às duas últimas hipóteses da lei, diverge a doutrina quanto à natureza dos conflitos ligados a aprovação por acionista de matérias que *“puderem beneficiá-lo de modo particular”* ou *“tiver interesse conflitante com o da companhia.”*

²⁴ Ap. Cível nº 263.964-1 – TJ/SP – São Paulo, Rel. Min. Maurício Vidigal, 01.10.96. Nelson Eizirik, *op.cit.*, p.35

²⁵ Cf. Luiza Rangel de Moraes, **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, ano 4, nº II, Jan/Março 2001, p. 283.

²⁶ Decisão referida na nota 25 acima. (Ap. Cível 263.694-1).

Tais matérias importam em conflito formal ou substancial?

Modesto Carvalhosa defende tese minoritária que entende ser de cunho genérico o conceito de conflito e, por essa razão, todas as hipóteses lançadas na lei redundam em conflito formal.

Para Comparato e outros tantos, as duas primeiras hipóteses (i.e. laudo de avaliação e contas da administração) e a terceira (i.e. matéria que possa beneficiar o acionista de modo particular) são de caráter formal. Prevalece, nesses casos, o princípio “*nemo iudex in causa propria*”.²⁷

Para outros, como Luis Antônio Campos, somente às duas primeiras matérias aplica-se o caráter formal. Nas duas últimas (i.e. matéria que possa beneficiar o acionista de modo particular ou que tiver interesse conflitante com o da companhia), a verificação de conflito se faz *ex post*, por ser de natureza substancial.²⁸

Em outras palavras, o eventual conflito não prejudica o exercício do direito de voto pelo acionista, submetendo-se a controle *posteriori* pelo Judiciário. A análise do conflito faz-se caso a caso, após a deliberação assemblear, devidamente computado o voto proferido pelo acionista em foco.

Para essa corrente, as duas últimas hipóteses não cuidam de impedimento *a priori* ou presuntivo. A liberdade de voto é regra societária suprema.

A mera aparência de conflito não tem o dom de impedir o exercício de direito essencial do acionista.

Lealdade é dever imperativo no exercício do voto e, assim, não se deve presumir que a existência de benefício ou interesse na aprovação da matéria induzirá o acionista a violá-lo, em proveito próprio.

A violação ao dever de lealdade não se presume; averigua-se posteriormente ao exercício do voto.

O benefício da dúvida é do acionista. Cabe a ele avaliar se irá prestigiar o equilíbrio e a ética ou privilegiar interesse egoísta e particular.

O conflito será presuntivo, única e exclusivamente, se a contraposição de interesses – companhia/acionista – for estridente-

²⁷ Inquérito Administrativo CVM nº TA/RJ 2001/4977- **Revista de Direito Mercantil** nº 125, ano XLI, nova série, jan/março 2002, p. 151/152.

²⁸ Decisão referida na nota 28 acima.

mente inconciliável. Quando o atendimento a um interesse resta, necessariamente, em prejuízo inexorável do outro.

Nos termos do voto do Min. Aldir Passarinho Junior, “o conflito entre interesses de determinados acionistas e a empresa tem que ser absolutamente estridente ... Não existindo um interesse estritamente de um acionista em relação à própria empresa, não há razão para se afastar da votação o acionista, no caso o majoritário, ficando muito difícil de se gerir uma sociedade, porque a todo momento se poderá interpretar que tal ou qual atitude deste acionista estaria ou não colidindo com o interesse daquele, quando é ele, por ter a maioria do capital, quem toma as decisões.”²⁹

Em suma, a maioria doutrinária acata a natureza formal para os dois primeiros casos elencados pelo legislador no § 1º, do art. 115 e o caráter substancial da quarta hipótese. Diverge, notadamente, quanto ao impedimento na aprovação de matéria que possa beneficiar o acionista de modo particular, que, para alguns, afasta, *a priori*, o exercício do voto pelo interessado, enquanto para outros, só vedaria o direito de voto se tal exercício sacrificasse, inexoravelmente, o interesse da companhia e, assim não sendo, o controle da legalidade do voto há de ser feito *a posteriori*, em sede judicial.

5.8. Havendo conflito, mas não sendo o voto determinante para aprovação da matéria assemblear, a deliberação mantém-se válida e eficaz. Essa é a opinião que une a maioria esmagadora da doutrina.

Tullio Ascarelli³⁰ já afirmava que, os vícios do voto devem ser considerados, separadamente, dos vícios da deliberação.

Os vícios do voto não maculam a deliberação dos acionistas, caso não se traduza em fator relevante na apuração da maioria votante.

A mudança de rumo na deliberação só se mostra operante se a nulidade do voto for decisiva na alternância majoritária.

6 - AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

6.1. Os atos ilícitos do controlador podem ser combatidos através de medida que vise à anulação da deliberação ou a reparação civil pelos danos causados.

²⁹ Resp. n. 131.300 – RS (Rcte: Ponta Funda Part. E Admst. S/A; Recdas.: Varig S.A. e Fundação Ruben Berta). Nelson Eizirik, *op.cit.* p.28.

³⁰ **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**, Saraiva e Cia., 1945, p. 415.

Tais ações podem ser cumuladas; contudo, os prazos prescricionais divergem, sendo de dois anos para a propositura da ação de nulidade e de três anos para a de responsabilidade civil.

Por outro lado, se o controlador agia na qualidade de administrador, este também poderá responder por perdas e danos, juntamente com os demais administradores e fiscais que com ele forem conivente, negligenciarem na descoberta do ilícito ou deixarem de agir para impedir a sua prática, por força da solidariedade legal prevista no art. 158 da Lei das S.A..

6.2. Interessante realçar que as ações antes mencionadas poderão vir a ser debatidas em sede de arbitragem, haja vista a introdução de dispositivo no art. 109 da Lei das S.A., permitindo o uso do juízo arbitral para dirimir as questões envolvendo o acionista controlador e os minoritários e a companhia e os acionistas.

A sujeição do administrador ou fiscal à arbitragem depende, regra geral, de prévia concordância destes, exceto circunstâncias específicas que autorizem sua imediata sujeição ao rito arbitral.☐

DANO MORAL EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL

André Gustavo Corrêa de Andrade

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

1 – A idéia de dano moral contratual

Em muitos julgados é freqüente a ponderação de que o simples inadimplemento ou o mero descumprimento de obrigação contratual não dá causa a dano moral.¹ O credor que deixa de receber o valor que lhe é devido e tem que recorrer ao Judiciário para buscar o cumprimento do pactuado comumente se sente aborrecido, contrariado, desgastado, até exasperado. Mas tais estados psicológicos não constituiriam um dano moral indenizável nem um sinal dessa espécie de dano: seriam a natural reação a simples incômodos que decorrem da vida em sociedade ou dos embates do dia-a-dia.

O senso comum indica que o direito à indenização deve, em linha de princípio, ficar circunscrito aos danos morais que revelem um mínimo de gravidade, em consonância com a máxima “*De minimis non curat praetor*”². Seguindo esse raciocínio, o art. 496º, 1, do Código Civil português estabelece expressamente que a gravidade do dano não patrimonial constitui condição de sua reparabilidade: “Na fixação da indenização deve

¹ STJ, RESP 338162/MG, DJU de 18.2.2002, 4ª Turma, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: “O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante – e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade”.

² “O pretor não se ocupa com coisas insignificantes.” Em sua variante mais moderna: “*De minimis non curat lex*” (“A lei não cuida de pequenas coisas”).

atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito". Em escólio ao referido dispositivo legal, Antunes Varela observa que: "A gravidade do dano há-de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de factores subjectivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada)".³

Pese, contudo, esse entendimento, há de convir que nada impede, *a priori*, que o inadimplemento de uma obrigação venha a constituir ou provocar um dano moral indenizável, pois, como observa Ramón Daniel Pizarro "Um fato ilícito não deixa de ser tal, nem modifica sua natureza, pela mera circunstância de produzir-se 'dentro' de uma obrigação preexistente que resulta descumprida ou 'fora' dela".⁴

Fundamental nesta matéria é a distinção entre a *patrimonialidade da prestação* e a *extrapatrimonialidade do interesse do credor ou dos bens afetados*.⁵ Embora a prestação tenha conteúdo patrimonial, o interesse do credor na prestação pode, conforme as circunstâncias, apresentar um carácter extrapatrimonial, porque ligado à sua saúde ou de pessoas de sua família, ao seu lazer, à sua comodidade, ao seu bem-estar, à sua educação, aos seus projetos intelectuais.

Ninguém há de negar a natureza não patrimonial do interesse subjacente a diversos tipos de relação contratual: do paciente que vai ser submetido a uma cirurgia estética; do consumidor que adquire em uma agência de viagens um pacote turístico; do passageiro de transporte coletivo; do contratante de um serviço de bufê para uma festa; do comprador de um imóvel, para o qual pretende mudar-se logo depois do casamento. Estabelecida a distinção entre a patrimonialidade da prestação e a extrapatrimonialidade da utilidade desta ou do interesse do credor, fica mais fácil admitir a existência e a ressarcibilidade do dano moral derivado do inadimplemento de obrigação contratual.⁶

Pode-se, assim, falar em *dano moral contratual* (decorrente de responsabilidade civil contratual), em contraposição a *dano moral*

³ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, p. 606.

⁴ PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**, p. 143.

⁵ *Idem*.

⁶ *Ibidem*, p. 144.

extracontratual (resultante de responsabilidade civil extracontratual, delitual ou aquiliana).

2 – Pressupostos do dano moral contratual

Assentada a idéia da possibilidade de um dano moral contratual, cabe definir quando se está diante de “mero” ou “simples” inadimplemento de obrigação contratual e quando se está diante de um verdadeiro dano moral.

Para a configuração do dano moral contratual, impõe-se, em primeiro lugar, a existência de uma *obrigação preexistente*, emanada de um contrato ou de um ato jurídico válido. Se o ato for nulo, não há que falar em responsabilidade contratual.⁷

Em seguida há de ter ocorrido o *inadimplemento da obrigação*, relativo ou absoluto. O inadimplemento será relativo quando a obrigação insatisfeita ainda puder ser cumprida proveitosamente para o credor; será absoluto quando não houver emenda possível.⁸

O direito à indenização pressupõe, também, a *existência de um fator de atribuição de responsabilidade*, que poderá ser de natureza subjetiva (dolo ou culpa) ou objetiva, dependendo da espécie de obrigação e da relação jurídica estabelecida. Observe-se que para a configuração do dano moral contratual não é exigível que a conduta do ofensor seja dirigida ao descumprimento do contrato nem que o lesante atue com consciência e vontade de causar dano não patrimonial. A jurisprudência, como se verá adiante, fornece vários exemplos de dano moral contratual resultante de comportamento culposos ou, até, decorrente de responsabilidade objetiva.

Por fim, o inadimplemento deverá ser relacionado como causa, direta ou indireta, de lesão a algum direito da personalidade, tal como a vida, a integridade física, a reputação, o nome, a liberdade. *A lesão a direito da personalidade e o nexos de causalidade* entre o inadimplemento da obrigação e a lesão constituem, assim, requisitos

⁷ Pizarro observa, com propriedade, que o dano moral também pode surgir da anulação ou declaração de nulidade de um contrato ou de um ato jurídico, mas, nesses casos, a responsabilidade civil é de natureza extracontratual (PIZARRO, R. D. *Op. cit.*, p. 153).

⁸ No magistério de Pontes de Miranda: “O que deixou de adimplir prestação que não poderia demorar incorreu em inadimplemento, e não há emenda possível. Chamou-se a isso *inadimplemento absoluto*, por ser relativo o outro, uma vez que se poderia “*emendare moram*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações**, tomo XXVI, p. 9).

do dano moral contratual.⁹

3 – O dano moral contratual na jurisprudência

A jurisprudência tem reconhecido o dano moral em vários casos de inadimplemento de obrigação contratual.

O passageiro de ônibus que sofre danos físicos em razão de acidente de trânsito é vítima de dano moral decorrente do descumprimento do contrato de transporte, que traz, ínsita, a cláusula de incolumidade do passageiro (RESP 416846/SP).

É considerável a literatura acerca da responsabilidade civil decorrente de erro médico com repercussão na esfera moral da pessoa. Na jurisprudência, encontram-se casos de dano estético resultante de lipoaspiração (RESP 457312/SP) ou de outras espécies de cirurgia estética. Quanto a essas, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, salvo prova de força maior ou caso fortuito” (RESP 10536/RJ). O erro no resultado de exame laboratorial (RESP 241373/SP e 401592/DF) e no tratamento odontológico (RESP 328309/RJ) também têm gerado dano moral.¹⁰

No que se refere aos contratos bancários, a jurisprudência tem identificado o dano moral na devolução indevida de cheque: “O banco que recusa o pagamento de cheque sob a indevida alegação de falta de fundos está obrigado a reparar o dano moral sofrido pelo correntista. A existência do dano decorre de juízo da experiência, fundado no que normalmente ocorre em tais situações” (RESP 302653/MG, DJU de 29.10.2001, 4ª Turma, Min. Ruy Rosado de Aguiar). Já se decidiu também que “a inscrição em cadastro negativo por culpa do banco gera o dano moral, suscetível de indenização, sendo a exigência da prova satisfeita com a demonstração da inscrição indevida” (RESP 293669/PR, DJU de 4.2.2002, 3ª Turma, Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

No campo do contrato de transporte aéreo de passageiros, a jurisprudência vem admitindo a existência de dano moral em caso de *overbooking*: “Responsabilidade Civil. Transporte aéreo. *Overbooking*. Dano

⁹ Sobre os requisitos ou pressupostos da responsabilidade civil por dano moral por descumprimento contratual, veja-se Ramón Daniel Pizarro (*op. cit.*, p. 152 *et seq.*).

¹⁰ STJ, RESP 328309/RJ, DJU de 17.3.2003, 4ª Turma, Min. Aldir Passarinho.

extrapatrimonial. Indenização. O dano sofrido pela empresa cujo dirigente não embarcou por excesso de reservas, e por causa disso perdeu atividades programadas no lugar de destino, deve ser indenizado integralmente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor” (RESP 345687/CE, DJU de 5.8.2002, 4ª Turma, Min. Ruy Rosado de Aguiar). Considerou-se, ainda, haver dano moral no cancelamento de vôo internacional que obrigou o passageiro a fazer conexão não prevista (RESP 575486/RJ) e no extravio de bagagem que causou transtornos relevantes (RESP 173526/SP).

O dano não patrimonial pode decorrer da interrupção indevida de serviços públicos: “Corte de fornecimento de energia elétrica efetuada pela prestadora de serviço. Pagamento da fatura em tempo hábil. Provedimento parcial. Reconhecimento do dano moral. Fixação em 150 vezes o valor da fatura” (TJDF, Apelação Cível APC5012898 DF, DJU de 03.11.1999). Assim também em caso de corte indevido de linha telefônica.¹¹

Quanto aos planos de saúde, tem sido reconhecido o dano moral em casos de recusa, por parte das empresas contratadas, de cobertura de tratamento médico ou de internação hospitalar: “A recusa injustificada de internação dá motivo à indenização por dano moral, arbitrada de forma a refletir a aplicação sensata, justa e equilibrada das regras jurídicas, capaz de compensar a angústia, a aflição e o risco de vida daí decorrentes, além de representar a justa punição, de caráter pedagógico e prevenção geral” (TJRJ, Apelação Cível nº 2003.001.24751, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho).

Há, ainda, situações nas quais o contrato constitui apenas a oportunidade para o dano moral, como ocorre no caso de assédio sexual no ambiente de trabalho, caracterizado pelo comportamento do chefe ou superior hierárquico que constringe empregado ou funcionário com o objetivo de obter vantagem sexual, mediante a ameaça explícita ou velada de demissão, exoneração ou outra forma de represália: “Responsabilidade Civil. Indenização. Assédio sexual. Dano moral. A insistência do superior hierárquico em seu objetivo anti-social de satisfação sexual, dentro e fora do ambiente de trabalho, rejeitada incisivamente pela vítima, constitui dano moral, por lhe causar humilhação e sofrimento” (TJRJ, Apelação Cível nº 2000.001.13136, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Nametala Machado Jorge).

Ainda no âmbito das relações laborais ou funcionais, o dano moral

¹¹ TJRJ, Apelação Cível nº 2003.001.31188, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro. No mesmo sentido, TJRJ, Apelação Cível nº 2002.001.16322, 3ª Câmara Cível, Rel. Luiz Fernando de Carvalho.

pode surgir em casos de abuso de poder contra subordinados, submetidos a situações de constrangimento, humilhação ou estresse por seus superiores ou com a aquiescência deles. Na França, o fenômeno vem sendo identificado pela denominação "*harcèlement moral*".¹² Nos países de língua inglesa, fala-se em "*workplace harassment*", "*mobbing*" ou "*bullying*".¹³ No Brasil, já se cunhou a expressão "assédio moral". Caso que se enquadra nessa moldura é o da revista íntima, vexatória e humilhante, realizada em funcionárias de uma fábrica de *lingerie* todos os dias antes da saída do trabalho.¹⁴

Configuradora, também, dessa forma de lesão a direito da personalidade é a conduta do empregador que pratica atos persecutórios contra empregado, muitas vezes por razões de ordem pessoal, inteiramente desvinculadas da relação laboral. O dano moral, em tais situações, antes de derivar do descumprimento de alguma obrigação especificamente pactuada, decorre da violação direta do dever geral (de índole constitucional) de respeito e consideração pela dignidade humana.

4 – A abusividade da conduta do devedor como fator determinante para a caracterização do dano moral contratual

Em um grande número de casos a identificação do dano moral contratual é uma operação intelectual que não apresenta problemas. Não há dúvida a respeito do dano não patrimonial quando um passageiro de transporte coletivo é vítima de lesões corporais graves, ou quando uma paciente vem a apresentar uma deformidade em consequência de cirurgia estética,

¹² Ver, a respeito, HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral. A violência perversa no cotidiano**. Da mesma autora, enfocando o fenômeno especificamente nas relações de trabalho, **Mal-estar no Trabalho – Redefinindo o Assédio Moral**. Nesta última obra, a autora propõe uma definição de assédio moral nas relações de trabalho: "o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra dignidade ou integridade física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho" (*op. cit.*, p. 17).

¹³ O vocábulo *mobbing* é derivado de *mob*, que significa horda, bando, plebe (v. HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral**, p. 65). O termo *bullying* é derivado do verbo *to bully*, que tem os sentidos de tyrannizar, oprimir, ameaçar, amedrontar, intimidar, maltratar (v. **Novo Dicionário Michaelis Inglês-Português**, p. 137). A expressão *bullying* é empregada na Inglaterra e na Austrália para indicar os variados tipos de opressão ocorridos não apenas no ambiente de trabalho, mas também entre alunos no ambiente escolar e dentro de organizações militares. Nos Estados Unidos da América e na Europa continental *bullying* é expressão utilizada preferencialmente para fazer referência a situações ocorridas no ambiente escolar, enquanto o termo *mobbing* designa os abusos em local de trabalho (LEYMANN, Heinz. "*Psychological terrorization – the problem of terminology*." Disponível em <<http://www.leymann.se/English/11130E.HTM>> Acesso em 24 maio 2004).

¹⁴ TJRJ – Embargos Infringentes nº 198/97 – 4º Grupo de Câmaras Cíveis. O acórdão relata, com alguns detalhes, a forma vexatória pela qual era realizada a revista íntima. Além disso, menciona que cerca de 230 funcionárias chegaram a ser demitidas por se recusar a se submeter à revista.

ou, ainda, quando um consumidor vê seu nome indevidamente inscrito em cadastro de inadimplentes. Nos exemplos mencionados, o bem da personalidade atingido é facilmente identificável.

Em outros casos, contudo, a indicação de que o dano moral se configura quando houver lesão a bem da personalidade pode parecer vaga demais, por não ser tão evidente o bem da personalidade atingido. Isso ocorre frequentemente quando estão em jogo os sentimentos – atributos do espírito humano. Com efeito, há situações em que o bem da personalidade vulnerado é a própria tranqüilidade ou o bem-estar espiritual, perturbados por um inadimplemento contratual, causa de aborrecimento, intranqüilidade e desassossego.

É indubitoso que o *sistema afetivo* do homem, porque componente de sua personalidade, é merecedor de proteção jurídica. As lesões injustas aos sentimentos de outrem são por si só indenizáveis, independentemente de qualquer outra repercussão que o ato lesivo possa ter provocado, seja na esfera pessoal, seja na esfera patrimonial da vítima.¹⁵

Como distinguir, no entanto, nessas situações de perturbação do espírito, o dano moral do “mero” aborrecimento que todo descumprimento de obrigação contratual potencialmente pode causar? A resposta a uma tal indagação encontra-se não na reação da vítima – afinal, essa pode ser mais ou menos sensível à violação de um direito, como observado por Antunes Varela –, mas no comportamento do contratante inadimplente, que, muitas vezes, age de forma particularmente censurável e ultrajante, demonstrando verdadeiro descaso para com o direito alheio. Com efeito, o aborrecimento, a contrariedade e outros sentimentos negativos ordinariamente gerados pelo descumprimento de uma obrigação pactuada são, em muitos casos, agravados pela conduta maliciosa ou desdenhosa do contratante.

A falta de pagamento de uma dívida em dinheiro pode constituir mero aborrecimento quando o devedor não paga em razão de dificuldades financeiras, ou quando de boa-fé discorda da existência da dívida ou do seu montante. Caracterizará dano moral, porém, quando o devedor, podendo pagar o débito ou cumprir sua obrigação, não o faz por malícia

¹⁵ Esse, o magistério de Capelo de Souza: “(...) o nosso direito tutela directamente o sistema afectivo do homem, tomando como bens juridicamente protegidos diversos sentimentos seus e a própria estrutura mais ou menos estável e persistente do seu comportamento afectivo” (CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito geral de personalidade**, p. 229). Observa o autor que “os danos afectivos são também ressarcíveis autonomamente, em situações de não existência de lesões corporais, por exemplo, nos casos de violação do sentimento religioso, do sentimento da honra, da paz e da tranqüilidade espiritual, etc.” (*ibidem*, p. 231).

ou por inconsideração para com o credor. A conduta abusiva do devedor será, então, determinante para a própria configuração ou, ao menos, para a reparabilidade do dano moral, consistente no abalo “psicológico” ou “emocional” do credor.¹⁶

5 – Dano moral resultante de mora ou atraso no cumprimento de obrigação contratual

Percebe-se uma tendência no sentido do redimensionamento do conceito de dano moral, que tem sido alargado para compreender situações antes não cogitadas, tais como a mora ou retardamento no cumprimento das obrigações contratuais. Trata-se de fenômeno complexo, para o qual contribuiu, em primeiro lugar, a consagração constitucional do direito à indenização do dano moral. Outro fator importante para a remodelagem do conceito foi a massificação das relações de consumo, que levou à elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, no qual o direito à indenização do dano moral foi incluído entre os direitos básicos do consumidor e onde foram estabelecidos mecanismos que buscaram reduzir a situação de desequilíbrio entre os dois atores da relação de consumo.

Além disso, concorreu para o alargamento do conceito de dano moral a ampliação do acesso do consumidor à justiça por intermédio dos juizados especiais cíveis, fundados nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º da Lei nº 9.099/95). Nos juizados especiais, os consumidores encontraram um local onde poderiam encaminhar pretensões que, pelo seu reduzido valor econômico, antes escapavam ao exame do Judiciário. A gratuidade dos serviços prestados nos juizados, aliada à simplicidade e à relativa rapidez do procedimento, estimulou o ajuizamento de demandas que antes se encontravam represadas.

Esses e outros fatores contribuíram para a identificação do dano moral em situações que antes escapavam à órbita dessa figura. A partir de então, começou-se a relacionar, repetidamente, o dano moral com aborrecimentos e constrangimentos sofridos pelo contratante em consequência do retardamento no cumprimento de obrigação convencional. Essa vinculação entre a demora no cumprimento de uma obrigação contratual e o dano moral gradativamente começou a ser feita também no juízo comum, alcançando as relações jurídicas mais variadas. Atualmente, muitos

¹⁶ Nesse sentido, Capelo de Souza registra: “Limitando ainda a ressarcibilidade das lesões afectivas, em matéria de culpa do lesante, dever-se-á exigir aqui o dolo ou uma particular negligência” (*ibidem*, p. 232).

julgados vêm reconhecendo o dano moral em casos de mora ou atraso no cumprimento de obrigação contratual.

Considerou-se, por exemplo, que é fato gerador de dano moral: “a não entrega de apartamento no prazo convencionado, quando em meio aos sonhos e ilusões, às noites maldormidas, vivem os adquirentes, num misto de angústias e de revolta, as expectativas da entrega do bem que um dia sonharam ocupar” (TJRJ, Apelação Cível nº 2002.001.17310, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Ademir Pimentel).¹⁷ O dano acentua-se quando a dilação é de monta¹⁸ ou quando o retardamento causa constrangimentos que vão além do simples aborrecimento pela demora em si, como no caso do adiamento de matrimônio.¹⁹

No que se refere ao contrato de transporte aéreo de passageiros, tem sido identificado o dano moral no atraso considerável de vôo: “Inobstante a infra-estrutura dos modernos aeroportos ou a disponibilização de hotéis e transporte adequados, tal não se revela suficiente para elidir o dano moral quando o atraso no vôo se configura excessivo, a gerar pesado desconforto e aflição ao passageiro, extrapolando a situação de mera vicissitude, plenamente suportável” (RESP 307409/RJ, DJU de 4.2.2002, 4ª Turma, Min. Aldir Passarinho).²⁰ Ainda mais evidente é o dano quando o atraso implica perda de conexão com outra aeronave (RESP 295369/SP).

Considerou-se haver dano moral na demora desarrazoada para a instalação e conserto de linha telefônica quando não houver a mínima demonstração da ocorrência de problemas técnicos que justificassem o atraso: “Demora na Instalação e Conserto de Linha. Fato frustrante que não pode ser considerado mero aborrecimento. Dano moral e inadimplemento contratual” (TJRJ, Apelação Cível nº 2003.001.05936, 2ª

¹⁷ No mesmo sentido, TJRJ, Apelação Cível nº 2003.001.12916, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro “Contrato de compra e venda de imóvel residencial através de prestações mensais. Previsão contratual de conclusão da obra através de termo fixo. Mora superveniente da vendedora. Ausência de causa idônea superveniente, caso fortuito ou força maior a justificar o inadimplemento. Danos morais incidentes na hipótese, decorrentes da frustração, do sofrimento e da insegurança a que foram submetidos os apelados”.

¹⁸ TJRJ, Apelação Cível nº 2002.001.30357, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Mauricio Caldas Lopes: “Embora o simples inadimplemento contratual de regra não enseje reparação por dano moral, a hipótese, de mora superior a 3 anos, na entrega da unidade prometida à venda, a autoriza, em face da autêntica ruína dos sonhos e projetos da autora e das incertezas e angústias a propósito de seu investimento maior” Em sentido semelhante, TJRJ, Apelação Cível nº 2002.001.24851, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Sergio Lucio Cruz: “Descumprimento de obrigação de entregar o imóvel, cujo prazo excede, em muito, 180 dias de tolerância. Evidente dano moral”

¹⁹ TJRJ, Ap. Cível nº 2002.001.08305, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Nametala Jorge.

²⁰ No mesmo sentido os seguintes arestos do STJ: RESP 300050/SP, RESP 241813/SP, RESP 168976/SP, RESP 197808/SP, RESP 253552/SP, AGA 239742/MG, RESP 235678/SP.

Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho).²¹

A demora no pagamento do valor de seguro de veículo já foi considerada causa de dano moral: “Ação de reparação de danos por inadimplemento do contrato de seguro. Retardamento injustificado no pagamento da indenização com prejuízo ao segurado, motorista de táxi. Dano moral cuja condenação se reveste de aspectos pedagógicos” (TJRJ, Apelação Cível nº 2002.001.14430, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Ademir Pimentel). Também do Tribunal de Justiça deste Estado: “Inelutável o dever de reparar da empresa de seguro quando a mesma, apesar de imediata comunicação do furto do veículo segurado, retarda por quatro meses no pagamento da indenização devida. Conduta que, aliás, ensejou a inscrição do nome do consumidor nos cadastros restritivos ao crédito, na medida em que inviabilizou o pagamento do financiamento firmado para a aquisição do bem” (Apelação Cível nº 2003.001.23383, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Figueiredo).²²

6 – Dano moral em consequência da perda do tempo livre

Muitas situações da vida cotidiana nos trazem a sensação de perda de tempo: o deslocamento entre a casa e o trabalho, as filas para pagamentos em bancos, a espera de atendimento em consultórios médicos e dentários e tantas outras obrigações que nos absorvem e tomam um tempo que gostaríamos de dedicar a outras atividades. Essas são situações que devem ser toleradas, porque, evitáveis ou não, fazem parte da vida em sociedade.

O mesmo não se pode dizer de certos casos de demora no cumprimento de obrigação contratual, em especial daqueles em que se verifica desídia, desatenção ou despreocupação de obrigados morosos, na grande maioria das vezes pessoas jurídicas, fornecedoras de produtos ou serviços, que não investem como deveriam no atendimento aos seus consumidores, ou que desenvolvem práticas abusivas, ou, ainda, que simplesmente vêem os consumidores como meros números de sua contabilidade.

Intoleráveis, também, são situações em que os consumidores se

²¹ Em igual sentido, TJRJ, Apelação Cível nº 2003.001.29456, 4ª Câmara, Rel. JDS. DES. Horácio Ribeiro Neto: “Ação de condenação em obrigação de fazer (reparar linha telefônica) cumulada com pedido de indenização por danos morais. A privação indevida do serviço de telefonia fixa ofende a incolumidade psíquica do consumidor, causando-lhe angústia, tristeza e apreensão. Existência de dano moral a ser compensado”. Ainda nesse sentido, TJRJ, Apelação Cível nº 2003.001.27687, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Suely Lopes Magalhães: “Demora no conserto de linha telefônica gera indenização por dano moral”.

²² A possibilidade de a demora no pagamento de seguro gerar dano moral também foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 551976.

vêm compelidos a sair de sua rotina e perder seu “tempo livre”²³ para solucionar problemas causados por atos ilícitos ou condutas abusivas de fornecedores, muitos dos quais não disponibilizam meios adequados para receber reclamações ou prestar informações.

Quando está diretamente em jogo um interesse econômico, o tempo desempenha um papel fundamental, como se percebe pela previsão dos juros de mora, da cláusula penal moratória ou, ainda, da possibilidade de indenização por lucros cessantes. No plano dos direitos não patrimoniais, porém, ainda há grande resistência em admitir que a perda do tempo em si possa caracterizar dano moral. Esquece-se, porém, que o tempo, pela sua escassez, é um bem precioso para o indivíduo, tendo um valor que extrapola sua dimensão econômica. A menor fração de tempo perdido de nossas vidas constitui um bem irrecuperável. Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dê ensejo a uma indenização. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder o seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como indício de uma sociedade intolerante, mas como manifestação de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos.

7 – O papel a ser desempenhado pela indenização do dano moral

No âmbito do dano moral contratual, a indenização pode constituir mecanismo importante para a redução de comportamentos lesivos e práticas abusivas de fornecedores e contratantes em geral.

Algumas empresas, para elevar sua margem de lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados, enquanto outras colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios serão mui-

²³ Com a expressão “tempo livre” pretende-se fazer referência não necessariamente ao tempo ocioso ou que seria empregado no lazer, mas ao tempo *pessoal*, ou seja, àquele que poderia ser dedicado a qualquer atividade, mesmo ao trabalho ou a outras tarefas. O que define o tempo livre é que esse constitua, fundamentalmente, uma escolha pessoal do indivíduo. É o tempo pessoal e vivido de que fala Bodil Jönsson: “O tempo pessoal, em compensação, é precisamente o seu tempo, tanto na maneira como você lida com ele, como na maneira de encará-lo – seja em seus pensamentos, seja nos sentimentos. É esse tempo pessoal e vivido que queremos em abundância (...) O tempo vivido e pessoal é o que há de mais importante para o indivíduo” (JÖNSSON, Bodil. **Dez considerações sobre o tempo**, p. 36).

to inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços. Nesse cálculo, levam em conta a circunstância de que muitas vítimas de danos decorrentes de fato do produto ou do serviço deixam de ir à juízo, por razões variadas, que vão da dificuldade em identificar o responsável pelo dano à falta de disposição para enfrentar um processo judicial, com seus gastos, retardamentos e todas as suas vicissitudes. Além disso, os grandes fornecedores, por serem litigantes habituais, normalmente contam com um corpo de advogados preparados e especializados, o que também contribui para a redução dos valores indenizatórios. As pessoas físicas e as empresas orientam-se, então, por uma “racionalidade estritamente econômica”,²⁴ pautando-se pelo resultado de uma relação custo/benefício do seu comportamento em detrimento da lei e do direito alheio. Não é difícil perceber por que a fixação de uma indenização meramente compensatória, que leve em consideração exclusivamente a pessoa da vítima, sem se preocupar com a maior ou menor reprovabilidade da conduta do lesante, não se mostra suficiente para compelir os fornecedores a melhorar a qualidade de seus produtos ou aprimorar os seus serviços.

Conforme observa Ramón Daniel Pizarro,²⁵ produtores e fornecedores em geral, com enorme frequência, por descumprimento de seus deveres legais e de suas obrigações contratuais, causam danos aos consumidores, sem preocupação com as conseqüências de seus atos, porque os danos causados são de pequena expressão econômica em relação ao conjunto de negócios realizados e porque o número de consumidores que efetivamente irão a juízo postular uma reparação quase sempre será menor do que o daqueles que, por razões diversas, não o farão.

Isso foi confirmado por relatório produzido pelo Tribunal de Justiça, sob a coordenação do Desembargador Jessé Torres, intitulado “Perfil das maiores demandas judiciais do TJERJ”.²⁶ O mencionado relatório dá conta de que, de todos os processos que tramitaram na Justiça do Rio de Janeiro entre janeiro de 2002 e abril de 2004, um terço se refere a ações de reparação de danos. Algumas constatações do relatório chamam a atenção.

²⁴ GOMES, J. M. V. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem Causa**, p. 739.

²⁵ PIZARRO, R. D. *Op. cit.*, p. 383.

²⁶ Para um pequeno resumo das informações constantes do relatório, veja-se matéria publicada no dia 1º de agosto do corrente no jornal **O Globo**.

Descobriu-se, por exemplo, que dezesseis empresas figuram como réis em 320.589 ações de reparação propostas nos juizados especiais cíveis, o que representa 44,9% de todas as ações de indenização distribuídas. Uma única empresa – a campeã dentre as mais demandadas – figura no pólo passivo de 156.877 ações.

No juízo comum, o relatório constatou que 32,3% das ações de reparação diziam respeito a apenas 32 empresas. Algumas dessas empresas apresentaram enormes índices de sucumbência nas ações: uma delas sucumbiu em 96% das 260 ações em que figurou como ré; outra em 100% das 344 ações em face dela ajuizadas.

Analisados os feitos julgados em segundo grau, verificou-se que, em 68% dos casos, as empresas foram afinal condenadas a reparar danos, cujo desembolso médio calculado por ação foi de R\$ 10.207,55. Tal dívida não é paga antes do prazo médio de 923 dias. Cada uma das 16 empresas mais demandadas, ao que tudo indica, preferiu aguardar os 923 dias de tramitação dos processos até a condenação final, a realizar os investimentos necessários a prevenir os danos causados aos usuários.

Destaque-se uma das considerações finais do relatório: “Nessas circunstâncias, a questão de interesse comum do Judiciário e dos Jurisdicionados – estes, como autores ou réus dessas ações de responsabilização civil – é a de se saber qual seria o valor reparatório de danos a partir do qual as empresas fornecedoras de bens e serviços passariam a considerar necessário, do ponto de vista dos custos comparados, investir em medidas corretivas internas que fossem eficientes e eficazes para o fim de prevenir a ocorrência daqueles danos, de sorte a evitar demandas judiciais.”

Nos casos de danos causados com culpa grave ou naqueles em que se constatasse a existência de um padrão de negligência por parte do fornecedor, a imposição de uma indenização com função verdadeiramente punitiva (ou, como preferem alguns, exemplar, preventiva ou pedagógica) romperia com essa perversa equação, atuando como forma de tornar economicamente desinteressante a manutenção de serviços defeituosos.

Na lição de Carlos Alberto Bittar, defensor da atribuição de um “valor de desestímulo” à indenização do dano moral, “Deve-se, em qualquer hipótese, ter presentes os princípios básicos da satisfação integral dos interesses lesados e da estipulação de valor que iniba novas investidas, como balizas maiores na determinação da reparação devida”.²⁷

²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**, p. 225.

Aludindo à conduta freqüente de bancos que incluem indevidamente o nome de correntistas e terceiros em cadastros de devedores inadimplentes, Araken de Assis destaca a importância da indenização com caráter de punição, para prevenir o cometimento de novos ilícitos: “A prudência consistirá em punir moderadamente o ofensor, para que o ilícito não se torne, a este título, causa de ruína completa. Mas, em nenhuma hipótese, deverá se mostrar complacente com o ofensor contumaz, que amiúde reitera ilícitos análogos (...) É o caso das empresas de banco que, com indiferença cruel, consignam informações negativas sobre seus clientes e devedores em cadastros que vedam ou tolfhem o acesso ao crédito e, posteriormente, se desculpam com pretexto de erro operacional. Nessas hipóteses, a indenização deverá compensar a vítima pelo vexame e punir, exemplarmente, o autor do ato ilícito, com o fito de impedir sua reiteração em outras situações”.²⁸

Vislumbrando o retorno da punibilidade no campo da responsabilidade civil através da teoria da indenização punitiva, Lorenzetti destaca a função, desempenhada pelo instituto, de prejudicar a equação que estimula a prática do comportamento potencialmente lesivo: “O que nos interessa pôr em relevo é que essa teoria aponta, basicamente, em destruir a razão econômica, que permitiu que o dano se ocasionara. Era mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse que preveni-lo; o dano punitivo arruína esse negócio e permite a prevenção.”²⁹

8 – Conclusão

A doutrina acusa uma tendência, se não de desaparecimento, pelo menos de enfraquecimento da tradicional divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, a partir da constatação de que os contratos cada vez menos retiram sua força da vontade das partes, em razão da crescente interferência do direito positivo nas relações jurídicas. O emprego disseminado dos contratos de adesão na sociedade de consumo coloca em xeque o princípio da autonomia da

²⁸ ASSIS, Araken de. "Indenização do dano moral." In: *Revista Jurídica*, nº 236, jun. 1997, p. 5.

²⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, p. 458.

vontade e retira muito da razão de ser da *summa divisio* da responsabilidade civil.³⁰

Verifica-se, também, uma predisposição ao alargamento do conceito de dano moral, acompanhada do redimensionamento do papel da respectiva indenização.

Nenhuma estranheza, pois, deve causar a idéia de que o dano moral possa estar associado ou vinculado ao descumprimento de um contrato. Desde que se configure a ofensa a atributo da personalidade, nada importa que a causa remota desse dano tenha sido o inadimplemento de uma obrigação contratual. 

³⁰ Para Mariano Izquierdo Tolsada: "(...) tanto mais nos afastemos do modelo da autonomia contratual, tanto mais recomendável será unificar as esferas, não apenas do ponto de vista metodológico, mas também no que se refere às conseqüências práticas". "La unificación de la responsabilidad civil contratual y extracontratual (visión europea)". In: **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**, p. 110.

MISERABILIDADE E AÇÃO PENAL: UMA (RE)LEITURA CONSTITUCIONAL

Rubens R. R. Casara

Juiz de Direito TJ/RJ, Professor Universitário.

I- Apresentação do problema

A cada dia ocorrem alterações, quantitativa e qualitativa, do conceito de excluído.

Com a globalização, o processo de exclusão de parcela significativa da população mundial tomou-se mais transparente (e eficaz). Na pós-modernidade é possível afirmar, com o respaldo de opiniões das mais variadas correntes de pensamento, *que excluído é todo aquele que está alijado das relações de consumo*. Dito de forma crua e em sintoma com a lógica do sistema: a sociedade existe para o consumo, quem não consome é dispensável.

O presente trabalho visa a analisar a efetividade de limites normativo-constitucionais para conter a exclusão do indivíduo. A partir de um sintoma, do tratamento jurisprudencial atualmente conferido ao artigo 225, § 1º, inciso I, do Código Penal Brasileiro, indagar-se-á acerca da capacidade de resistência das agências judiciais frente à tendência de exclusão acima mencionada.

O marco teórico utilizado neste texto é o constitucionalismo. Assim, o projeto constitucional desenhado em 1988 é testado como obstáculo à exclusão do pobre (hipossuficiente econômico) da relação processual.

A escolha do tema prende-se à constatação de que o Poder Judiciário, na função de último garante dos direitos individuais e transindividuais, deve ser capaz de evitar a exclusão (ao menos) no processo judicial, instrumento destinado à acomodação dos conflitos intersubjetivos. Caso contrário, o retorno à barbárie será inevitável.

II- O paradigma constitucional

Percebe-se a importância da hermenêutica constitucional no campo reservado ao processo penal, diante da afinidade constituição-processo. Este, cujo conteúdo é discutido na melhor doutrina, tem íntima ligação com o direito de liberdade e da dignidade do indivíduo, regulado com preeminência pela Constituição da República.

Por outro lado, a influência de valores constitucionais no sistema penal, em que está incluída a agência judicial, como leciona Palazzo, “exercita-se no campo das relações entre política e direito penal: relações, a um só tempo, estreitíssimas e, potencialmente, conflituosas”.¹

A Constituição da República de 1988 surgiu com a finalidade declarada de recolocar o Brasil nos trilhos da democracia. Assim, todos os diplomas legais foram influenciados pelos valores que inspiraram a nova ordem. Trata-se de um horizonte reestruturativo.

Na atual quadra, em um país de capitalismo tardio no qual as promessas da modernidade não foram cumpridas, as teses procedimentalistas mostram-se inadequadas à realização da democracia substancial, diante da incapacidade (diga-se: deliberada exclusão do caráter transformador da cidadania, o que revela verdadeiro modelo de contra-educação política) dialogal/deliberativa das massas. Por isso, é imprescindível que o ator jurídico, ao interpretar a lei, esteja informado pelos valores constitucionais que indicam as mudanças sociais necessárias, i.e., mostre-se imbuído do desejo de concretizar em cada decisão, em cada ato de poder, o projeto constitucional de vida digna para todos.

Mas, no Estado Democrático de Direito, o que deve o ator jurídico, transformador por definição, fazer com uma legislação anterior de cunho

¹ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 16.

autoritário? Ora, reconhecer que determinadas normas se tornaram de todo imprestáveis e nem chegaram a integrar a nova ordem jurídica. Ao mesmo tempo, declarar que outras podem ser de grande valia, desde que adaptadas aos novos tempos, aos novos princípios reitores. Exige-se, portanto, uma *interpretação conforme a Constituição* e, mais do que isso, uma visão prospectiva do direito, criativa, democrática e interdisciplinar.

III- A visão jurisprudencial: a exclusão (con)sentida

Lembrando Goldschmidt,² para quem a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais, pode-se recorrer à análise da jurisprudência desse ramo do direito para avaliar o conteúdo democrático da sociedade brasileira, posto que também as normas processuais não podem ficar imunes aos valores substanciais encartados no pacto fundante.

Uma questão que abstrai conquistas históricas obtidas na caminhada pela democratização do processo, diz respeito ao alcance e conteúdo do artigo 225, § 1., inciso I, do Código Penal, que trata da legitimidade para propor a ação penal, nos crimes contra os costumes, nas hipóteses em que a vítima ou seus pais não podem prover as despesas com o processo.

A matéria não tem sido questionada nos tribunais, como se percebe da leitura das seguintes ementas:

Estupro. Miserabilidade da vítima: a pobreza pode ser demonstrada pelos meios de prova em geral. Conceito de pobreza no sentido legal. Representação feita pela mãe da ofendida: não se exige a observância de formalidades, importando, apenas, que se caracterize a manifestação de vontade do ofendido, ou de seu representante legal. (STF, HC 70.184/RJ, Rel. Marco Aurélio, DJU, 8.10.1999). Além da representação é indispensável para que pública se torne a ação tendo por objeto o delito de atentado violento ao pudor sejam a vítima ou seus pais miseráveis, no sentido legal do termo, isto é, que não possam prover as despesas do processo 'sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família', consoante redação do artigo 225, § 2º, do CP. (TJSP - AC - Rel. Onei Raphael- RT 566/307).

² GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p.67.

No mesmo sentido, tem sido a posição predominante no Ministério Público, como se lê em parecer da lavra de Ferrer: “Afirmada a miserabilidade, a ação penal relativa aos crimes apurados no feito passa a ser pública condicionada à representação”.³

IV- Uma proposta inclusiva

Todavia, viola a razoabilidade dos atos legislativos e, portanto, é inconstitucional que fatores meramente econômicos possam alterar a *legitimidade* e a própria *natureza da ação penal* condenatória, máxime após o processo histórico que culminou com a constitucionalização da Defensoria Pública.

Como se sabe, a ação penal privada (*rectius*: ação penal de iniciativa privada) é regida pelo *princípio da oportunidade*, do qual derivam inúmeras conseqüências de ordem material e processual (v.g., a *disponibilidade* da persecução penal), o que potencializa a necessidade de *critérios razoáveis* para diferenciá-la da ação penal pública, esta sujeita ao binômio obrigatoriedade/indisponibilidade.

Distancia-se dos anseios igualitários traçados pelo paradigma constitucional de 1988 que ao processado por um crime de estupro cometido contra vítima integrante da “classe baixa” não sejam facultados os efeitos dos institutos da *perempção*, *perdão do ofendido*, *desistência da ação*, sem contar as esdrúxulas hipóteses de extinção da punibilidade em razão do casamento da ofendida.

Vê-se que o tratamento diferenciado gera reflexos tanto nas esferas da vítima quanto do acusado. Os efeitos processuais dessa distorção acabam por representar nova exclusão daqueles que protagonizam o drama que origina o processo penal. Por um lado, priva-se o acusado de legítimas possibilidades de ver prevalecer seu *status libertatis*, por outro suprime-se da vítima pobre uma das formas de exercício da cidadania no campo penal. Vitimizada por sua condição social e pelo crime, a ofendida é, ainda, furtada de facultades processuais, o que a toma, por vezes, refém do processo.

O dispositivo legal em questão, se razoável à época de sua elaboração, perdeu progressivamente sua justificação constitucional, na

³ FERRER, Flávia. *Escritos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 159.

medida em que a Defensoria Pública foi se estruturando no Estado brasileiro. Aliás, a Defensoria Pública é o único órgão estatal com atribuição oriunda da Carta Magna para a prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes. Basta a leitura dos artigos 134 e 129, a **contrario sensu**, da Constituição da República, para percebermos que o artigo 225, § 1º, inciso I, não resiste a uma filtragem constitucional e não foi, portanto, recepcionado.

Sem dúvida, a assistência técnica de defensor público, profissional habilitado em concurso público, garante à ofendida (e à sociedade) meios legítimos de ver prevalecer a pretensão punitiva.

Por outro lado, nos lugares em que a Defensoria Pública não estiver estruturada, nada obsta que o *parquet* faça suas vezes. Todavia, tal atuação estaria subordinada aos princípios que regem a persecução penal de iniciativa privada e teria natureza provisória.

Nessa hipótese, surgiriam dois fenômenos do moderno constitucionalismo: a) a inconstitucionalidade parcial, posto que a situação econômica da ofendida não é causa constitucionalmente adequada à alteração da principiologia que rege a ação penal; b) a inconstitucionalidade progressiva da legitimação do Ministério Público. Ou seja, na medida em que as Defensorias Públicas forem se sedimentando no território nacional, a atuação do Ministério Público passa a retratar usurpação de função e afronta às diretrizes do texto maior.

Apesar da origem comum, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por expressa disposição constitucional, possuem atribuições distintas. Essa divisão de funções tem como um de seus fundamentos a necessidade de repartição do poder, base da república e princípio da democracia. Pensar o contrário é embarcar na ingênua tese da *bondade do poder*, fonte inesgotável de opressão e autoritarismo.

V - Conclusão

Não se nega que a ação penal privada representa um desvio à regra democrática inscrita no artigo 129, inciso I, da Carta Magna. Outrossim, se é verdade que a publicização da atividade acusatória, proporcionada pela legitimidade ordinária do Ministério Público para o exercício do direito (ou melhor, dever) de ação penal, atende melhor aos interesses da racionalização da persecução penal, é igualmente correto afirmar que o instituto da ação penal privada não atenta contra

o sistema acusatório e as demais diretrizes da Constituição da República, conforme se depreende do artigo 5º, inciso LIX deste diploma.

Em suma, a exclusão da vítima da relação processual, por razões econômicas, não encontra qualquer tipo de justificação teórica à luz da normatividade constitucional. A aplicação acrítica do artigo 225, § 1º, inciso I, do Código Penal, por sua vez, concretiza inaceitável violação ao princípio isonômico. Assim, cumpre aos operadores jurídicos comprometidos com a realização do projeto constitucional expurgar tal dispositivo do ordenamento jurídico brasileiro e (re)legitimar a atuação da ofendida pobre na causa penal. ☐

DA RETIFICAÇÃO CONSENSUAL DO REGISTRO E AS NOVAS ATRIBUIÇÕES DO REGISTRADOR IMOBILIÁRIO

(ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 10.931/2004)

“O novo sempre vence.”
Belchior

Jairo Vasconcelos do Carmo

Juiz de Direito aposentado. Professor de Direito Civil na EMERJ e Delegatário Titular do 4º Registro de Títulos e Documentos da Cidade do Rio de Janeiro.

I. INTRODUÇÃO

O Código Civil, preocupado com a segurança do registro, facultava ao prejudicado o procedimento de retificação (cf. art. 1.247). Na lei registral, com a nova redação da Lei 10.931, de 2.8.2004, aprimora-se o sistema pelo acréscimo de retificação *exclusivamente* administrativa, podendo alcançar o interesse de *terceiro*, dêse que convergente. A retificação administrativa, no regime anterior, visava, sobretudo, a expungir do registro duas espécies de defeitos: a) erros de fato do registro, cuja correção não gerasse prejuízo a terceiro (arts. 212 e 213); b) nulidades absolutas inerentes ao próprio ato do registro (art. 214).

As alterações, na novel versão, tornam ainda mais valiosa a via extrajudicial para sanear o registro imobiliário, imprimindo-lhe, com maior celeridade e economia, exatidão fática e jurídica. A vantagem

é inegável: a retificação poderá ater-se aos *fatos* do registro e ao *direito* nele embutido, cuidando, desde logo, se for o caso, da regularização até mesmo do título causal.

Disto decorre uma *nova atribuição* , confiada ao registrador imobiliário, que o investe, a arbítrio do interessado, no papel de *formador* do título causal, para posterior averbação, reservando-se aos juízes os *casos litigiosos* ou de *dúvida relevante* . O objetivo é *concentrar* no Serviço Imobiliário o primeiro esforço de aprimoramento dos dados registrais.

De imediato, o seu reflexo recairá sobre o negócio de *incorporação imobiliária* . É que, dentre os trâmites exigidos, o mais demorado é naturalmente o exame da legalidade do *memorial* , com detida atenção à documentação do terreno, que deve harmonizar em três pontos: sua descrição no memorial deve coincidir com a do registro; se, preexistindo algum prédio, foi averbada a demolição; e se, provindo da junção de dois ou mais terrenos contíguos, fez-se a união registral mediante a fusão das respectivas matrículas.

Tanto é suficiente para demonstrar o total interesse dos empresários da construção civil, aliados ao sistema financeiro, em agilizar o procedimento das retificações, permitindo realizá-las, em juízo ou no fólio real, neste sob a autoridade institucional e pedagógica do registrador.

Há que se buscar um critério seguro, discernindo, na nova lei, as diversas espécies de retificação, tudo sob as luzes de exegese que valorize a eficiência do sistema registral, em consonância à teleologia da Lei 10.931/2004.

II. RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO E RETIFICAÇÃO CONSENSUAL

A Lei 10.931/2004, ao alterar a redação dos arts. 212, 213 e 214, da Lei 6.015/1973, instituiu *três formas* básicas de retificação do registro: retificação de ofício ou a pedido do interessado; retificação consensual e retificação judicial. A primeira modalidade corresponde à conhecida retificação por *erro evidente* , isto é, aquele que salta aos olhos. A seguir, o exame abreviado de cada espécie.

1. Retificação de Ofício e Retificação Consensual

Em obediência ao princípio da instância, a *retificação de ofício* é medida excepcional, na ocorrência de imperfeições passíveis de regularizar com supedâneo na documentação existente, pois ali se

acha a plena convicção da erronia, dispensando o concurso de prova nova. Importa dizer-se: restringe-se às hipóteses de correção de *erro material evidente*, nascido, quase sempre, de falta do registrador no transporte dos dados do título causal para o registro. Portanto, não serve para modificar o *núcleo* do desenho tabular, como sói ser a *conformação imobiliária*, a saber, localização, perímetro, área e confrontantes. Parece-me razoável que possa atender a certos aspectos periféricos ou supletivos da descrição do imóvel, se estes não o afetarem em substância, como seria a complementação de informações constantes do título causal, a partir de uma determinada base documental, lançadas erroneamente no registro.

Para facilitar o intérprete-aplicador, o art. 213, I, a a g, destaca as hipóteses de retificação de ofício. Duas observações: cabe considerar-se não apenas as transposições dos títulos causais como também as extraídas de registros anteriores; a área e as medidas perimetrais devem ser mantidas, de sorte a que a retificação somente contemple a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou coordenadas georreferenciais. Nos casos que importem em alteração das medidas, ou havendo necessidade de novas provas, cumpre exigir-se requerimento do interessado.

Tanto a retificação de ofício como a requerimento do interessado dispensam a anuência dos confrontantes.

A prática dos cartórios, antiga, é regularizar, incontinenti, o *erro evidente* dos seus escreventes, sem esperar a iniciativa dos interessados. O erro material, novo ou *antigo*, deve merecer cautelosa e pronta correção do registrador. Esse poder-dever envolve uma *função pedagógica* junto ao povo, cujo exercício compete ao registrador, sendo indispensável à segurança jurídica. Um exemplo emblemático, suscitado por Afrânio de Carvalho, bem ilustra o valor do serviço zeloso e eficaz. Conta-nos da *omissão*, na folha do apartamento, da existência de *vaga de garagem*, embora constasse da convenção de condomínio, que veio juntada ao título aquisitivo. Decorridos alguns anos, apresentou-se a escritura definitiva de venda, integrada pela de promessa, a que fazia menção expressa, sendo registrada. Com a morte do proprietário, processou-se o inventário e extraiu-se o formal de partilha, que se extraviou antes da inscrição. Apresentado um novo formal, alguns anos depois, sustou-se o registro por mencionar *duas*

vagas de garagem, fato que provocou a retificação do formal para coincidir com o assento. Reapresentado o formal, com a indicação certa de *uma vaga* de garagem, foi objeto de nova exigência, sob o fundamento, *só então declinado*, de que não aparecia na inscrição originária nenhuma vaga! (cf. **Registro de Imóveis**, 4ª edição, Forense, p. 386). Fácil compreender-se o abuso, oneroso para o interessado, forçado a duas retificações, quando a matéria podia ser inteiramente acertada da primeira vez. A falta do cartório, ao omitir a vaga de garagem na inscrição do apartamento, seria saneada, sem qualquer exigência, bastava que procedesse à busca incontinenti dos seus lançamentos internos, confrontando, nesse instante, os documentos formadores do título, ou seja, a escritura de promessa e a convenção do condomínio. Esse caso, aparentemente difícil, é expressão de erro evidente, a corrigir de ofício, e com presteza, a fim de minimizar o seu mal, máxime o induzimento de terceiro que tencionasse adquirir o imóvel, prevenindo, ademais, a responsabilidade civil do Delegatário.

2. Retificação Concesual

A retificação consensual consubstancia a grande inovação da Lei 10.931/2004, visto que dispensa o procedimento judicial. Tudo se resolve junto ao Oficial do Registro Imobiliário, compreendendo três espécies: retificação com anuência dos confrontantes, retificação com notificação e retificação por escritura pública. A seguir, o exame de cada espécie.

2.1. Retificação com anuência dos confrontantes

Nesta modalidade, o pedido retificatório deve vir instruído de planta e memorial descritivo, subscrito pelo interessado, pelo engenheiro ou profissional habilitado, pelos confrontantes e eventuais ocupantes (cf., art. 213, II, § 10).

Certos cuidados devem ser observados, valendo destacar-se: a) a anuência dos confrontantes proprietários constará da planta do imóvel, em espaço apropriado, contendo sua qualificação e a indicação do seu imóvel, com localização e matrícula. Há de exigir-se a vênua do cônjuge do confrontante, salvo o regime de separação absoluta, com pacto antenupcial sobre bens futuros, dêis que adotado na vigên-

cia do novo Código Civil (cf. arts. 1.647 e 2.039). O § 10, do art. 213, inclui, no conceito de confrontante, os *eventuais ocupantes*, que devem manifestar-se no corpo da planta do imóvel ou em carta em separado.

2.2. Retificação com Notificação.

Nesta modalidade de retificação, admitem-se duas formas de correção dos assentos registrai. Uma tem por objeto a simples *inserção* de medidas no imóvel, sem tocar no perímetro, a outra destina-se à *alteração* de dados tabulares, alcançando a linha perimétrica ou a área total. O traço distintivo é a *notificação* do confrontante que espontaneamente não anuiu.

As duas espécies pressupõem a inexistência de controvérsia, ainda no caso de alteração de dados tabulares, embora, como se disse, possa afetar a linha de confinação, isto é, o perímetro ou corpo certo do imóvel.

A notificação não visa a provocar algum tipo de resposta conflitiva, como se fosse adversário, mas antes quer a *colaboração* do confrontante para um objetivo comum, isto é, a correção das linhas divisórias ou da área total do imóvel, podendo, em muitos casos, intercambiar trechos limítrofes do terreno. Daí o chamamento dos confrontantes e eventuais ocupantes para colaborarem na enunciação de nova linha perimétrica ou de uma nova área, obra da retificação, a qual, a bem ver, a todos beneficiará, como se infere da norma do art. 213, f, ao permitir a “reprodução de descrição de linha divisória de imóvel confrontante que já tenha sido objeto de retificação.”

Coerente ao espírito da nova lei, devotado à simplicidade, cabe realçar a inteira aplicação do § 4º, do art. 213, quando presume a anuência do confrontante notificado que não impugnar. Não havendo impugnação por nenhum dos notificados, o registrador deve *certificar* a regularidade da diligência.

No caso de mera *inserção* de medidas, apenas para obter-se a extensão de uma ou mais linhas limítrofes ou a área total do imóvel, por ter havido erro ou omissão no título causal e no registro, sendo mantido o corpo certo desta, determinado pelo perímetro, a planta deve se limitar à descrição do imóvel retificando, com indicação da sua localização e confrontação, sem descuidar das exigências do art. 225, da Lei de Registros Públicos. Afigura-se dispensável o requinte de maior investigação sobre os imóveis confinantes. Subtende-se, nesta

situação, que as novas medidas são tomadas *internamente*, dentro do corpo certo, definido pelo seu contorno, este delimitado por marcos, cercas, muros, vales, córregos e outros acidentes naturais.

A hipótese de *alteração*, inovando a metragem tabular, reclama o zelo de melhores elementos.

Sempre que viável, a planta deve ilustrar a topografia do imóvel visado com a dos confrontantes, mormente aqueles direta ou potencialmente afetados. Há de flagrar-se real interesse jurídico e não simples suposição. Por exemplo, verificando-se que as medidas tabulares são maiores, a ponto de implicar em expansão lateral, convém logo fazer o levantamento topográfico dos imóveis lindeiros; se a expansão, ao revés, ocorrer na linha de profundidade do imóvel, o levantamento topográfico deve abranger os confrontantes daquela parte, cuidando, ainda, das medidas da via ou logradouro público frontal, e *notificando*, neste caso, a *municipalidade*.

O memorial descritivo deve reproduzir as informações tabulares não afetadas pela retificação, indicando os confrontantes pelo nome, número do assento registral e número de contribuinte.

2.3. Retificação por Escritura Pública.

Uma outra inovação, consentânea com a necessidade de simplificar a lei registral, consta do § 9º, do art. 213, vasado nestes termos: “Independentemente de retificação, dois ou mais confrontantes poderão, por meio de escritura pública, alterar ou estabelecer as divisas entre si e, se houver transferência de área, com o recolhimento do devido imposto de transmissão, e desde que preservadas, se rural o imóvel, a fração mínima de parcelamento, e, quando urbano, a legislação urbanística”.

Em realidade, a despeito da dicção da norma, *retificação* haverá. De conseguinte, entenda-se a expressão “independentemente de retificação” com o sentido de dispensar os proprietários interessados da presença dos confrontantes não interessados e da participação direta do registrador imobiliário. Talvez se possa chamá-la, para fins didáticos, de retificação especial, justo por prescindir da anuência dos confrontantes e ocupantes não interessados, permitindo aos interessados que materializem, numa escritura pública, o acertamento dos seus limites, mantido ou não o desenho das divisas físicas.

Importa, nesta modalidade, que dois ou mais confrontantes poderão fixar suas divisas exatas, sem tocar no perímetro de cada um, ou retificá-las para alterar os dados tabulares. A forma de fazê-lo é a *escritura pública*, instruída do pagamento do imposto de transmissão, se houver transferência de área limítrofe, cabendo ao registrador imobiliário, na posse do instrumento respectivo, proceder à sua *averbação*, em tendo sido preservadas as divisas físicas. Havendo transferência de área limítrofe, o caso é de *registro*, caso em que também se rerratificará a matrícula dos imóveis afetados, de modo a dotá-los de nova identificação, com suas características e confrontações (cf. LRP, art. 176). É que, no sistema registral brasileiro, a individualidade do imóvel é definida sobretudo pelo seu perímetro, e não pelas medidas das linhas de limites, ou da sua área, nem, ainda, pelo nome dos confrontantes, que podem variar com a transmissão do direito de propriedade. De exigir-se, portanto, inequivocamente, para a tabulação do título, que o imóvel seja descrito como *corpo certo*, em obediência, aliás, ao *princípio de especialidade*, que estabelece as bases da sua *individualidade*.

III. DO PROCEDIMENTO RETIFICATÓRIO

O procedimento de retificação pode ser *extrajudicial*, perante o registro imobiliário, ou *judicial*, por escolha inicial dos interessados (cf. art. 212 e par. ún.), ou por *conversão*, em decorrência de *impugnação fundamentada* dos confrontantes notificados. Atente-se, por ora, à retificação extrajudicial, *sem impugnação*.

1. Retificação Extrajudicial.

As iniciativas de retificação, de ofício ou a pedido, devem implicar a instauração de procedimento administrativo, análogo ao modelo judicial. Assim, pois, deve ser autuado e identificado com o número do protocolo.

A peça inicial será o requerimento do interessado ou o ato interno do registrador determinando a retificação de ofício. Todas as informações, notas de exigência e manifestações devem ser juntadas aos autos do procedimento.

Os efeitos do procedimento retificatório, à míngua de norma expressa, sugerem, por analogia, os mesmos do procedimento de *declaração de dúvida* (LRP, art. 198). Nesta conformidade, feita a prenotação no Livro do Protocolo, prorrogam-se os seus efeitos até

que se ultime perante o registro imobiliário ou decisão judicial, na eventualidade de conversão motivada do procedimento.

A notificação dos confrontantes, acorde ao § 10, do art. 213, compreende o ocupante direto, que é, a bem ver, simples confrontante físico, sem vínculo com o proprietário. Conseqüentemente, não se deve notificar o ocupante que esteja na posse direta em razão de detenção, trabalho ou contrato com o proprietário tabular, salvo se a relação firmada com ele implicar em transmissão do domínio, como no caso de promessa de venda e compra.

No tocante à *notificação*, cumpre esclarecer-se: tanto pode fazê-la o Serviço Imobiliário, como o Serviço de Títulos e Documentos (LRP, 213, § 2º). A notificação pode ser *pessoal* ou pelo *correio*, com aviso de recebimento; excepcionalmente, se o confrontante tabular não for achado, por estar em lugar incerto, efetivar-se-á por *edital*, com o prazo de *quinze dias*, publicado duas vezes em jornal local de grande circulação (cf. §§ 2º e 3º). Antes da notificação ficta, aconselha-se o exaurimento das possibilidades de localização do paradeiro do confrontante tabular. Neste sentido, por sua especialidade, o melhor é que a diligência das notificações ficasse exclusivamente com o Registro de Títulos e Documentos (LRP, art. 160), podendo, ademais, realizar notificação *com hora certa*, nos casos de *ocultação* do proprietário tabular.

Não sobrevivendo *impugnação*, por qualquer dos notificados, o registrador homologará o pedido de retificação, cujo procedimento se dará por encerrado com o ato de averbação (cf. § 5º).

2. Retificação Judicial por Conversão.

Havendo *impugnação fundamentada*, diz o § 5º, 2ª alínea, do art. 213, o registrador intimará o requerente e o profissional que assinou a planta e o memorial, para se manifestarem no prazo de cinco dias. A locução – “*impugnação fundamentada*” – tem o sentido de insurgência ou defesa séria, sob razões verossímeis, e não o aceno de alegações soltas ou em falta de conteúdo substancial.

O registrador não julga conflitos, mas é um profissional do Direito, investido de autoridade para aferir, com *razoabilidade*, o valor da *impugnação*, buscando, com independência, as soluções que possam viabilizar – e não impedir – o ato registral.

Por decorrência, recebida a impugnação, deve o registrador, como primeira iniciativa, estimular os interessados à formalização de *acordo* ou *transação* (cf. § 6º), somente remetendo o procedimento ao foro judicial se todos os esforços fracassarem.

A retificação judicial por *conversação*, devido ao oferecimento de impugnação fundamentada, será da competência do juízo da Vara de Registros Públicos se a defesa do confrontante versar sobre as *linhas de divisa*, caso em que decidirá de plano ou após instrução sumária. Se, entretantes, a controvérsia aludir à *sobreposição de áreas* ou *invasão de rumos*, configurando, não uma correção de medidas ou diferença de extensão, mas, sim, disputa fundada em direito de propriedade, os interessados devem ser *levados* às vias ordinárias, podendo agitar, por sua especificidade, a *ação demarcatória* (Cód. Civil, art. 1.297 - ant.: 569 -; CPC, art. 950).

No Estado do Rio de Janeiro, compete aos Juízes de Direito, especialmente em matéria de registro público, salvo o civil das pessoas naturais, processar e julgar: a) as causas que diretamente se refiram a registros públicos, ou seja, aquelas que intentam resolver uma questão registral; e b) causas de loteamento e venda a prestação, bem como de família, divisão e demarcação de terras, registro torrens, hipoteca legal, exceto a de natureza judicial e a que interessar a incapaz ou à fazenda pública. O art. 89, do CODJERJ, a par dessas, enumera ainda outras competências sobre matérias conexas ou derivadas. Por ora, fiel ao tema em estudo, importa saber-se que todas as ações registrais, de base administrativa ou litigiosa, impõem a competência das Varas de Registros Públicos, enlaçando, no mesmo rol, as causas de loteamento e venda a prestação, a divisão e a demarcação de terras, que muitos, por equívoco, acabam submetendo ao juízo cível comum. Impende ampliar a competência das Varas de Registros Públicos, atraindo, ao seu âmbito, por sua especialidade, v. g., as ações de usucapião e as ações anulatórias de títulos e dos registros.

IV. NULIDADE DO REGISTRO

Quando o art. 214, da Lei de Registros Públicos, alude à nulidade de pleno direito do registro visa, à evidência, à nulidade por vícios iminentes neste, à original dele, e não à derivada do título. A

ação anulatória do título negocial consta do art. 216, com inclusão, neste, da hipótese de fraude à execução.

Não confundir, pois, nulidade do registro, em si considerado, e nulidade do título causal. Quando a ação se move contra o título, cumula dois pedidos, o de anulação do negócio jurídico e o de retificação ou cancelamento do registro, sendo os dois compatíveis e complementares (cf. CPC, art. 292).

Os arts. 166 e 167, do Código Civil, cuidam das hipóteses de nulidade *absoluta*, com especial destaque, no sistema vigente, ao negócio jurídico *simulado*, que pode alcançar o instrumento particular antedatado ou pós-datado (III), mas ressalvando o direito do terceiro de boa fé (§ 2º).

O termo *registro* tem sentido genérico: compreende o registro propriamente dito, a *averbação* e a *matrícula*. A nulidade *parcial* de qualquer desses assentamentos não o afetará na parte válida, se esta, a teor do art. 184, for dele separável.

Com a alteração do art. 214, referido, agora enriquecido dos §§ 1º a 5º, segue-se que a retificação do registro, por nulidade de pleno direito, é forma *excepcional*, ante prova estreme de dúvida, e condicionada, sempre, a decisão judicial.

Nada obsta, porém, que a parte interessada, em cujo nome foi feito o registro, ou que dele participou, convencida da nulidade, logo requeira o seu *cancelamento* ao serviço imobiliário (cf. LRP, art. 250, II e III).

A ação anulatória do registro imobiliário funda-se, com maior freqüência, em *vício de forma* previsto em lei para o assento (Cód. Civil, art. 166, IV), embora também possa emanar de dolo ou erro grave do registrador. Apenas para ilustrar, vale lembrar as causas mais comuns: incompetência territorial; falta de prenotação do título no protocolo, ofensa ao princípio da prioridade, especialização incompleta ou insuficiente, ausência de título anterior, frustrando a continuidade.

Admite-se, na regra do art. 214, a declaração *de ofício* do ato nulo de pleno direito. Sobressaem, nesta classe, o registro de direito *inexistente*, materializado em título fraudulento, ato dos chamados *grileiros*, tão pegajosos em certas regiões do País.

A garantia constitucional do devido processo legal, além do direito de defesa, recomendam toda prudência nos pronunciamentos de ofício, intimando-se, sempre que possível, as partes e os supostos inte-

ressados. Satisfaz-se, com isso, a norma do § 1º, do novo art. 214, podendo o juiz ordenar, cautelarmente, de ofício, o *bloqueio* da matrícula do imóvel enredado, para evitar a superveniência de outros registros, impondo danos de difícil reparação (cf. § 3º). Neste caso, acorde ao § 4º, o registrador fica impedido da prática de quaisquer atos, exceto a *prenotação* dos títulos apresentados, que terão os seus prazos prorrogados até a liberação do bloqueio, ou mediante autorização judicial.

O § 5º, do art. 214, sensível ao terceiro de boa-fé, favorecido pelo *usucapião*, proíbe, contra ele, o decreto de *nulidade*. O *princípio da fé pública*, pondera Afrânio de Carvalho, abre exceção ao *princípio da legalidade*, purgando os vícios do título do adquirente aparente (cf. ob. cit., p. 175). O fim é proteger a segurança do comércio jurídico, a prol do terceiro de boa-fé, que adquiriu o imóvel do proprietário putativo, a título oneroso. Com maior prudência, o § 5º, quiçá para contornar críticas, apoia-se ainda na aquisição por *usucapião*.

Essa alteração traz em si uma consequência de proa: império do princípio da fé pública, cujo escopo é justamente proteger o adquirente de boa-fé, afigura-se-me apropriado afirmar que ele, a coberto pelo *usucapião*, fica a forro da *ação reivindicatória* do verdadeiro dono. Demais disso, tornam-se dispensáveis, para ele, algumas disposições esparsas do Código Civil, que visam a prevenir aquisições de imóveis dos seguintes: a) devedor insolvente (art. 161); herdeiro aparente (arts. 1.817 e 1.827, e par. ún.). Tampouco se lhe aproveita a norma do art. 457, *a contrario sensu*, acerca da *evicção*.

A fórmula geral do § 5º, referido, apoiada no *usucapião*, compreende todos os atos praticados pelo terceiro de boa-fé que confiou no Registro Imobiliário, entre os quais: a) aquisição de propriedade oriunda de não-proprietário; b) aquisição de hipoteca, ou outro direito real, derivada de não-proprietário; c) aquisição de imóvel livre de ônus, segundo o assento imobiliário; d) pagamento de prestações ao proprietário tabular com plena quitação.

V. OUTRAS ALTERAÇÕES ESPECÍFICAS: ÁREAS REMANESCENTES; ÁREAS PÚBLICAS, REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL e DESCRIÇÃO DE IMÓVEL RURAL

Ao ensejo das alterações, a Lei 10.931/2004 cuidou de inserir, na norma do art. 213, referido, outras matérias conexas, derivadas ou

afins, como sói ser o caso dos *remanescentes* de áreas parcialmente alienadas, as quais, a teor do § 7º, havendo interesse, submetem-se ao mesmo procedimento de retificação, a compor, todavia, apenas com os confinantes das áreas remanescentes.

O § 8º cogita das *áreas públicas*, dizendo que poderão ser demarcadas ou retificadas, pelo mesmo procedimento, “desde que constem do registro ou sejam logradouros devidamente averbados”.

Relativamente à *regularização fundiária* de interesse social, submetida ao regime da Lei 10.257, de 10.7.2001, dispensou-se o procedimento de retificação para os lotes cadastrados separadamente, ou com lançamento fiscal superior a vinte anos (cf. § 11, I). Igual favor legal, previsto no inciso II, do § 11, citado, serve à *adequação da descrição do imóvel rural* às exigências dos §§ 3º e 4º, do art. 176, e § 3º, do art. 225, ambos da Lei 6.015/73, que vieram a lume com a Lei 10.257/2001, depois regulamentada pelo Decreto nº 4.449/02. Está superada, na atual sistemática, a certificação do memorial descritivo pelo INCRA, que nada provava (cf. Decreto, art. 9º, § 2º), sendo melhor, a meu sentir, a solução do § 14, do art. 213, ao fixar a responsabilidade solidária dos interessados e do técnico signatário do memorial descritivo. Uma última observação: a adequação da descrição do imóvel que independe de retificação é aquela feita com a só inserção de coordenadas e marcos, sem inovar ou acrescer as medidas perimetrais.

A regularização fundiária de interesse social, a cargo da Administração Pública, goza de **isenção** de emolumentos (cf. § 15).

VI. CONCLUSÃO

Do quanto exposto, forçoso é reconhecer-se que a Lei 10.931/2004, com as alterações ditas ao art. 213, da Lei 6.015/73, aprimorou, em muito, o vetusto procedimento das retificações imobiliárias, agora simplificado e potencialmente mais célere.

A experiência dirá se a sociedade viva, por seus agentes, nomeadamente os advogados, promotores, juízes e registradores, de quem se espera empenho e profissionalismo, conseguirá um novo patamar de excelência no trato da propriedade tabular, reduzindo os desvarios da fraude, que turba a segurança da riqueza fundiária, sendo inaceitável, no estágio atual da informática, a verificação de áreas *sobre-*

postas ou *fictícias*, tudo à sombra da Administração Estatal e do Registro Imobiliário.

No essencial, a nova disciplina das retificações imobiliárias, equiparando o procedimento administrativo ao judicial, insere-se na tendência do Direito contemporâneo de simplificar o processo clássico, revestindo-o de oralidade e informalidade, com clara redução das zonas de coercibilidade, donde o apelo à desregulamentação, descriminalização, auto-regulação, Estado mínimo, privatismo, retorno ao Direito Civil.

Ora, não se terá Justiça rápida e econômica num cenário de *mutirões* permanentes, como se a paranóia do conflito fosse o vírus deletério da Nação. Como se a sociedade, num círculo vicioso, tivesse o prazer mórbido de violar obrigações elementares para vivenciar o gozo inefável do processo, encontrando nos juizes, todos sobrecarregados, o mesmo aprazimento.

Urge, ao reverso, com denodo, perseguir o advento de soluções alternativas, na esperança de perpetuá-las como práticas confiáveis à boa fé do cidadão consumidor.

Eis o que penso da retificação consensual de registro: é um bom caminho que deve evoluir a novas iniciativas.

O que não se pode admitir, vindo do quadro anterior, ora derogado, é o pesadelo de concluir uma edificação sem o julgamento da retificação das medidas ou da área do terreno, embaraçando, sobremaneira, a comercialização das unidades autônomas, ou, até mais grave, frustrando a obtenção de financiamento.

Como afirma o *slogan* da maior estatal brasileira: o desafio é a nossa energia! Assim seja o espírito de advogados, promotores, juizes e registradores, todos compromissados em implantar, sob rigorosa *ética profissional*, o novo procedimento da retificação consensual do registro.☐

DOAÇÕES VOLUNTÁRIAS DE SANGUE: UMA ALTERNATIVA PARA A PENA E PARA A VIDA

Rosana Navega Chagas

Juíza de Direito Titular do I e do II Juizado Especial Criminal de Nova Iguaçu

E um dos Anciãos falou comigo e perguntou: "Quem são esses vestidos com roupas brancas? De onde vieram? Eu respondi: Tú que sabes, meu Senhor. E então ele me disse: Esses são o que vieram da grande tribulação. Lavaram e alvejaram as suas roupas no sangue do cordeiro."

Apocalipse, 7 , 13-14

1. *A atual crise nos Bancos de Sangue do país e os altos índices de mortalidade ocasionados pela carência de sangue nos hospitais públicos e privados.*

Atualmente, há uma notória crise nacional nos estoques dos bancos de sangue do país, pois além das pessoas não terem por hábito doar sangue, houve uma diminuição significativa nas doações, possivelmente agravada em face do desvio dos sangues doados na fraude dos "Vampiros", desmotivando por descrédito os poucos que assim procediam.

Por outro lado, como nos encontramos de fato em uma verdadeira guerra civil, onde mais de uma pessoa morre por dia por uma "bala perdida", a necessidade da doação aumentou.

Segundo é notório, milhares de pessoas morrem por falta de sangue nos hospitais do país, havendo uma grande campanha nacional recentemente implantada pelo Governo Federal, sendo certo que as estatísticas da mortalidade ocasionada pela carência do sangue nos hospitais e nos bancos de sangue do país não é noticiada, para não causar comoção pública ou grande alarme, mas o certo é que ela é em números gritantes e assustadores, tanto assim que a idade mínima para as doações de sangue diminuiu para 16 anos, almejando, com certeza, o aumento do número de doadores.

2. A previsão constitucional da nova modalidade de pena não privativa de liberdade: as prestações sociais alternativas

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, XLVI, letra d, implantou uma nova pena alternativa, sob a inédita denominação de “prestação social alternativa”, que consiste, basicamente, na aplicação de uma pena alternativa à da prisão, e social, ou seja, que represente um benefício revertido para a sociedade.

Frise-se que tal modalidade de pena, muito embora assemelhada, não é igual à pena alternativa da prestação de serviços à comunidade, uma vez que a lei tem por um dos seus princípios básicos não conter palavras inúteis.

Em síntese, existem razões, de ordem técnica, para a nova denominação, e que consiste, a toda evidência, na criação de uma nova modalidade de pena alternativa à da prisão, quando couber.

Por outro lado, a lei também deve ser interpretada dentro das suas letras, sendo certo que a expressão “prestação social” deve ser interpretada tal como já induz o intérprete destes termos: uma obrigação – ou prestação – objetivando um benefício para a sociedade.

Desta forma, e com as minhas devidas vênias aos que têm o entendimento de que prestações sociais alternativas e prestações de serviços são as mesmas penas alternativas, meu entendimento é diverso, pelas razões simples, mas técnicas, que explano, dentro da hermenêutica, concebendo a doação de cestas básicas, bem como as doações de sangue, como nova espécie do gênero das penas alternativas.

3. A natureza jurídica das penas e a sua nova concepção social imposta por uma nova ordem mundial e constitucional: a socialização das penas alternativas como o seu principal requisito.

Atualmente, mesmo nos países liberais, podemos observar uma evidente tendência de compatibilizar, em um mesmo sistema de Estado, o capitalismo, como forma de produção, e o bem-estar social, como meta fundamental, concebendo-se a figura do denominado “Estado Social de Direito”.

Tal como leciona José Afonso da Silva no seu **Curso de Direito Constitucional Positivo**, os regimes constitucionais ocidentais prometem explícita ou implicitamente, a realização deste “Estado Social de Direito”, quando dedicam um capítulo aos Direitos Econômicos e Sociais, sendo que tanto a Constituição Federal da Alemanha, quanto a da Espanha, expressamente definem os seus respectivos Estados como sociais e democráticos de direito.

No Brasil não é diferente, uma vez que temos o Título VIII de nossa Constituição Federal dispendo sobre A Ordem Social, que tem como base “o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, dispendo sobre a seguridade social, saúde, educação, meio ambiente etc.

Ademais, frise-se que a nossa própria ordem econômica tem por base “os ditames da justiça social”, e por um dos seus princípios fundamentais a “função social da propriedade”, relativizando, expressamente, a propriedade privada.

Quanto à pena criminal esta tendência socializadora também se fez presente, uma vez que a Constituição estabeleceu no seu artigo 5, inciso XLVI, d, uma nova pena criminal, sob a denominação de “prestação social alternativa”, que consiste, basicamente, na aplicação de uma pena alternativa à da prisão, e social, ou seja, que represente um benefício revertido para a sociedade.

A pena, que nos primórdios foi concebida como um castigo ao infrator, hoje é concebida idealmente não só como ressocializadora, mas também como social e reparadora, ou seja: com um evidente fim de ser alcançada a reparação do dano causado no seio social por aqueles que transgrediram a ordem.

Esta tendência da “socialização das penas” é nova, mas não representa tão-somente uma tendência: é uma imposição de uma nova ordem jurídica constitucional escrita, e, como prova, basta atentarmos para os termos técnicos utilizados pela Constituição do Brasil, ao criar no seu artigo 5º, inciso XLVI, letra d: a “prestação social alternativa.”

Por outro lado, tal tendência mundial teve a sua literal previsão na Carta das Nações Unidas, ao impor, como um dos requisitos fundamentais das penas alternativas dos países participantes a função social de tais penas, estabelecendo as Regras Mínimas das Nações Unidas (Regras de Tóquio), para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, *in verbis*:

“É objetivo fundamental dos estados membros das Nações Unidas introduzir, nos seus sistemas jurídicos, “medidas não privativas de liberdade para proporcionar outras opções a fim de reduzir o recurso às penas privativas e racionalizar as políticas de justiça penal, tendo em consideração o respeito aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reinserção dos delinqüentes. (1.5)”.

Desta forma, além de todas estas tendências e imposições de ordem mundial, que o Brasil deve respeitar, como país membro da ONU, nunca é demais lembrarmos velhos princípios de hermenêutica, e no sentido de que a lei não contém palavras inúteis, ainda mais quando estamos nos referindo à lei maior de um país.

Enfim, está criada uma nova e tão diferente ordem mundial sobre teoria da pena criminal, e de forma forte, inovadora, causando perplexidade quando comparamos a “pena social” com a antiga concepção da pena-castigo: mas é o novo chegando, e chegando para melhor, para fazer do cumprimento da pena a prática de um grande bem para uma pessoa, para um Estado, um País: eu não tenho dúvidas quanto a isto!

4. A postura do Ministro da Justiça quanto à aplicação das penas alternativas a da prisão, quando viável tal substituição

Deve ser destacado que, ao lado das campanhas para as doações de sangue realizadas pelo Governo Federal, temos o próprio Ministro da Justiça, Márcio Tomaz Bastos, francamente estimulando a aplicação das penas alternativas para os pequenos delitos.

5. Requisitos fundamentais para a constitucionalidade da doação de sangue como pena alternativa: a voluntariedade, pela livre opção dos Supostos Autores dos Fatos diante de outras ofertas de penas, tais como doação de cestas básicas ou prestação de serviços

A doação voluntária de sangue é uma pena alternativa ou, na sua exata definição técnica, uma “prestação social alternativa”, desde que seja, como a sua própria denominação já traduz, absolutamente

voluntária, não imposta, mas indicada pelo Juiz ou Promotores, dentre outras tarefas alternativas - tais como doação de bens aos orfanatos, trabalhos em entidades governamentais ou ONGS etc - concedendo ao infrator uma opção, dentre as tarefas sociais ofertadas.

6. A inclusão social dos doadores de sangue como consequência da exteriorização da extrema solidariedade do ato

Por outro lado, a doação voluntária de sangue é tarefa de inclusão social, melhorando-os e motivando-os internamente enquanto pessoas necessárias, participantes destes atos de extrema solidariedade humana.

Quem escreve estas linhas não é uma socióloga, ou uma especialista na mente humana e nos seus conflitos, mas vivemos em um país de miseráveis, dos trabalhadores dos “Lixões”, dos catadores de papéis, e as estatísticas não mentem ao nos informar que os criminosos são os excluídos, aqueles que não tiveram pai declarado nas suas certidões de nascimento - fato que bem sei, com ex- Juíza da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro.

A auto-estima para estas pessoas é zero, mas me parece óbvio que as doações voluntárias de sangue, que salvam em média três ou mais vidas por cada doação, irá aumentar a auto-estima dos que cometeram pequenos delitos, comprovando para eles próprios como são importantes para que milhares de pessoas, ao invés de serem sepultadas pela morte causada pela falta de sangue, possam sorrir para a vida que então receberão dos delinquentes, que também podem ser úteis, caso optem por esta prestação social.

Assim, em um giro de 180 graus, os supostos autores dos fatos passam a ser verdadeiros heróis e preservadores das vidas humanas, aumentando a auto-estima, fator determinante que inviabiliza o retorno ao crime. Quem não iria se orgulhar de si próprio, se melhorar como pessoa, por proporcionar vida a quem estava beirando a morte?

7. A conveniência da aplicação desta nova modalidade de pena alternativa somente para os acusados dos crimes de menor potencial ofensivo ou, quanto a outros que não façam parte do sistema carcerário

Dentro deste contexto, de uma liberdade de escolha, esta “pena social” teve a sua previsão constitucional genérica, cabendo aos Juízes e Promotores nos Juizados Especiais Criminais a aplicarem sem medo, eis que as doações de sangue são necessárias e urgentes em qualquer lugar do país, face a crise nos bancos de sangue.

Porém, entendo-as conveniente apenas nos Juizados Criminais, e isto porque o sangue seria procedente dos acusados que cometeram crimes de menor potencial ofensivo, tais como os de injúrias, lesões corporais culposas no trânsito etc, não havendo o risco de sangue contaminado que há entre os presos do sistema prisional, e se risco há, seria igual ao existente nas doações espontâneas.

Ademais, o sangue é atestado pelo hospital, devendo os voluntários preencherem requisitos de peso mínimo, idade etc.

8. *O grande potencial de vidas a serem salvas em todo o Brasil como consequência da aplicação das doações voluntárias de sangue nos Juizados Especiais Criminais*

Particularmente, verificando os prós e os contras, o potencial de vidas a serem salvas em massa, não tive nenhum receio em implantá-la, de forma pioneira no Estado do RJ, no meu Juizado Criminal em Nova Iguaçu, e como estamos “em rede internacional com o mundo”, face à internet, tal implantação teve repercussão até mesmo em outros países, como México e a Argentina, e neste último foi noticiada em **La Voz Del Interior**.

Lamentavelmente, hoje ela deixou de ser aplicada, porque os meus Promotores passaram a concebê-la como inconstitucional, recorreram e ganharam na Turma Recursal do Rio de Janeiro, que entendeu ser tal pena inconstitucional, por ser uma crueldade para com os delinqüentes, no entender daqueles julgadores.

9. *O Juizado Especial Criminal do Paraná como o pioneiro no Brasil na implantação das doações voluntárias de sangue . O Convênio entre o órgão e o Centro de Hematologia do Paraná*

De qualquer forma, graças a Deus tal pena já foi implantada pioneiramente no Brasil e com sucesso no Juizado Criminal do Paraná em parceria com a Secretaria de Saúde do Estado e os Rotary Clubes Oeste de Curitiba e III Milênio, com a denominação “Justiça Solidária”, inclusive a “Justiça Social” foi premiada em São Paulo com o “Prêmio Qualidade Brasil 2002”, no Clube Monte Líbano.

10. *O Medo do novo e a necessária coragem para superá-lo diante das imposições de uma nova ordem jurídica social*

Realmente, o novo assusta, tudo o que rompe o sistema causa medo, sejam idéias ou pessoas, e fico eu imaginando como assustou o nosso poeta Castro Alves, escrevendo e lendo em praça pública um

“Navio Negreiro” para um sistema absolutamente cruel, mas então em curso, e que se valia dos escravos para mover a sua economia...

Por outro lado, o novo força as pessoas a pensarem no que nunca haviam pensado antes.

Porém, a aplicação desta nova pena alternativa salvará milhares de pessoas na iminência da morte, principalmente a população pobre, já que somos um país rico por natureza mas com milhões de miseráveis, sendo o sangue um “artigo de luxo” para esta nossa miserável população, sem comida, sem saúde, sem terra, sem educação...

11. O surgimento das parcerias inéditas da Justiça com o Ministério Público e o Governo Federal para a solução de um grave problema nacional: a conversão dos esforços para a obtenção do bem comum nacional.

Seria a prova, na prática, dos benefícios sociais que a Justiça e o Ministério Público poderiam realizar – só de começo - em uma verdadeira parceria de fato com o Governo Federal, promovendo o que há de mais sublime na humanidade: a possibilidade da salvação de milhares de vidas humanas, e tudo produzido dentro de um Tribunal em vez de em um hospital.

12. A efetivação desta nova pena alternativa da doação voluntária de sangue ao lado da nacionalmente consagrada doação de cestas básicas

No Brasil, apesar de algumas divergências doutrinárias iniciais, hoje se encontra implantada, como uma prática nacional, a doação voluntária de cestas básicas, o que resolve a questão da fome, que, como sabemos, é um dos mais fortes objetivos do Governo Federal.

Todos os Juizados Criminais do país adotam a doação das cestas básicas, como pena alternativa mais utilizada em todo o Brasil, em uma prática que virou “moda” entre Promotores Públicos, e Juizes de Direito.

De forma alguma questiono tal pena, ela é sublime, abastece-mos milhares de orfanatos, asilos, etc, e deve ser mantida, porque é justamente para a consagração do bem comum que trabalhamos: é o sentido da vida e o dos nossos ofícios!

Porém, existem tantos processos, tantos supostos autores dos fatos, tantas pessoas saudáveis que não podem doar alimentos, porque são pobres, ou mesmo porque preferem doar vida doando sangue, que, sem medo, posso afirmar que neste país há espaço para

estas duas penas alternativas, e até para as outras que vierem, tendo como um único pressuposto fazer o bem a quem precisa.

13. Concepções gerais sobre a doação voluntária de sangue e seus diversos âmbitos de aplicação nos Juizados Especiais Criminais, Juízos Criminais e nas Varas de Execuções Penais: como condição do SURSIS, do Livramento Condicional ou como forma de composição civil com a sociedade.

A doação voluntária de sangue, neste trabalho, é entendida e defendida como pena alternativa, e, especificamente, como a nova modalidade desta pena geral : ela aqui é concebida como uma prestação social alternativa.

Porém, diante da grandeza deste ato, também defendemos, e, especialmente, para aqueles que a entendem inviável como pena criminal – e inclusive lamentam os seus próprios entendimentos técnicos diante da grandeza do instituto que salva vidas humanas - a alternativa, para esta concepção, mais conservadora e não menos respeitável, seria o entendimento da doação voluntária de sangue como uma das condições judiciais para a concessão do SURSIS, na Vara de Execuções Penais e nos Juízos Criminais, evidentemente sendo aceita sem coação pelos apenados, dentro de outras ofertas de condições razoáveis e viáveis, para serem escolhidas e cumpridas pelos mesmos, e, inclusive, com a estipulação prévia da substituição da medida por outra, caso o apenado desista, não queira ou não possa mais doar sangue.

A legalidade da doação de sangue voluntária, como condição judicial, está prevista no Código Penal, quanto ao SURSIS, no seu artigo 79, *in verbis*:

“... A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e a situação pessoal do apenado.”

Na Vara das Execuções Penais, além da competência do Juiz, para a concessão do SURSIS, poderá também o magistrado fixar a doação de sangue como condição do Livramento Condicional, nos termos do artigo 132, parágrafo 2º, que estabelece algumas condições da medida, dentre outras possíveis de serem impostas, no que tal rol não é taxativo.

Estabelece o referido artigo, *in verbis*:

*“...Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, **entre outras obrigações**, as seguintes:*

a) *Não mudar de residência sem comunicação ao juiz...*” (Grifos nossos)

Por outro lado, as doações de sangue em tudo equivalem a um labor, podendo haver a remissão da pena privativa da liberdade por cada doação de sangue realizada pelos presos do sistema penal, e em um percentual maior, diante da repercussão do ato, que por cada vez salva três ou mais vidas.

De qualquer forma, pelos motivos já expostos, por uma questão de cautela, não sou favorável à aplicação das doações voluntárias de sangue para os presos do sistema carcerário, mas, juridicamente, é incontestável o seu cabimento.

Quanto à suspensão do processo, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, há idêntica previsão no artigo 89, parágrafo 2º da Lei 9.099/95, *in verbis*:

“...O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.”

Por outro lado, diante da nova concepção social das medidas, penais ou não, e diante da manifesta busca legal para a reparação dos danos, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, temos a expressa previsão da composição civil no artigo 74 da Lei 9.099/95.

A composição civil nos JECRIMS, a princípio, seria cabível somente para os crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação, por força do entendimento do parágrafo único do artigo 74 da Lei 9.099/95, que não a proíbe expressamente nos crimes de ação penal pública incondicionada, mas somente menciona o efeito da renúncia, em havendo a composição, para a queixa ou representação.

Porém, com as devidas vênias aos que pensam em contrário, entendo também possível a composição civil nos crimes de ação penal pública, pois a lei ordinária não poderia ferir o “Princípio da Igualdade”, que é constitucional, excluindo do seu âmbito de aplicação o crime de ação penal pública incondicionada, já que todos eles são conceituados como de pequeno potencial ofensivo...

Por outro lado, na forma do artigo 62 da Lei 9.099/95, a reparação civil é uma metas fundamentais desta lei, no que não pode haver contradições na interpretação das suas normas, ainda mais quando não existe proibição expressa!

Frise-se ser este o entendimento do Juiz Joaquim de Almeida Neto, em exercício na única Turma Recursal dos JECRIMS do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em recente decisão.

Assim, poderá haver a composição civil dos danos para com a sociedade, que é a principal vítima dos crimes de ação penal pública incondicionada, através da “composição social” da doação voluntária de sangue, ou outra, útil à sociedade, e obediente à mundial diretriz da socialização das medidas judiciais no Direito Penal.

14. Conclusões

Por tudo, acredito, dentro da técnica jurídica, não haver qualquer impedimento para a aplicação da doação voluntária de sangue, de alguma forma, uma vez que ela pode ser concebida como pena, para os mais “progressistas”, ou como condição do SURSIS, do Livramento Condicional e da Suspensão do Processo, para os mais conservadores ou, por fim, até mesmo como uma forma de Composição Civil com a Sociedade: enfim, há um infundável âmbito de aplicação, dentro do Direito Penal, nos Juizados Especiais Criminais, no Juízo Criminais e nas Varas de Execuções Penais, possibilitando a salvação de milhares de vidas humanas!

Afinal, qual seria o sentido das nossas vidas, enquanto profissionais do Direito, ou mesmo como pessoas que vivem em uma sociedade necessitada, em um dado momento da existência deste planeta, que não buscar soluções para os males da vida, nas nossas famílias, no nosso trabalho, no nosso Estado, no nosso país?

Não seria este o sentido mais verdadeiro e nobre da nossas vidas: a busca do bem?

Não estou escrevendo este artigo como cristã, apesar desta idéia “das doações voluntárias de sangue” ter me surgido repentinamente, ao olhar casualmente a imagem do Cristo ensangüentado – e acreditar também que nada é por acaso – mas, mesmo como uma técnica do Direito, consegui unir três parcelas da minha personalidade: a cristã, a pessoal e a de Juíza de Direito!

As doações voluntárias de sangue viabilizam a resolução de um enorme problema, ainda maior do que a fome: elas viabilizam a vida para aqueles que, sem elas, morreriam, no que elas são impreteríveis para a preservação da vida da população pobre do Brasil, já que só

eles, de uma forma geral, morrem por esta falta, porque os não excluídos compram sangue, fazem campanhas nas rádios, etc, apesar de também morrerem, se a necessidade do sangue for imediata...

Meu Deus, quantas pessoas morreram por falta de sangue enquanto eu estava terminando de escrever este artigo nesta manhã?

Não sei, mas espero que, de alguma forma, esteja contribuindo para que estes índices diminuam, com a prática efetiva e sem medo desta nossa nova ordem jurídica constitucional, e mundial, impondo uma obrigação social para aqueles que realizaram um mal!

Então, a doação voluntária de sangue, como pena alternativa, como remissão de pena de prisão, como condição do SURSIS etc, não seria um caso a se pensar, e também a se aplicar?☞

CONTROLE ABSTRATO E PREVENTIVO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS: AÇÃO INIBITÓRIA

Denise Nicoll Simões de Sousa
Juíza de Direito do TJ/RJ.

QUESTÃO

Analisando as soluções consagradas pelo legislador português e pelo brasileiro no âmbito do controle judicial abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, verifica-se que nem todas as hipóteses foram contempladas de forma satisfatória, permanecendo sem solução a questão referente à eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* da decisão judicial que declara nula determinada cláusula, no tocante a todas as empresas estipulantes de uma mesma atividade econômica, como é o caso, por exemplo, dos contratos de seguros, contratos bancários, de locação financeira (*leasing*), de prestação de serviços públicos essenciais, e outros.

A questão pode anunciar-se nos seguintes termos: *No que toca às ações inibitórias, de que forma se poderão estender os efeitos da coisa julgada a agentes econômicos que não tenham feito parte da lide, mas que estejam na mesma situação do demandado?*

Admita-se, por hipótese, que a Seguradora X venha a ser condenada, através de ação *inibitória* proposta pelo Ministério Público, a retirar das suas condições gerais as cláusulas 1 e 2, declaradas nulas, nos termos da legislação específica. Admita-se, ainda, que há outra

empresa, a Seguradora Y, que tem as mesmas cláusulas e que as utiliza em seus contratos. Nesta esteira, pergunta-se, poderá o consumidor aderente invocar a anterior decisão inibitória contra a Seguradora Y? Poderá a Seguradora Y continuar a utilizar as cláusulas exatamente iguais àquelas que foram declaradas nulas?¹

A extensão dos efeitos do caso julgado no tocante às empresas não demandadas nas ações inibitórias (coletivas) é fenômeno ainda relativamente pouco tratado pelos juristas, quer portugueses quer brasileiros, vez que não há expressamente definida a hipótese nos diplomas que regem a matéria em foco.

A solução encontrada por quem tem sido confrontado com a questão da extensão subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas é a de limitar a eficácia *ultra partes* da sentença proibitiva somente a quem pode invocá-la – *qualquer pessoa que venha a celebrar contrato com a empresa demandada poderá invocar a decisão inibitória* – mas só valerá contra esta empresa *demandada*. Tal solução foi consagrada pela legislação portuguesa (Decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro)² e pelo Código de Defesa do Consumidor Brasileiro³. E assim é porque a limitação da coisa julgada às partes é princípio inerente ao *contraditório* e à *ampla defesa*, na medida em que o terceiro, *juridicamente prejudicado*, deve poder opor-se à sentença desfavorável, exatamente porque não participou da lide.⁴

Dessa forma, na hipótese fática acima descrita, a sentença proferida contra a Seguradora X não poderá ser invocada contra a outra empresa, em razão da limitação do caso julgado. Porém, esta solução não nos parece a mais adequada, pois impressiona que uma empresa que tenha as mesmas cláusulas consideradas abusivas possa continuar a utilizá-las até que seja condenada numa outra ação inibitória. Importa, por isso, investigar medidas legislativas mais eficazes para superar este inconveniente, a fim de buscar a efetiva proteção da ge-

¹ Questão suscitada por Antonio Pinto Monteiro, "O Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão", **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Janeiro 2002, p. 111/142.

² Artigo 32º.

³ Artigo 103.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto**, 7ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 832.

neralidade das pessoas que se encontrem perante cláusulas contratuais gerais abusivas.

A solução da questão passa pela ponderação e análise de alguns institutos do direito processual, mais precisamente sobre o caso julgado⁵ e sua extensão subjetiva nas ações coletivas. Merece, ainda, algumas breves considerações a respeito das cláusulas contratuais gerais, da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, âmbito no qual se situa a questão em tela.

Não pretendo fazer um estudo desenvolvido dos contratos *standardizados*, pois muito haveria a escrever. Proponho-me apenas a fazer uma sucinta abordagem sobre alguns aspectos do controle preventivo das cláusulas contratuais gerais, sobretudo pôr em destaque as dificuldades práticas para a efetiva proteção do aderente, especialmente dos consumidores.

IMPORTÂNCIA E ATUALIDADE DO TEMA

O tema referente ao controle das *cláusulas contratuais gerais* é bem atual, no Brasil, em Portugal e na quase totalidade dos países, e está diretamente relacionado à liberdade contratual, na medida em que este modo de contratação típico da sociedade industrial moderna (*de consumo*) elimina consideravelmente as negociações prévias entre as partes (liberdade de estipulação ou conformação do conteúdo do contrato).

Com efeito, não mais prevalece como dogma o absolutismo da autonomia da vontade, diante da constatação de que a igualdade entre as partes contratantes é, na maioria dos casos, apenas teórica e formal. As mudanças da economia fizeram surgir novas fórmulas de contratação, em razão da massificação dos contratos, até por necessidade de agilidade no trato jurídico destas questões. É o direito se amoldando à agilidade do mundo dos negócios. E este intenso tráfico jurídico faz nascer a necessidade de uma interpretação mais consentânea dos contratos, dada a evidente relatividade na manifestação da vontade das partes contraentes, mormente nos *contratos de adesão*.

Nesse tipo de contratação a terminologia adotada é variada – *contratos de adesão, condições gerais dos contratos ou cláusulas*

⁵ Na legislação brasileira o fenômeno da imutabilidade da sentença de mérito denomina-se coisa julgada material.

contratuais gerais, contratos “standard” ou contratos em série. O legislador português optou pela designação de *cláusulas contratuais gerais*⁶, regulando a matéria no Decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro, com as modificações introduzidas pelo Decreto-lei nº 220/95, de 31 de Agosto (transpõe a Diretiva nº 93/13/CEE, de 5 de Abril, sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores) e pelo Decreto-lei nº 249/99, de 7 de Julho (completou a transposição da diretiva no que se refere à extensão do diploma legal às cláusulas inscritas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o eventual aderente não pode influenciar).

No Brasil, a matéria é regulada no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) no que respeita ao controle das *cláusulas abusivas* (artigo 51) e à sistemática dos *contratos de adesão* (artigo 54). Também no Código Civil, em vigor desde 10 de Janeiro de 2003, o artigo 424 dispõe sobre *contratos de adesão*.

As expressões *contrato de adesão* e *cláusulas contratuais gerais* são utilizadas freqüentemente para indicar o fenômeno da contratação em massa, mas existe uma pequena distinção entre elas. Ambas têm as características essenciais: *pré-disposição, unilateralidade e rigidez*, ou seja, as cláusulas são previamente redigidas por uma das partes (*predisponente*), sem possibilidade da outra parte (*aderente*) alterá-las (*contratos de adesão em sentido estrito*).

Porém, quando estamos diante da elaboração prévia de cláusulas que irão integrar o conteúdo de todos os contratos a celebrar no futuro (*generalidade*), seja com quem for (*indeterminação*), trata-se de *cláusulas contratuais gerais* (*contratos de adesão em sentido amplo*).

Essa forma de contratação, embora indispensável para a sociedade de consumo, uma vez que permite responder às necessidades de racionalização, planejamento, celeridade e eficácia da atividade contratual em massa das empresas, levanta problemas de três ordens, a saber: no plano da *formação do contrato*, aumenta o risco de o aderente desconhecer as cláusulas que irão integrar o negócio; no plano do *conteúdo contratual*, havendo o risco de incluírem cláusulas abusivas; e, por fim, no plano *processual*, na medida em que mos-

⁶ Jose de Oliveira Ascensão prefere falar em *cláusulas negociais gerais* – **Direito Civil Teoria Geral**, Vol. III, Coimbra, Editora, 2002, p. 213.

tra a inadequação e insuficiência do normal controle judicial, que é feito sempre a *posteriori* e depende da iniciativa do lesado⁷.

Por tais razões, foram consagradas pelo legislador português formas de *controle* das cláusulas contratuais gerais ao nível: a) da *formação do acordo*, com vistas a afastar o risco de desconhecimento das cláusulas inseridas no contrato singular, com a imposição ao predisponente de um dever de comunicação e informação⁸; b) do *conteúdo contratual*, com a proibição de cláusulas abusivas; c) ao nível *processual*, com a consagração da ação inibitória⁹ de caráter abstrato e preventivo, dotando o Ministério Público e, em certos termos, outros órgãos e associações, de legitimidade para sua propositura.¹⁰

É somente na hipótese de contratação através de *cláusulas contratuais gerais*, onde estão presentes todas as características – *pré-disposição, unilateralidade, rigidez, generalidade e indeterminação* – que se verifica o controle abstrato e preventivo¹¹, ou seja, antes e independentemente da sua concreta ou efetiva inclusão em contratos singulares.

Assim, ao lado do controle judicial *incidental* (no âmbito do litígio referente a determinadas cláusulas incluídas no contrato efetivamente celebrado entre as partes), foi introduzido pelo legislador um controle judicial *em abstrato*, com a finalidade de afastar do cenário jurídico cláusulas iníquas, proibindo o estipulante de incluí-las em contratos futuros.

⁷ MONTEIRO, Antonio Pinto, “Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais”, **Revista da Ordem dos Advogados**, Ano 62, Lisboa, Janeiro 2002, p. 111/142.

⁸ Esses deveres estão previstos no Decreto-lei 446/85, nos artigos 5º e 6º.

⁹ Artigos 25º e seguintes, do Decreto-lei 446/85. No que respeita ao Brasil, o controle preventivo das cláusulas contratuais gerais também é feito pela via judicial, através de ação civil pública pela iniciativa do Ministério Público ou dos demais órgãos legitimados (artigo 82 do CDC).

¹⁰ Por força da Lei de Defesa do Consumidor portuguesa (Lei nº 24/96, de 31 de Julho), têm ainda legitimidade para propor ação inibitória os consumidores diretamente lesados (artigo 13º).

¹¹ O controle preventivo pode ser realizado por órgãos administrativo ou pelo poder judicial. O legislador português optou pelo controle judicial. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, nos parágrafos 3º do artigo 51 e 5º do art. 54, previa o controle administrativo e abstrato do Ministério Público, com caráter *geral e cogente*, mas tais dispositivos foram vetados pelo Presidente da República, que optou por um controle essencialmente judicial, como é a tradição do direito brasileiro – cfr. Claudia Lima Marques, **Contratos do Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações de consumo**, 4ª ed., São Paulo, RT, 2002. Porém, “continuam em vigor as disposições sobre o inquérito civil, poderoso instrumento de prevenção e de composição de conflitos de consumo, que continuará sendo utilizado pelo Ministério Público no desempenho de seus misteres institucionais” – Nelson Nery Junior, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**... op. cit. p. 467.

Consagrou-se no direito português, com a finalidade preventiva para proteção dos *direitos difusos e coletivos* dos aderentes, notadamente dos consumidores, o sistema da ação inibitória.¹²

Como anteriormente mencionado, têm legitimidade ativa para a propositura da ação inibitória, além do Ministério Público, associações de consumidores, associações profissionais ou de interesses econômicos legalmente constituídas, atuando no âmbito de suas atribuições¹³ (artigo 26º, do Decreto-lei nº 446/85). A Lei de Defesa do Consumidor portuguesa estendeu a legitimidade ativa “aos consumidores diretamente lesados” (art. 13).¹⁴

As entidades detentoras da legitimidade *ad causam* ativa “*actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada*” (artigo 26º, n. 2). A leitura do dispositivo em exame pode levar à conclusão de que o legislador adotou a tese da *substituição processual*, que tem como corolário a produção da coisa julgada perante o terceiro substituído, o que não ocorre na hipótese das ações inibitórias quando a decisão for desfavorável ao aderente, conforme veremos adiante.

No que diz respeito à legitimidade passiva, estão sujeitos a esta ação não apenas o predisponente, mas também as entidades que recomendem o uso de cláusulas gerais para um determinado setor da atividade empresarial. Cumpre salientar que a ação inibitória pode ser intentada, em conjunto, contra várias entidades que utilizem ou recomendem *as mesmas cláusulas contratuais gerais ou cláusulas substancialmente idênticas* (art. 27º, nº 2).

¹² O presente trabalho tem como base a ação *inibitória* consagrada no Direito Português, razão pela qual serão citados os dispositivos legais do respectivo Decreto-lei. Porém, as considerações a respeito do controle judicial preventivo são aplicáveis, em certos termos, à ação civil pública para defesa dos interesses difusos ou coletivos dos consumidores, consagrada no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

¹³ SÁ, Almeno de, **Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas**, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 79.

¹⁴ Almeno de Sá considera esta regra de alcance prático duvidoso e questionável, “não só face ao amplo e criterioso círculo de entidades para tanto já legitimadas por aquela primeira lei, como também por não parecer adequado erigir o consumidor singular numa espécie de curador de interesses supra-individuais”, *op. cit.* p. 80. No Código de Defesa do Consumidor o legislador brasileiro excluiu a legitimação individual para a tutela do consumidor a título coletivo.

O legislador adotou outras medidas tendentes a dar mais eficácia ao controle *abstrato e preventivo* das cláusulas contratuais gerais, estabelecendo neste domínio, uma *sanção pecuniária compulsória*¹⁵ para a hipótese de o predisponente ou de a entidade que recomendem as cláusulas não respeitarem a proibição definitiva decretada pelo tribunal. Consagrou, igualmente, a eficácia *ultra partes* da decisão favorável ao consumidor (*aderente*), mas só contra a empresa condenada na ação inibitória.¹⁶ Instituiu o *registro das decisões judiciais* que tenham proibido o uso ou a recomendação de determinadas cláusulas contratuais gerais, ficando o Tribunal obrigado a remeter ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça¹⁷ cópia das referidas decisões, no prazo de 30 dias, após o trânsito em julgado. Além do registro, também é obrigatória a *publicitação da sentença condenatória* às expensas do vencido, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determinar, nos termos do artigo 30º, nº 2.¹⁸

Mesmo admitindo que tais medidas criam uma espécie de “efeito de precedente”, que confere, de fato, a cada uma das decisões uma força irradiante sobre o fenômeno das condições gerais do contrato¹⁹, a questão da utilização das mesmas cláusulas gerais proibidas por outra empresa que não tenha sido demandada permanece sem solução. Se a empresa não demandada utilizar em suas cláusulas contratuais gerais as mesmas cláusulas consideradas nulas pelo tribunal, *como o consumidor, com quem efetivamente esta empresa contratou, poderá buscar a declaração de nulidade dessas cláusulas abusivas?*

Ao meu sentir, só há uma maneira de assegurar a uniformidade da decisão proibitiva, no caso figurado, que se está a examinar. É subordinar o juiz do processo movido por esse consumidor ao caso julgado formado na anterior ação inibitória. Dessa forma, não se corre o risco de quebrar a uniformidade da decisão.

¹⁵ Artigo 33º.

¹⁶ Artigo 32º.

¹⁷ SÁ, Almeno de, **Clausulas Contratuais Gerais** e..., op. cit., p. 118.

¹⁸ A obrigatoriedade de dar publicidade à proibição respeitante a cláusulas contratuais gerais consideradas abusivas resulta da alteração introduzida pelo artigo 11º, nº 3, da Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24/96). Pela regra prevista no artigo 30º, nº 2, do DL 446/85, a publicidade da sentença depende de pedido expresso do Autor.

¹⁹ Conforme entendimento de Almeno de Sá, op. cit., p. 119.

A solução, todavia, oferece obstáculo de ordem técnica – a extensão dos efeitos do caso julgado material a quem não foi parte no processo, sem que haja previsão legal, e com ofensa aos princípios *do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*.

É nesse contexto que se torna imperiosa a *adoção de novas normas processuais* a fim de estender o caso julgado material, formado no primeiro processo, a quem nele não figurou como parte passiva.

A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS OU INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

A questão em exame está centrada nas ações coletivas, especificamente no que toca ao controle *abstracto e preventivo* das cláusulas contratuais gerais, e se desenvolve no âmbito da tutela jurisdicional dos direitos ou interesses difusos e coletivos, especialmente dos consumidores.²⁰

Nesse sentido, considerando os interesses *difusos e coletivos* como um caminho a permitir um acesso mais democrático à justiça, é preciso que sejam fixados alguns pontos, a fim de permitir a concreta efetivação da tutela jurisdicional desses direitos.

Pontos como a legitimação para agir, os limites do caso julgado nas demandas coletivas, as espécies de sanções, fazem crer que os novos direitos que ora se implementam têm características muito próprias, sendo de se admitir que a concepção tradicional do processo já não comporta os contornos que esse tipo de ação reclama. Assim, buscou-se construir um regime adequado às suas especialidades e que pudesse dar soluções às suas particularidades.

Nessa esteira, a legitimação *ad causam* ativa nas ações coletivas foi matéria que gerou certa complexidade na doutrina, na medida em que houve a necessidade de superação do paradigma individualista que obstava a tutela jurídica dos interesses difusos e coletivos.²¹ Para

²⁰ O Código de Defesa do Consumidor brasileiro define interesses ou direitos difusos como: “os *transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indetermináveis e ligadas por circunstância de fato*” (art. 81, parágrafo único, I); e interesses ou direitos coletivos como aqueles “*transindividuais de natureza indivisível que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*” (art. 81, parágrafo único, II).

²¹ Pela concepção tradicional, somente os titulares determinados ou ao menos determináveis de um direito ou interesse subjetivo teriam direito à tutela jurídica.

afastar tal dificuldade, o legislador português, com base em normas consagradas nas Constituições hodiernas, optou por conferir legitimidade para agir a entidades associativas de defesa dos interesses coletivos e difusos.²² Assim é que, designadamente, as associações de defesa dos interesses dos consumidores, e outros, têm legitimidade para a ação inibitória do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais.

Outra dificuldade encontrada para a efetividade da tutela jurisdicional dos interesses *difusos e coletivos* foi a questão referente à extensão do caso julgado a todos os interessados individuais que não participaram da lide. Para superar este inconveniente, o DL 446/85, de 25 de Outubro, no artigo 32º, nº 2, adotou o regime de caso julgado *secundum eventum litis*, segundo o qual somente o caso julgado favorável aproveita ao terceiro, sendo-lhe inoponível a decisão desfavorável.²³

Enfim, inúmeras foram as renovações ocorridas no plano do processo para assegurar a efetiva tutela dos interesses difusos e coletivos, especialmente dos consumidores. De um modelo processual individualista a um modelo mais social, transformaram-se conceitos jurídicos estratificados, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do Ministério Público e do juiz, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo.²⁴

Porém, as inovações processuais introduzidas pelo legislador não enfrentaram a questão proposta. Em que pese a solução adotada pelo legislador para a extensão subjetiva do caso julgado nas ações coletivas, a não-oponibilidade do julgado proibitivo a outras empresas estipulantes que utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas gerais frustra a necessidade de uniformização das decisões nas ações

²² Sobre o tema ver José Lebre de Freitas, **Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil**, Coimbra Editora, 2002, p. 415/429. A doutrina clássica procurou justificar a legitimidade dos entes coletivos adotando, inicialmente, a tese da representação: as associações representam todos os interessados individuais, ainda que não associados. Uma segunda posição lançou mão da idéia da substituição processual: à associação cabe, por via duma legitimação processual extraordinária, atuar por conta dela, substituindo os membros da coletividade na persecução do interesse coletivo. Atualmente existe uma tendência no sentido de reconhecer à entidade associativa legitimação ordinária, sustentando que agiria ela na persecução de seus próprios interesses institucionais – Cfr. Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.* p. 833.

²³ Igualmente, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro consagrou para as ações coletivas o regime da extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis* (art. 103) – Cfr. Ada Pellegrini Grinover, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado...**, *op. cit.* p. 836.

²⁴ Cfr. Ada Pellegrini Grinover, “Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos”, *apud* Kazuo Watanabe, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado...**, *op. cit.* p. 725.

coletivas, de caráter declaratório, abstrato e geral, além de impor ao consumidor aderente um excessivo ônus, obrigando a rediscutir a matéria, sem poder opor a eficácia do caso julgado a ele favorável. É para esta situação que importa encontrar um meio adequado para superar os obstáculos de ordem processual.

LEGITIMIDADE PASSIVA NAS AÇÕES INIBITÓRIAS

Como já mencionado, o legislador português estabeleceu a possibilidade de coligação de demandados (artigo 27º, nº 2). Tal possibilidade de litisconsórcio, ao meu sentir, caracteriza, na realidade, a hipótese de litisconsórcio *unitário*, portanto *necessário*, o que, em tese, torna obrigatória a inclusão no pólo passivo de todas as entidades que utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas contratuais gerais, mormente no caso de contratos-padrão de determinados setores da atividade econômica, pois não se concebe que num controle *em abstrato*, determinada cláusula seja declarada abusiva (nula) para uns e que permaneça válida para outros predisponentes. Quando o litisconsórcio é unitário, a uniformidade da decisão tem que ser preservada, a fim de evitar decisões conflitantes.

Todavia, tal imposição traz sérios inconvenientes para a efetividade e celeridade processual, pois, além de retardar consideravelmente a tutela jurisdicional dos direitos *coletivos ou difusos* do consumidor, uma vez que a pluralidade de réus significa, na maioria das vezes, pluralidade de advogados, com prazos distintos, pode, ainda, impedir a propositura da respectiva ação, tendo em vista a dificuldade de se identificarem todos os predisponentes que utilizem as mesmas cláusulas gerais ou cláusulas substancialmente idênticas.

Vejamos então mais de perto a questão dos limites subjetivos do caso julgado e as hipóteses expressamente previstas e reguladas na lei, para apurar e identificar as dificuldades que ela nos impõe na busca de soluções para o problema suscitado.

LIMITES SUBJETIVOS DO CASO JULGADO

A questão se resume em saber a quem atinge a imutabilidade do caso julgado, isto é, quem está proibido de voltar a discutir as matérias decididas na sentença de mérito e que recebeu a imutabilidade. A *regra geral* aplicável à eficácia subjetiva do caso

julgado é a de que este só produz efeitos em relação às partes. Somente as partes que intervieram ou tiveram a oportunidade de intervir no processo, para defender seus interesses, podem ser atingidas pelo caso julgado. E assim é em atenção aos princípios *do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*.²⁵

Porém, duas observações a respeito da identidade das partes devem ser mencionadas, uma vez que não é a simples identidade física das partes que acarreta tal efeito; na realidade, é necessário que as partes sejam as mesmas sob o ponto de vista de sua *qualidade jurídica*. Dessa forma, os *sucessores* das partes, quando ocuparem a mesma posição que, ao tempo, elas ocuparam, estarão sujeitos à eficácia do caso julgado. Da mesma forma, o *representado*, na hipótese de representação legal ou voluntária, será atingido pelo caso julgado, eis que parte é o representado e não o representante. Nestes dois casos, não há que se falar em ampliação *ultra partes* do julgado.

Também convém distinguir entre os efeitos da sentença, que opera *erga omnes* como definidora da situação jurídica estabelecida entre as partes, e a imutabilidade desses efeitos, que é o caso julgado e que só atinge as partes.

Como foi dito, os efeitos da sentença podem atingir terceiros, conforme o grau de dependência da sua relação jurídica com a relação jurídica das partes definida pela decisão transitada. Mas, em qualquer caso, a eles não se estende a eficácia do caso julgado. Neste sentido, podemos distinguir várias categorias de terceiros: a) *terceiros juridicamente indiferentes*, não sofrem nenhum prejuízo jurídico com a decisão contida na sentença proferida entre as partes, embora possa afetar a sua consistência prática ou econômica; b) *terceiros juridicamente interessados*, com interesse igual ao das partes, como, por exemplo, ocorre quando o dono do imóvel tem conhecimento que A e B disputam a propriedade desse imóvel e que A ganhou a demanda: nesta hipótese o terceiro que não participou da demanda poderá, através de

²⁵ Tais princípios decorrem do artigo 20º da Constituição da República Portuguesa, que consagra, além do direito de ação, o direito de defesa, o direito a um processo equitativo, com observância do princípio fundamental do contraditório e da igualdade de armas – cfr. José Lebre de Freitas, *op. cit.* p. 416. No que respeita ao direito brasileiro, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa foram consagrados como direitos fundamentais no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

ação própria, buscar seu direito contra a parte vencedora. Na verdade, o terceiro tem que respeitar a decisão que definiu A como proprietário, propondo a ação contra ele (efeitos da sentença), mas como a imutabilidade do caso julgado só atinge as partes, poderá obter numa nova ação a proclamação de seu direito de propriedade; c) *terceiros com interesse jurídico subordinado* são titulares de relações jurídicas dependentes da definida entre as partes: neste caso, o terceiro, embora tenha interesse diferente, terá que respeitar os efeitos da decisão, porém terá ação própria para defesa de seu eventual interesse específico. É o caso, por exemplo, do fiador ou da seguradora perante a sentença que define a dívida ou a indenização entre as partes.

Nas duas últimas hipóteses, o terceiro poderá discutir em ação própria toda a matéria discutida pelas partes, pois não está sujeito à eficácia do caso julgado, havendo, por isso, a possibilidade de gerar sentença contraditória em relação à sentença anterior. Em razão da possibilidade de conflito entre as decisões, o que não é desejável, a lei processual prevê a reunião dos processos, quando possível, no caso de conexão, a possibilidade de intervenção de terceiros (oposição, assistência etc.). Se, mesmo assim, não for possível evitar decisões contraditórias, o artigo 675º do Código de Processo Civil português determina o cumprimento da primeira decisão que passar em julgado.

Em todas as situações acima citadas, verifica-se que somente os efeitos da sentença podem atingir terceiros, porém a imutabilidade da decisão transitada permanece restrita às partes.

Convém ressaltar que a situação das empresas estipulantes que não integraram o pólo passivo na ação inibitória não está configurada em nenhuma das situações examinadas anteriormente.

Todavia, a doutrina identificou duas situações onde se poderia admitir a extensão do caso julgado a terceiro – quando sejam titulares de relações *paralelas* ou *concorrentes* à definida na sentença. No primeiro caso, podemos citar o exemplo dos devedores ou credores solidários, na ação de cobrança da dívida. Nesta modalidade, a extensão do julgado só será possível quando a sentença for favorável a todos, conforme se depreende do artigo 359º do CPC.²⁶

²⁶ VARELA, Antunes, **Manual de Processo Civil**, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1985, p. 729. Da mesma forma, no direito brasileiro a decisão desfavorável a um credor solidário não se estende aos demais, conforme artigo 274 do novo Código Civil.

No segundo caso (*relações concorrentes*), como, por exemplo, na hipótese do co-proprietário que não interveio na ação relativa à coisa comum instaurada por outro co-proprietário, a lei exige a intervenção de todos os titulares do interesse em discussão, sob pena de extinção do processo por ilegitimidade. Estamos diante da figura do litisconsórcio *unitário*, portanto, *necessário*. Porém, a lei pode dispensar a intervenção de todos os legitimados, conferindo a legitimidade somente a um dos co-titulares ou até mesmo concedendo *legitimidade extraordinária* a um *substituto processual*, possibilitando que o caso julgado se estenda aos restantes, para evitar decisões conflitantes.

É nessa modalidade que podemos vislumbrar a questão colocada no presente trabalho.

Com efeito, conforme mencionado, na hipótese da pluralidade de empresas que predisponham e utilizem as mesmas cláusulas contratuais gerais, o interesse em ver reconhecida a legalidade das condições gerais é *comum e indivisível*, ensejando, dessa forma, o litisconsórcio passivo necessário.

Assim, para afastar as dificuldades que ensejam a pluralidade de réus nas ações inibitórias e, ao mesmo tempo preservar a uniformidade da decisão, permitindo a extensão do caso julgado a todos interessados, podem-se utilizar as técnicas tradicionais da *substituição processual ou da representação*, pelas quais os co-titulares são processualmente *substituídos ou representados* pela pessoa ou ente legitimado, como acontece para certas associações profissionais, quanto à legitimação para defesa dos interesses dos associados e em outras tantas situações semelhantes, nomeadamente na legitimidade ativa das ações coletivas.

Nesse sentido, necessário analisar a natureza jurídica da atuação de eventual órgão legitimado: *representação legal* ou *substituição processual* (legitimidade extraordinária), tendo em vista as diferenças desses dois institutos. Feito isto, necessário, ainda, identificar qual a pessoa ou ente que teria essa legitimidade.

REPRESENTAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

De fato, a natureza jurídica da atuação do eventual órgão legitimado merece um exame mais cuidadoso, uma vez que os institutos da *representação* e da *substituição processual* têm contornos próprios que acarretam importantes consequências jurídicas para os titulares dos interesses em jogo.

Na representação (legal ou voluntária) o representante atua em nome do representado, que continua sendo parte no processo – o representante atua em nome alheio sobre direito alheio; quem suporta as despesas processuais, inclusive de sucumbência é a parte, no caso, o representado; a atuação do representante exclui a do representado, que fica submetido à eficácia do caso julgado. A representação resulta da lei, como é o caso dos pais que representam os filhos menores impúberes. Daí se conclui que a representação, em geral, supõe uma impossibilidade jurídica do interessado, como incapaz de cumprir atos da vida civil. Pode, ainda, resultar de ato voluntário, como na hipótese do mandato. É sob a ótica da representação de todos os legitimados que podem ser superadas as garantias constitucionais do *contraditório* e da *ampla defesa*, na medida em que sendo o representado parte no processo, o julgado não atuaria propriamente *ultra partes*.

Por outro lado, na substituição o substituto processual age, em *legitimação extraordinária*, em seu próprio nome, como parte, na defesa de um direito alheio; a atuação do substituto, em regra, não exclui a do legitimado ordinário. “A legitimação extraordinária é conferida excepcionalmente ao substituto, para exigir do juiz um pronunciamento sobre direito ou estado alheio, por motivos especiais de conveniência, que se fundam *quase sempre* na existência de um vínculo entre uma situação subjetiva e a situação que se submete, como objeto do juízo, à apreciação do órgão judicial. Em termos mais restritos, costuma-se salientar que ‘o substituto processual está legitimado para fazer valer em juízo o direito alheio, porque entre ele e o substituído existe uma relação ou situação de direito substancial em virtude da qual, através do exercício do direito do substituído, o substituto vem a satisfazer um interesse individual dele próprio.”²⁷

Como já mencionado, a legitimação extraordinária pode ser *exclusiva*: quando a lei atribui legitimidade a um terceiro, eliminando a dos titulares da relação, que seria o legitimado ordinário; ou *concorrente*: quando a lei admite a legitimidade concorrente dos legitimados ordinários. Cumpre ressaltar que, embora a legitimidade

²⁷ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, **Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos**, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 83/84.

extraordinária seja, em princípio, exclusivamente ativa, não há qualquer impedimento legal para que seja admitida a figura do substituto processual no pólo passivo.

Da mesma forma como acontece na representação, o substituído suporta os efeitos da imutabilidade da sentença, na medida em que o direito ou interesse em causa é do substituído, o qual, conseqüentemente, tem sua relação jurídica decidida com força do caso julgado. Neste sentido, também não haveria ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.²⁸

Dos dois institutos, entendo que a *substituição*, com a legitimidade extraordinária de uma pessoa ou ente determinado, cuja intervenção seria obrigatória, sob pena de não ser estendida a eficácia do caso julgado a todas as empresas predisponentes, seria o adequado para ultrapassar os inconvenientes da pluralidade de réus na ação inibitória, garantindo a uniformidade da decisão proibitiva. Penso que deveria permanecer a legitimidade ordinária das empresas diretamente interessadas. Isto porque, na substituição processual, a possibilidade de legitimação concorrente das empresas mantém o equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos, que estão em jogo.

PESSOA OU ENTE LEGITIMADO

A questão referente ao órgão que teria legitimidade extraordinária para responder, juntamente com as empresas, nas ações inibitórias do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais, também merece atenção. Isto porque não seria lícito exigir das empresas a criação de associações para defesa de seus interesses.

Dessa forma, acredito que essa legitimidade poderia ser exercida pelas entidades ou órgãos públicos com competência para limitar a autonomia privada, como acontece com os contratos-tipo de seguro, apreciados e aprovados pelo Instituto de Seguros de Portugal, com os contratos-tipo de locação financeira mobiliária e imobiliária, aprovados pelo Banco de Portugal e nos outros setores da atividade econômica. Com efeito, é no âmbito dos contratos-padrão desses tipos de atividades que se verifica uma necessidade maior de controle abstrato e preventivo.

²⁸ Sobre a sujeição tanto do substituto como do substituído ao caso julgado, vejam-se as remições bibliográficas sugeridas por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, op. cit., em nota 16, p. 83.

Por outro lado, a intervenção obrigatória desses órgãos poderia evitar o prolongamento desnecessário da lide, uma vez que, como a fiscalização dessas atividades é atribuição do próprio órgão legitimado, verificada a existência de cláusulas abusivas, poderia ele determinar de imediato, através de normas regulamentares, a alteração das cláusulas contratuais gerais de todas as empresas, com a possibilidade de homologação judicial de eventual acordo, cuja eficácia do caso julgado seria extensiva a todas as empresas do respectivo setor.²⁹

A legitimação extraordinária concorrente das entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada seria, ao meu sentir, a solução que melhor atenderia a necessidade de uniformização das decisões proibitivas das ações inibitórias, sem ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

OUTRA VIA DE SOLUÇÃO

Embora acreditando que a figura da substituição processual seja a mais adequada, existe, ainda, a possibilidade de intentar a ação inibitória contra uma empresa determinada, com pedido de *citação por edital*, de forma genérica, de todas as empresas que utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas contratuais gerais impugnadas para, querendo, apresentarem resposta. Para essas empresas citadas por edital, seria nomeado um *curador especial*, com legitimação extraordinária para defesa de seus interesses, vez que na hipótese de citação ficta não se verificam os efeitos da revelia. Nesta hipótese, o caso julgado não atuaria *ultra partes*, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo mecanismo de chamamento do réu a juízo nas ações coletivas de caráter preventivo e abstrato, aderente às novas exigências da sociedade moderna, tendo em vista as características desse tipo de contratação.

²⁹ Entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 10.05.2001, referente à ação inibitória proposta pelo Ministério Público, que o fato de a Ré ter deixado de incluir nas condições gerais dos contratos de seguro as cláusulas impugnadas pelo Ministério Público, em razão da determinação posterior do Instituto de Seguros de Portugal, não seria causa superveniente de inutilidade da lide, confirmando, neste aspecto, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. O fundamento da decisão foi exatamente a falta de garantia da imutabilidade da exclusão das cláusulas, bem como a necessidade de extensão dos efeitos específicos do caso julgado a terceiros, como a publicidade da sentença inibitória. Tal situação não estaria presente caso o Instituto de Seguros de Portugal integresse a lide, como litisconsorte necessário. (cópia do inteiro teor no anexo jurisprudencial).

A citação por edital de todas as empresas que integram o mesmo setor da atividade econômica, apesar de ficta ou presumida, uma vez válida e completada, teria o mesmo valor processual da citação real, gerando sentença com força de caso julgado e força executiva sem qualquer restrição. Isto significa que na hipótese de alguma empresa citada por edital utilizar cláusulas declaradas abusivas estaria sujeita ao caso julgado, bem como à sanção pecuniária fixada na sentença, se efetivamente vier a infringir a proibição definitiva.³⁰

CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido neste trabalho teve como objetivo tentar soluções positivas e adequadas ao problema da extensão da eficácia do julgado proibitivo a todas as entidades que predisponham e utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas contratuais gerais ou cláusulas substancialmente idênticas e que não tenham pessoalmente integrado a relação processual.

A primeira solução seria a utilização do instituto da substituição processual, com a legitimação extraordinária das entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada, vinculadas ao setor da atividade econômica da empresa demandada. A legitimidade do ente legitimado não afastaria a legitimidade originária das empresas e, sua inclusão no pólo passivo seria obrigatória (litisconsórcio necessário).

A segunda solução seria a citação por edital de todos os agentes econômicos, com a nomeação de um curador especial para defesa dos interesses dos réus citados por edital que não intervierem no processo.

Acredito que os dois mecanismos processuais sugeridos seriam aptos a superar as dificuldades apontadas, havendo, todavia, que aprofundar o estudo da matéria, pois não pretendi, como disse no início, fazer um estudo exaustivo, mas sim destacar sucintamente os termos e as coordenadas das propostas de solução da questão enunciada.

³⁰ Em Portugal, a questão da validade da citação por edital dos interessados incertos é controvertida, entendendo alguns autores, designadamente Antunes Varela, que a citação por edital nestes casos é uma forma precária de chamamento do réu, defendendo “a tese de que, para efeito do caso julgado, os interessados incertos que, não obstante terem sido citados, não intervieram efectivamente na acção, não chegam a ser partes no processo”, fundamentando seu entendimento no artigo 105º do Código Civil, do qual se extrai o princípio geral correspondente.- *op. cit.* p. 723. No mesmo sentido, Manuel A. Domingues de Andrade, **Noções Elementares de Processo Civil**, Coimbra Editora, 1993, p. 310/311.

De todo modo, haverá que se prosseguir o caminho aberto pela ação inibitória para o controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, eis que a sentença que declara nula determinada cláusula funciona na prática como decisão normativa, atingindo o predisponente em contratações futuras, proibindo-o de concluir contratos futuros com cláusulas proibidas judicialmente. Do contrário, não teria nenhum sentido a tutela coletiva e difusa do aderente, *especialmente dos consumidores*. ☐

A INCOMPATIBILIDADE DA RESSALVA DO ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC COM O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Maurício Chaves de Souza Lima
Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. Introdução

A recente Emenda Constitucional nº 45/2.004, que tratou da chamada “Reforma do Poder Judiciário”, com o objetivo declarado de conferir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, de exercer maior controle sobre a administração da Justiça e de tornar mais amplo o seu acesso, entre outras significativas mudanças, introduziu no rol do art. 5º da Constituição da República mais um direito fundamental, o direito a que o processo, judicial ou administrativo, termine em um prazo razoável.

Certamente muitos juristas se incumbirão de dar os exatos contornos do novo direito, esmiuçando todos os efeitos que ele trará para a ordem jurídica pátria, o que o tempo relativamente breve desde a promulgação da nova emenda ainda não permitiu que fizessem. No entanto, o objetivo do presente trabalho circunscreve-se a apontar somente um desses efeitos, que já se faz sentir e é da maior importância: a ressalva do parágrafo único do art. 14, do CPC, adicionado à

norma processual pela Lei 10.358/01, que livra os procuradores das partes das sanções pela prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição, não foi recepcionada pelo novo texto constitucional.

2. O Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo

A velocidade das decisões proferidas pela Justiça desde sempre e mais ainda agora, num mundo globalizado, no qual as pessoas exigem solução rápida, quando não imediata, para seus problemas e necessidades, constituiu um desafio para o legislador.

Há muito tempo que as nossas leis, aqui e acolá, vêm incorporando ao seu texto, principalmente na forma de princípio geral, o direito a um processo rápido, vale dizer, à entrega da prestação jurisdicional num prazo razoável e adequado ao tempo em que vivemos e à complexidade da causa.

O Código de Processo Civil, norma que já ultrapassa trinta anos de existência, em seu art. 125, II, dispõe competir ao juiz velar pela rápida solução do litígio. Corolário disto, o seu art. 17, incisos IV e VII, qualifica como litigante de má-fé aquele que opõe resistência injustificada ao andamento do processo ou que interpõe recurso manifestamente protelatório. Seguindo essa mesma trilha, a Lei Orgânica da Magistratura, Lei Complementar 35/1.979, definiu como deveres do magistrado não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar, decidir ou despachar e determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais. Mais recentemente, a Lei 9.099/95, que dispôs sobre os Juizados Especiais, no seu art. 2º, de modo expresso, se referiu ao critério (princípio) da celeridade como orientador do procedimento que ela estatuiu. Esses são apenas alguns exemplos.

Portanto, não seria correto dizer que o constituinte trouxe alguma novidade ao mundo jurídico ao *constitucionalizar* o direito à duração razoável do processo. A preocupação com a celeridade sempre houve e sempre haverá, sem abandono, é claro, da boa técnica processual e da necessidade de imprimir um mínimo de segurança na relação processual. Na verdade, o maior mérito do constituinte foi o de elevar tal direito à categoria de direito fundamental, de maneira a afastar a incidência das normas infraconstitucionais com ele incom-

patíveis que, apesar de tudo, existem em razoável número espalhadas em nosso sistema.

Abra-se parêntese para dizer que a redação do art. 5º, LXXVII, foi particularmente feliz, notando-se a preocupação do constituinte reformador de assegurar não só o direito à rapidez do processo, como também os meios que o garantam¹, o que mais ainda abona a conclusão que se avizinha.

3. A Norma do Parágrafo Único do Art. 14, do CPC

As importantes modificações empreendidas no Código de Processo Civil ao longo dos últimos anos demonstram também a aspiração do legislador ordinário de dar ao processo civil maior carga de efetividade, vale dizer, de dar maior celeridade e justiça à prestação jurisdicional.

Nesse aspecto, a Lei 10.358/2.001 ofereceu importante contribuição ao acrescentar ao art. 14, do CPC, um inciso e o seu atual parágrafo único, tipificando a conduta de opor resistência aos comandos judiciais como ato atentatório ao exercício da jurisdição e sujeitando o seu infrator à sanção pecuniária a reverter em favor do erário estadual ou federal, conforme se estabeleça e se desenvolva a relação processual perante órgão jurisdicional pertencente ao Estado ou à União Federal.

Para a melhor compreensão do leitor, é a seguinte a redação do dispositivo legal alterado pela Lei 10.358/2.001:

“Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

.....

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo Único. Ressaldados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais,

¹ É a seguinte a redação do art. 5º, LXXVIII, da CR: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação.”

civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.”

Quis, assim, o legislador que qualquer pessoa, seja parte ou não, que oponha sua vontade à vontade do Estado manifestada num provimento jurisdicional, erguendo barreiras à sua concretização, fosse apenada com o pagamento de uma multa em proveito do ente estatal.

A respeito deste dispositivo, Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes² recorda que “é dever da parte (ou de todos que participam do processo) não criar embaraços à efetivação das decisões judiciais” bem assim que “(...) a parte viola o dever estabelecido nesse dispositivo quando descumpre a ordem que lhe foi dirigida (como na hipótese do art. 461, § 4º) ou quando cria dificuldade para que se operem os efeitos de qualquer decisão judicial.”

Posição pacífica na doutrina é a de que o dever criado no inciso V do art. 14 encampa não só os provimentos de natureza mandamental, mas também os que tenham natureza antecipatória ou final, ou seja, todos os provimentos judiciais estão alcançados pelo âmbito de proteção da norma.

Sem necessidade de maiores digressões, é óbvio que aquele que viola esse dever, e aqui a conexão com o direito à razoável duração do processo, claramente está a solapar a celeridade do processo, na exata medida em que, pensemos no processo de conhecimento, a parte vencedora não pode dispor do bem da vida cuja tutela se pretende, razão que a levou a ajuizar uma ação e enfrentar as vicissitudes do processo, enquanto não cumprido o provimento jurisdicional que acolheu a sua pretensão.

Por outro lado, é perfeitamente possível que o advogado de um dos demandantes possa, com a sua conduta, criar embaraço à efetivação do provimento jurisdicional, infringindo o comando da norma.

Basta lembrarmos a situação em que um mau advogado faz carga dos autos, deixando de devolvê-los à serventia no prazo legal,

² In **Comentários às Alterações no Código de Processo Civil**, 1ª edição, Ed. Roma Victor, p. 17.

com isso impedindo que a parte contrária deflagre a execução do julgado que lhe foi favorável. Ou ainda a hipótese, infelizmente tão observada na praxe forense, de interposição de apelação vazia de argumentos, visando somente à obtenção do efeito suspensivo, com que de regra esta espécie recursal é dotada, inibindo a eficácia da sentença e por via oblíqua, para utilizar a linguagem da lei, a própria efetivação do provimento. Também não são raros os incidentes manifestamente infundados provocados por alguns advogados, como p. ex., suscitar matéria já transitada em julgado ou repetir questão já decidida nos autos. Há, inclusive, um registro pitoresco de que, em uma comarca do interior do Estado do Rio de Janeiro, um advogado foi surpreendido por serventuário da Justiça no momento em que engolia peças dos autos com vistas a inviabilizar o cumprimento de ordem judicial que ia de encontro aos interesses do seu assistido.

De fato, a prática está a demonstrar que alguns maus advogados, com o assentimento ou não dos seus clientes e, geralmente, quando assumem a posição de defesa dos interesses do réu, procedem temerariamente com o claro intuito de postergar a entrega da prestação jurisdicional ou de impedir a concreção da decisão judicial. A despeito disso, o legislador desconsiderou tal realidade para, sob o pretexto de assegurar a independência funcional dos advogados, isentá-los da sanção prevista no parágrafo único do art. 14, quando forem eles os autores do *contempt of Court* ³.

A premissa evidentemente não é verdadeira, pois a liberdade e independência de que os advogados precisam e devem ter no exercício da sua profissão de modo algum pode se entender atingida com a possibilidade de sofrerem a imposição de uma multa pela prática comprovada de um ato doloso que objetiva tornar mais lenta, ineficiente ou mesmo de efeito anódino a prestação jurisdicional. Pelo contrário, os maiores interessados na aplicação dessa multa devem ser os advogados éticos, qualificados, a fim de que sejam expurgados do mercado os profissionais de baixa qualidade, resgatando a classe dos advogados o prestígio de antanho que a má formação, moral e profissional, de alguns colaborou decisivamente para erodir.

³ Na linguagem do direito norte-americano o equivalente ao nosso "ato atentatório ao exercício da jurisdição."

E mesmo se não fosse por isso, a conduta inconseqüente do advogado, prejudica o colega *ex adverso*, que vê o direito do seu cliente ferido, sem dispor de qualquer mecanismo legal para inibir, ou depois dela praticada, punir o infrator no seio da relação processual.

Para além disso, é interesse público, que se sobrepõe ao interesse de qualquer particular ou corporação, que a justiça seja ministrada eficientemente, sob pena de se fomentar no seio da população descrédito no Poder Judiciário que, no dizer de William Santos Ferreira, “tem na força moral o seu maior alcance.”⁴

A imunidade do advogado não é e nunca foi absoluta, segundo entendimento vitorioso da jurisprudência dos nossos Tribunais. Sucumbe quando o ato do advogado for ilícito, ferir direitos de terceiro ou se apartar do exercício da advocacia dentro dos limites impostos pela ordem jurídica.

Por tais razões, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier⁵, com acerto, já sustentavam, antes da promulgação da emenda constitucional nº 45/2.004, a inconstitucionalidade do dispositivo por violação ao princípio isonômico, não havendo qualquer razão séria para se criar um *discrimen* em favor da classe dos advogados.

Infelizmente, a tese não contaminou parte significativa da doutrina, que fechou os olhos para o problema, deixando de analisar o dispositivo sob o prisma da sua adequação à Constituição.

No entanto, agora, à luz da emenda constitucional nº 45/2.004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao rol dos direitos fundamentais, assegurando a todos o direito à razoável duração do processo e, ainda mais, os **meios que garantam a celeridade de sua tramitação**, não há mais como deixar de se observar a incompatibilidade do dispositivo com a Constituição.

Com efeito, a norma constitucional não teria a efetividade que ela deve alcançar se se admitisse que o advogado lançasse mão, no curso da relação jurídica processual, de artifícios visando impedir o cumprimento de uma decisão judicial e ficasse impune no plano dessa relação, sujeitando-se apenas à aplicação de uma demorada e incerta pena disciplinar por parte do seu órgão de classe.

⁴ In **Aspectos Polêmicos e Práticos da Nova Reforma Processual Civil**, Ed.Forense, 1ª edição, p. 32.

⁵ In **Breves Comentários à Segunda Fase da Reforma do CPC**, Ed. RT, 2ª edição, p. 37

A sanção pecuniária em desfavor do patrono da parte constitui exatamente um dos meios a garantir a celeridade da tramitação do processo, a que alude o recém criado inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição da República, na medida em que a possibilidade de aplicação de multa é freio inibidor, talvez o único, de condutas antiéticas por parte do advogado que objetivem retardar o desfecho do processo ou arrefecer ou retirar a imperatividade do comando emergente das decisões judiciais.

Portanto, negar a aplicação de penalidade ao advogado faltoso com o dever de lealdade processual, quando a falta tipificar o ato atentatório ao exercício da jurisdição, é tangenciar a regra constitucional que assegura a todos um processo rápido e os meios que garantam a rapidez da tramitação.

Na interpretação da norma constitucional, como adverte Alexandre de Moraes⁶, citando ensinamento de Celso Ribeiro Bastos, a primeira finalidade básica é justamente “garantir o máximo de efetividade do texto magno, consagrando sua força normativa e garantindo a interpretação de todo o ordenamento jurídico em conformidade com as suas normas”.

Assim, estaria a norma constitucional recebendo o máximo de efetividade ou estaria o direito fundamental do indivíduo de ter um processo célere respeitado se o juiz estivesse impedido de aplicar a multa do parágrafo único do art. 14, do CPC na hipótese já citada do advogado que interpõe recurso manifestamente protelatório ou ainda quando suscita um incidente no processo baseado em mentiras apenas para impedir o cumprimento de uma decisão judicial?

4. Conclusão

Os advogados são atores fundamentais no processo, contribuindo imensamente para se evitar o arbítrio, para que se respeitem às liberdades públicas e os direitos assegurados às pessoas. Não por outro motivo proclama a Constituição da República, em seu art. 133, a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça. Natural, assim, que possuam deveres éticos à altura da dignidade da função que exercem.

⁶ In *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, Ed. Atlas, 2 edição, p. 104.

O argumento de que a independência do advogado estaria comprometida vingando a orientação que aqui se defende não convence. A imunidade do advogado não é valor absoluto (não existem valores absolutos) e não pode subsistir senão quando apresentar relação de causalidade com o correto exercício profissional. Fora dos limites da causa, violando direitos alheios não se mantém. O princípio não pode dar abrigo à conduta ilegal.

O Supremo Tribunal Federal, com relação à inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício profissional, já decidiu que ela não tem caráter absoluto. A Corte Constitucional inclusive suspendeu liminarmente a eficácia de dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. A hipótese em foco, portanto, reclama solução idêntica. A imunidade do advogado quanto à pena do parágrafo único, do art. 14, do CPC não encontra guarida na Constituição.

É certo, desse modo, que os advogados estão sujeitos, senão pelo princípio da igualdade, mas certamente pelo direito fundamental à razoável duração do processo, à imposição da multa a que se refere o parágrafo único, do art. 14, do CPC, quando a sua conduta importar em ato atentatório ao exercício da jurisdição. A ressalva contida no dispositivo da lei processual, que isentava os advogados da sanção nele prevista, não foi recebida pelo novo texto constitucional.

Está o juiz autorizado, inclusive, a aplicar a penalidade de ofício, não carecendo esperar o requerimento da parte prejudicada, pois um processo rápido, além de corporificar um direito fundamental da parte, constitui interesse do Estado, que deve distribuir justiça da forma mais efetiva possível.

É clara a vontade da Constituição de garantir aos destinatários do serviço judicial a boa administração da Justiça.

Incumbe, pois, aos juízes, que juraram velar pela observância da Constituição, dar efetividade à norma constitucional, aplicando os meios ao seu alcance com firmeza e responsabilidade. ▣

ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E REFORMA PROCESSUAL

Luis Fernando Schuartz

Professor da Escola de Direito da FGV, Rio de Janeiro.

1 - INTRODUÇÃO

As pesquisas de opinião – incluindo as dos especialistas e profissionais diretamente envolvidos – indicam ser necessária, em nosso país, uma reforma normativa e institucional que torne mais eficiente o funcionamento da Justiça. Nas discussões acerca de alocação de culpas e responsabilidades, que fatalmente acompanham o diagnóstico, predomina o ânimo anti-poderes públicos, mas o bom senso e, sobretudo, o espírito democrático, recomendam posturas mais esclarecidas e menos enviesadas. Como já notou Joaquim Falcão, cada um de nós é um pouco responsável por este estado de coisas. O presente artigo é uma provocação neste mesmo sentido, pois trata de problemas de mau desempenho da função jurisdicional decorrentes, em última instância, das decisões de agentes econômicos enquanto partes em uma lide, e em particular, do que poderíamos denominar “*abuso do direito de defesa*”. Um objetivo adicional do artigo é apresentar parâmetros para mudanças legislativas voltadas a desincentivar esta modalidade de prática abusiva.

O pano de fundo para a exposição está formado, de um lado, pelos dados recentemente divulgados a respeito da concentração da demanda por serviços prestados pelo Judiciário do Rio de Janeiro e os Juizados Especiais Federais em um pequeno conjunto de empresas que figuram como réis em um número significativo de ações baseadas em idênticos fundamentos de fato e de direito, nas quais, em regra, são derrotadas; e, de outro lado, pela suposição de que, por detrás deste fato, há o cálculo racional de agentes que apostam em estratégias procrastinatórias ao constatarem que os custos totais impostos pelo sistema jurídico são inferiores aos benefícios financeiros gera-

dos por um problema de lentidão da Justiça que as mesmas estratégias contribuem para acentuar. Além disto, tendo em vista as discussões em curso sobre formas jurídicas eficazes de solução deste problema, a análise que segue tomará como hipótese de trabalho uma proposta de texto legal que enfrenta o problema por meio da atribuição, ao juiz, de poder discricionário para majorar o ônus da sucumbência do réu, *i.e.*, do percentual sobre o valor da causa ou da condenação que este deve pagar em caso de derrota, até um certo limite previamente fixado, sem a previsão de sanção propriamente dita a ser imposta seja ao réu, seja a seu representante legal. Um texto correspondente a este tipo de proposta, elaborado recentemente por um grupo de juristas renomados e que será tomado adiante como representante de uma classe, é o seguinte:

“Nos casos de multiplicação de ações contra mesmo réu, baseada em idênticos fundamentos de fato e de direito, e sendo aquela reiteradamente sucumbente, o juiz poderá, motivadamente, elevar o valor dos ônus de que dispõe o artigo 20 [do Código de Processo Civil] até o limite de 50% do valor da causa ou da condenação”

A exposição tem início com uma descrição de uma situação típica de decisão que busca ressaltar seus aspectos *estratégicos*, mais precisamente, os *problemas individuais porém inter-relacionados de decisão* enfrentados por cada um dos principais protagonistas da situação, basicamente: o Advogado, o Cliente e o Juiz. Um modelo relativamente simples que cumpre esta função descritiva é apresentado no item 2 abaixo. Este modelo é então modificado, no item 3, para dar conta da hipótese de que a prática do abuso do direito de defesa esteja em boa medida motivada pelo interesse do Cliente em *desestimular*, por meio da construção de reputação do tipo ***tough player***, o acesso *potencial* ao Poder Judiciário por parte de indivíduos outros que não aqueles envolvidos diretamente na questão ***sub judice***. O item 4, finalmente, apresenta três sugestões para eventuais inovações normativas voltadas à solução do problema da alocação de incentivos no sentido da realização da finalidade legal, que passem pelo reconhecimento de que uma norma dotada das características mencionadas acima não seria suficiente para estes fins.

2. O MODELO SIMPLES

O modelo simples descreve a situação original como problema de decisão que envolve três agentes, no qual os *resultados individuais* associados às decisões de cada agente estão condicionados às decisões dos demais agentes. Tais resultados individuais, associados às diferentes *combinações* possíveis de decisões dos três agentes, permanecerão indefinidos *quantitativamente*. Na verdade, sua definição dependerá justamente de qual seja a *resposta* que o sistema jurídico venha a oferecer à prática que se deseja desincentivar, resposta que aparece ao longo do artigo como *incógnita*, e não como dado. Não obstante, as informações disponíveis permitem conclusões interessantes do ponto de vista qualitativo, que podem, eventualmente, ser futuramente completadas, precisadas e quantificadas caso isto se mostre necessário.

Os *agentes* são, conforme já antecipado, o Advogado, o Cliente e o Juiz. Os primeiros contam, cada um, com duas *decisões possíveis*: o *Advogado* recomenda ao Cliente defender-se (AR), ou não defender-se (ANR); o *Cliente* defende-se (CD), ou não se defende (CND)¹. O *Juiz*, por sua vez, pode acolher (JA) ou não acolher a defesa (JNA), e punir (JP) ou não punir (JNP) o Cliente e o Advogado por prática de abuso do direito de defesa. A *ordem das decisões* e as *informações* disponíveis para cada agente no momento em que é chamado a decidir estão caracterizadas como segue: o Advogado faz a sua avaliação preliminar acerca da classificação jurídica da defesa enquanto protelatória ou não protelatória, bem como das chances de êxito da defesa, e recomenda a defesa ao Cliente se a avaliação for “positiva”. O Cliente, partindo daí, decide se vai se defender ou não. Possivelmente, o Cliente seguirá a recomendação do Advogado, mas normalmente sem saber se a recomendação é adequada ou inadequada do ponto de vista da satisfação dos seus interesses individuais. Estas duas hipóteses são incorporadas ao modelo mediante a definição de duas distribuições de probabilidade. A incerteza *do Cliente* no que se refere à adequação da recomendação do Advogado está refletida na sua expectativa de que tal recomendação seja adequada

¹ Entenda-se que a alternativa de decisão “não defender-se” refere-se não apenas à aceitação, pelo Cliente, da validade da pretensão formulada pelo demandante, mas inclui ainda a opção pela negociação bilateral.

O círculo vazio no centro da figura marca simbolicamente o ponto em que se determina, juridicamente, se a defesa seria ou não protelatória. Por hipótese, o Advogado sabe, em razão de seu conhecimento jurídico, qual das duas possibilidades se verifica, mas o Cliente não sabe. O Advogado faz então a sua recomendação ao Cliente baseado na sua avaliação dos efeitos líquidos, para si próprio e para o Cliente, associados a cada possível alternativa de ação. Os símbolos **A**, **C** e **J**, postos ao lado, sob ou sobre os “nós de decisão”, indicam o agente que será chamado a decidir no correspondente nó. Os símbolos AR, CD, JP, etc. representam as alternativas de decisão disponíveis a cada agente em cada nó de decisão. As linhas tracejadas simbolizam o fato de que o Cliente não sabe ao certo se está na parte de cima ou na parte de baixo da árvore quando é chamado a decidir se vai defender-se, ou seja, o fato de que o Cliente, ao decidir, não sabe se a defesa é ou não protelatória. As linhas densas ressaltam as *combinações* das decisões de Advogado, Cliente e Juiz que gostaríamos de *evitar* de uma perspectiva social, pois resultam de erros de avaliação e/ou decisão que afetam negativamente a qualidade da prestação jurisdicional e a performance do Poder Judiciário. Os pontos de interrogação, finalmente, são lembretes de que os *resultados* – direta ou indiretamente – associados às combinações socialmente indesejáveis têm que ser definidos de maneira a *desincentivar* as decisões dos três agentes que formam tais combinações.⁴

Para ilustrar, tomemos o caso em que a defesa é protelatória e o Advogado, não obstante, avalia que os ganhos líquidos esperados para si próprio e o Cliente, associados à apresentação da defesa, são positivos, e recomenda que o Cliente se defenda. O Cliente, que atribui probabilidade p ao evento no qual é adequada a recomendação do Advogado (*i.e.*, no qual é correta a avaliação de que a defesa satisfaz os *seus* interesses individuais), seguirá a recomendação do Advogado com probabilidade q . É razoável assumir que q depende de p e é diretamente proporcional a p , *i.e.*, quanto maior for p , maior será q , e quanto menor for p , menor será q . Suporemos que p está

⁴ A análise que segue está fortemente simplificada pela suposição de que o Juiz está *exclusivamente* orientado na maximização da qualidade da prestação jurisdicional e na performance do Poder Judiciário (seja quais forem os índices por meio dos quais as mesmas forem medidas).

próximo de q mas é diferente de q , de maneira que sempre existirá uma chance de o Cliente decidir de uma forma contrária à recomendação feita pelo Advogado – eventualmente, por acreditar que a recomendação do Advogado se explica exclusivamente pelos efeitos positivos que a defesa produzirá do ponto de vista dos interesses do Advogado. O Juiz, por sua vez, tem que decidir se aceita ou não a defesa e, neste caso, se pune ou não o Cliente por abuso do direito de defesa. Do ponto de vista do Advogado e do Cliente, existirá então uma probabilidade r de o Juiz acolher a defesa e, logo, uma probabilidade $1 - r$ de o Juiz não acolher a defesa, sendo que, nesta última hipótese, existirá também uma chance de punição, que Advogado e Cliente estimam em $1 - s$ (recorde-se que s é a probabilidade de o Juiz decidir não punir). As probabilidades r e s , vale sublinhar, representam a incerteza (comum, por hipótese) do Advogado e do Cliente acerca do modo como o Juiz, *segundo seu próprio convencimento*, decidirá a respeito da defesa. Portanto, é plausível imaginar que as referidas probabilidades serão determinadas, fundamentalmente, pelo grau de precisão e completude com que a lei (ou mais geralmente, o direito positivo) regular as questões relevantes para a decisão. Em particular, quanto mais precisa e completa a linguagem da lei no que toca à definição das condições necessárias e suficientes para a punição do Cliente, menor a incerteza do Cliente e do Advogado acerca do modo como o Juiz decidirá esta questão e, conseqüentemente, mais próximo de 1 (ou de 0, conforme o caso) o valor de s . Voltando ao exemplo, se imaginarmos que r é suficientemente próxima de 0, i.e., que é suficientemente elevada a probabilidade de o Juiz não acolher a defesa (recorde-se que a hipótese é de que, na avaliação do Advogado, a defesa vale a pena, para si e para o Cliente), temos então que a racionalidade, seja da decisão do Advogado de recomendar a defesa, seja da decisão do Cliente de defender-se, dependerá especialmente do valor de s e da análise dos custos e benefícios que cada um, Advogado e Cliente, espera realizar nos casos de punição e de não punição. A idéia é determinar tais parâmetros de maneira que um agente racional (Advogado ou Cliente), refletindo *ex ante* a respeito dos custos e dos benefícios esperados, associados à decisão de recomendar a defesa / defender-se, decida, nestas circunstâncias, não recomendar a defesa / não defender-se. Assim, por exemplo, trabalhan-

do o sentido da lei para que se torne mais claro e unívoco, pode-se eventualmente fazer s tender a 0, *i.e.*, $1 - s$ tender a 1, de forma a que o Advogado e o Cliente estejam *certos* ou quase certos da punição no caso de a sua prática verificar as condições estabelecidas para que seja tratada juridicamente como abusiva. Um outro passo seria estimar, em média, para Advogado e Cliente, os benefícios esperados associados à prática que se deseja desincentivar. No caso do Cliente, os benefícios incluem, obviamente, os possíveis rendimentos alcançáveis por meio da aplicação financeira do capital necessário à satisfação da obrigação da qual originou-se a controvérsia; e no caso do Advogado, os honorários advocatícios e a eventual participação nos benefícios (incluindo os financeiros) viabilizados pela estratégia procrastinatória.

A descrição da situação de decisão nos termos de um modelo como o apresentado tem a vantagem de iluminar certos aspectos estratégicos da situação que deveriam ser levados em conta em qualquer análise que pretenda responder à pergunta sobre a adequação de uma dada proposta normativa enquanto meio eficaz para o aprimoramento da qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário. Alguns destes aspectos são intuitivos, outros não. Entre os últimos, é interessante destacar o modo como variações no valor do parâmetro s , a probabilidade atribuída pelo Advogado e o Cliente à decisão do Juiz de não punir, podem afetar o valor de parâmetros relevantes para as decisões do Advogado e do Cliente – e, por esta via, estas decisões mesmas – que condicionam e devem ser tomadas anteriormente à decisão final do Juiz. A estrutura do modelo nos instiga a especular acerca do que ocorreria, na análise do caso particular discutido acima, na hipótese de s aproximar-se de 0 em razão de um aumento do grau de precisão e completude da norma jurídica que define condições para a identificação de defesas protelatórias enquanto tais e a punição da prática do abuso do direito de defesa. Agora, seria certo ou quase certo, *tanto* para o Advogado, *como* para o Cliente, que as defesas protelatórias serão percebidas enquanto tais e devidamente punidas pelo Juiz. Como este estado de conhecimento é resultado de uma redução das zonas de indeterminação do texto normativo, é de se esperar que se reduza o número das avaliações incorretas por parte do Advogado e, com isto, também a incerteza *do Cliente* com relação à adequação da recomen-

dação do Advogado, *i.e.*, que o valor de p aumente e aproxime-se de 1. Isto, por sua vez, faria com que a probabilidade q de o Cliente seguir a recomendação do Advogado aumentasse.

Uma conclusão que pode ser inferida deste raciocínio relativamente simples é que, dado um texto normativo que seja suficientemente claro e livre de ambigüidades, um parâmetro chave para desincentivar a prática do abuso do direito de defesa é a punição a ser imposta ao Advogado na forma de imposição de uma sanção. Ainda que, em determinados casos, a preocupação do Advogado com a preservação de sua reputação possa bastar para impedi-lo de recomendar defesas protelatórias que ele sabe, quase ao certo, que não serão aceitas e serão punidas, a previsão de uma sanção pode funcionar como critério decisivo, sobretudo se considerarmos (i) os incentivos pecuniários que o Advogado “horista” possui no sentido de maximizar a quantidade das horas trabalhadas para o Cliente, (ii) a ausência de certeza *completa* quanto aos destinos da defesa, e ainda, (iii) o fato de uma parte significativa dos Clientes atribuir valor positivo justamente a – e a reputação de uma parte significativa dos Advogados ser construída e sustentar-se justamente sobre – características do tipo “jamais desiste”. Por outro lado, a imposição de uma sanção ao Advogado vai ficando cada vez mais problemática à medida em que aumenta o grau de imprecisão e ambigüidade da lei e, com este, a incerteza em relação à decisão do Juiz, pois, neste caso, tendem a crescer a propensão do Juiz ao erro, a insegurança do Advogado quanto à sua própria recomendação, a incerteza do Cliente quanto à adequação da recomendação do Advogado, e a hesitação do Cliente em seguir a recomendação do Advogado (*i.e.*, tende a crescer a diferença entre os valores de p e q). Mesmo que, como ocorre em alguns casos, a confiança depositada pelo Cliente no Advogado seja sólida o bastante para reprimir impulsos críticos e hesitações, inclusive – e sobretudo – diante de resultados radicalmente incertos e indeterminados, não parece ser aconselhável a previsão de sanção para o Advogado sob condições de imprecisão e ambigüidade do texto legal. O principal fator neste sentido está na elevada probabilidade de erro judicial, da adoção pelo Juiz de postura excessivamente conservadora ou mesmo omissa com relação à aplicação da norma e, em conseqüência, de que a norma torne-se completamente ineficaz.

3. “JOGANDO DURO” E O MODELO MODIFICADO

Neste item, será introduzido um novo elemento na estória que dá suporte ao modelo do item 2, e que conduzirá à sua modificação. A incorporação deste elemento adicional torna o modelo um pouco menos transparente mas, eventualmente, mais realista. O novo elemento é a preocupação do *Cliente* com os efeitos *dinâmicos* associados à decisão de *não defender-se* em um caso concreto. Especialmente no caso daquelas empresas que têm que responder, potencialmente, a uma quantidade muito elevada de demandas judiciais, o incentivo para defender-se pode explicar-se pela necessidade de criar e estabilizar uma reputação de **tough player** ante os demandantes potenciais, a fim de desestimulá-los a buscar o Poder Judiciário para fazer valer seus direitos. Para dar conta desta motivação, o modelo original deverá ser modificado em duas frentes.

A primeira modificação está na entrada em cena de um novo tipo de agente, qual seja, uma *população P de demandantes potenciais*, onde $P = \{p_1, p_2, \dots, p_n, \dots\}$, e cada elemento de P , *i.e.*, cada, com $i = 1, 2, \dots$, é um proponente potencial de uma futura ação judicial contra o *Cliente*. A segunda modificação tenta capturar o aspecto dinâmico da situação de decisão, *i.e.*, o fato de a decisão a ser adotada pelo *Cliente*, em cada ação judicial, depender dos seus efeitos esperados sobre a propensão dos demandantes potenciais de ingressarem em juízo contra o *Cliente*. Este fato pode ser modelado da seguinte forma. Suponhamos, para simplificar, que as demandas não ocorram simultaneamente (embora isto não seja necessário para validar o raciocínio) e que seja dada uma situação de decisão tal como a ilustrada na Figura 1 acima, *i.e.*, suponhamos que alguém, que denotaremos por p_{0i} , ingressou em juízo contra o *Cliente*. A situação é a da Figura 1, *salvo* no que toca aos efeitos esperados da decisão do *Cliente*. Quanto a estes, a expectativa é de que (i) a decisão do *Cliente* de *defender-se* funcione como sinalização, aos demandantes potenciais, de que o *Cliente* está disposto a *jogar duro*, e que tal sinalização seja *determinante* para que uma quantidade não desprezível de demandantes potenciais decida *não acionar* o *Cliente*; e, (ii) por outro lado, a decisão do *Cliente* de *não defender-se* sinalize, aos demandantes potenciais, que o *Cliente* está disposto a *ceder*, e que tal sinalização seja *determinante* para que uma quantidade não des-

prezível de demandantes potenciais decida *acionar* o Cliente. A consequência mais relevante em termos do cálculo do *resultado líquido* da decisão do Cliente é que, no lado dos *custos*, deve ser contabilizada a despesa total incorrida pelo Cliente com os pagamentos a fazer a uma certa quantidade de demandantes potenciais cuja decisão de acionar o Cliente *está condicionada* pela decisão do Cliente de não defender-se em casos semelhantes, e que, do lado dos *benefícios*, deve ser contabilizada a economia produzida pela decisão de uma certa quantidade de demandantes potenciais de não acionar o Cliente *em virtude da* decisão do Cliente de defender-se em casos semelhantes.

Voltando à Figura 1, suponhamos que a situação por ela representada coloca-se após a propositura de uma ação judicial por um certo demandante, digamos. Suponhamos ainda que, na avaliação feita pelo Advogado, qualquer defesa será meramente protelatória, e que o Cliente está certo de que a avaliação do Advogado é correta. O Cliente, ao ser chamado a decidir, enfrenta um problema completamente novo. Se o Cliente defender-se, ele suportará os riscos (elevados, por hipótese) de não acolhimento da defesa e punição pelo Juiz na ação de e nas ações subseqüentes dos demandantes potenciais *não dissuadidos* da intenção de acionar o Cliente *por força da* sinalização do Cliente de que ele está disposto a defender-se reiteradamente. Se k é o número dos demandantes potenciais que não foram dissuadidos e as demandas são idênticas, o Cliente enfrentará (além das despesas com o Advogado, taxas processuais, etc.) um custo esperado de $k+1$ vezes a soma do valor devido a p_o , digamos v , com o valor da punição aplicada em razão da defesa protelatória. Denotando por S o valor total desta soma (*i.e.*, $S = v+V$), tem-se que o custo esperado (não descontado) do Cliente na hipótese de defesa é $S.(k+1)$. Se o cliente não se defende (em qualquer das demandas), ele pagará o valor v , devido a p_o , mais este mesmo valor v , multiplicado pelo número total de demandantes que decidam acioná-lo. Se j é este número, o custo esperado (não descontado) do Cliente é $v.(j+1)$. Supondo que possamos, de algum modo, obter estimativas confiáveis dos valores de k , j e v , o problema de decisão, do ponto de vista do legislador ou do **policy maker**, é determinar o valor de V tal que se tenha (com a aplicação dos devidos fatores de desconto): $(v+V).(k+1) = S.(k+1) > v.(j+1)$. Uma alternativa, possível-

mente mais eficiente que a fixação de um valor *constante* para V , é fazer V variar, não só em função do *valor da causa* e do *valor da condenação* (como ocorre na hipótese de majoração pura e simples do ônus da sucumbência), mas também, do *número de vezes* em que foi utilizada a estratégia procrastinatória. Por exemplo, na cálculo do custo do Cliente que utilizou esta estratégia k vezes em k demandas similares, poderíamos ter, em lugar de uma parcela igual a $(k+1)$ vezes V , uma soma $V_0+V_1+V_2+\dots+V_k$, onde V_i é a punição aplicada ao Cliente no âmbito da ação proposta pelo demandante P_i , com $i = 0, 1, 2, \dots, k$, e $V_i < V_{i+1}$, para todo i (e i variando de 0 a $k-1$).

4. SUGESTÕES PARA A REFORMA PROCESSUAL

4.1. O sentido do texto normativo deve ser unívoco

A indeterminação do sentido do texto é um problema de cuja solução depende a solução dos demais problemas listados abaixo. Isto já estava prenunciado na breve discussão, no âmbito da análise do modelo simples, sobre as relações entre o valor do parâmetro s , de um lado, e os valores dos parâmetros p e q – e, a partir destes, a distribuição de incentivos do ponto de vista do Advogado e do Cliente –, de outro lado. A adequada especificação das condições necessárias e suficientes para a majoração do ônus da sucumbência e a eventual aplicação de sanção por litigância de má-fé é fundamental para a realização da finalidade a este relativa. De fato, olhando para esta questão da perspectiva do Cliente, a univocidade do sentido do texto quanto às conseqüências decorrentes de cada possível alternativa decisória contribui para eliminar incertezas e facilita o cálculo dos custos e benefícios associados a cada alternativa. Quanto maior a incerteza quanto à futura decisão do Juiz, maior pode ser também a propensão do Cliente a apostar na própria impunidade, uma vez que se trata de norma cuja aplicação irá mover-se na tênue fronteira entre *restrição do abuso* do direito de defesa e *cerceamento do direito* – constitucional – de defesa propriamente dito. A clareza do texto é essencial para deixar o Juiz à vontade para impor o ônus e a sanção aplicáveis, e evitar as inevitáveis hesitações diante de uma decisão de punir que poderá vir a ser – e será – questionada em instâncias superiores. Em outras palavras, a indeterminação quanto às condições necessárias e suficientes para a majoração do ônus da sucumbência e a eventual imposição da sanção pode tornar a norma contraproducente,

pois não apenas obstaculiza a realização dos seus objetivos, mas também agrava o mal que a norma deveria contribuir para curar.

Especialmente problemáticas, neste contexto, são expressões de conteúdo semântico indeterminado, do tipo “multiplicação de ações”, “repetição de ações”, etc. Quantas ações contra o mesmo réu são necessárias para estarmos autorizados a falar de “multiplicação”? Confiar exclusivamente à subjetividade do Juiz, em cada caso concreto, esta determinação, é um convite à tática do recurso protelatório e, no limite, à inaplicabilidade da norma, dadas as dificuldades de apontar *in concreto* o ponto em que se dá a passagem de um estado ao outro, ou pior: a metamorfose da presunção da boa fé em presunção da má fé do réu. Uma solução bem mais econômica seria fixar, seja legalmente, seja infra-legalmente por decisão de órgãos selecionados do Poder Judiciário, *um número mínimo* de ações a partir do qual o Juiz estaria autorizado a fazer esta presunção, podendo-se reservar ao Juiz, se assim se desejar, uma margem de discricionariedade em relação – somente – à *efetiva* aplicação da sanção por litigância de má-fé. Por outro lado, é preciso ter em mente que a admissibilidade desta margem de discricionariedade irá reintroduzir pela porta dos fundos o risco de inaplicabilidade antes mencionado, de modo que o ideal seria usar uma linguagem que sugerisse a obrigatoriedade também da imposição da sanção uma vez verificadas as condições previstas na hipótese normativa (novamente, poder-se-ia admitir certa margem de discricionariedade para o Juiz na definição do *valor exato* da sanção, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso concreto). Em qualquer hipótese, é importante que a discussão acerca de qual deveria ser este número mínimo não se deixe paralisar pela obsessão com a determinação de um número mágico que possa resistir a todos os possíveis contra-exemplos. A idéia da fixação de um mínimo obedece a uma lógica estritamente pragmática, é dizer, à lógica da busca de uma *solução efetiva para um problema prático*, dadas as restrições de recursos que afetam, sabidamente, a performance do Poder Público no Brasil.

4.2. Previsão de punição para o Advogado

No item 2, argumentou-se que a decisão do Advogado de recomendar, ou não, a defesa ao seu Cliente, é uma variável-chave no

problema de como desenhar o melhor mecanismo institucional para desestimular a prática do uso do direito de defesa para fins protelatórios. Devidamente consideradas a estrutura de incentivos – pecuniários ou não – do Advogado e a probabilidade de o Cliente seguir a recomendação do Advogado, seria interessante que o texto da norma contivesse uma previsão de sanção a ser imposta também a este último. Os textos normativo-jurídicos que tratam da questão da litigância de má-fé parecem subscrever implicitamente a suposição convencional de que o papel do Advogado é o de um prestador de serviços que executa fielmente as ordens de um Cliente soberano. Em face da *assimetria de informação* que caracteriza, cada vez mais sensivelmente, a relação Advogado-Cliente, é razoável supor que esta premissa esteja bem longe de corresponder à prática habitual. Em regra, o Cliente apenas entra em cena, decisivamente, no momento da contratação do Advogado, e o processo de troca de informações entre ambos para efeitos de prestação de contas é comandado seletivamente pelo Advogado na forma mais apropriada à satisfação dos seus próprios interesses. Neste sentido, a possibilidade de punição cria para o Advogado um incentivo adicional à adoção de uma postura mais alinhada com os interesses *legítimos* do Cliente e o *interesse público*. Ainda que existam nuances a considerar no caso das grandes empresas que contam com departamentos jurídicos sofisticados e, para algumas áreas do direito, formas relativamente eficazes de redução da assimetria de informação que existe entre Cliente e Advogado, referidas nuances não parecem ser suficientes para fazer desaparecer a questão da incompatibilidade de incentivos e, logo, a importância da função conferida à previsão de punição para o Advogado como meio para viabilizar a realização da finalidade legal.

Poder-se-ia argumentar que a expressa previsão de sanção para o Advogado é desnecessária à luz do que já dispõe o art. 34, VI, do Estatuto do Advogado, que define como “infração disciplinar” a prática da advocacia “contra literal disposição de lei”. Este argumento, no entanto, é frágil por duas razões. A primeira está na dificuldade de aplicação da mencionada norma em razão de sua linguagem frouxa. Ao acusado, é aberta a possibilidade de questionamento dos fundamentos da acusação não só em razão de dúvidas em relação à literalidade da disposição legal contra a qual a advocacia teria sido

praticada, mas também – nos casos em que a afronta à letra da norma estiver fora de discussão –, em nome de sua própria convicção acerca da inconstitucionalidade ou injustiça do dispositivo em questão. A segunda razão está no caráter quase simbólico da sanção aplicável, a saber, a censura⁵. É difícil crer que a previsão de uma punição tão branda seja capaz de desestimular o comportamento negligente do Advogado no sentido de recomendar ao Cliente prática de conduta que sabe ser abusiva (note-se, contudo, que a previsão de punição do Advogado na hipótese de abuso do direito de defesa não se aconselha, em havendo ambigüidade do texto legal, conforme indicado acima).

Uma opção indireta e menos traumática – mas, provavelmente, também menos eficaz – que a previsão de sanção pecuniária ao Advogado, e que, eventualmente, poderia contribuir para disciplinar seu comportamento e alinhar seus interesses com a finalidade legal, seria a criação de uma *despesa extra* a ser incorrida pelo Cliente, *anteriormente* à apresentação da defesa, se verificadas, *preliminarmente*, certas condições que apontem na direção de uma prática abusiva. Neste caso, dependendo do valor desta despesa, é possível que o Advogado veja-se pressionado pelo Cliente a prestar contas a respeito da presença de tais condições no caso concreto, viabilizando ao Cliente o exercício de uma maior autonomia sobre a decisão relativa à apresentação de defesa. O problema com esta sugestão é que ela torna necessária uma *nova* decisão no âmbito do processo judicial, a saber, a decisão do Juiz a respeito da presença, no caso concreto, das referidas condições, criando assim uma *nova* oportunidade de questionamento para o Cliente.

4.3. Previsão da “reincidência” enquanto critério de fixação de sanção

Se o propósito de um texto normativo é criar um desincentivo adicional e eficaz ao abuso do direito de defesa no caso particular daqueles réus derrotados repetidas vezes em ações baseadas em iguais fundamentos de fato e de direito, deve-se ter em mente que a *repeti-*

⁵ Ver art. 36, I, do Estatuto do Advogado. É algo a se discutir até que ponto uma eventual previsão no sentido de que o Juiz solicitasse, de ofício, à Ordem dos Advogados do Brasil, que tomasse as providências cabíveis contra advogados negligentes, seria suficiente para dissuadir, *por constrangimento*, o Advogado a recomendar ao Cliente a apresentação da defesa protelatória.

ção é a característica central a diferenciar esta prática do caso geral já devidamente coberto pelos arts. 14, III, e 20 do Código de Processo Civil, e que serve, igualmente, de justificativa para um tratamento mais rigoroso. Se é plausível assumir que os benefícios marginais associados à repetição da estratégia procrastinatória são *crescentes*, seria natural buscar neutralizá-los por meio de uma *seqüência crescente de punições* que assegurassem, dado um número qualquer n de ações, que os custos marginais, para o Cliente, associados à demanda $n+1$, são superiores aos benefícios marginais que o Cliente espera obter adotando a referida estratégia.

Neste sentido, as *variáveis* previstas para a fixação do valor da sanção correspondente à prática reiterada da defesa protelatória devem necessariamente guardar uma relação de referência necessária à mencionada característica diferenciadora. Não é recomendável que elas sejam exatamente as mesmas que as previstas para a fixação do valor do ônus imposto ao réu em virtude da sucumbência, quais sejam, o valor da causa e o valor da condenação, mesmo supondo que o limite para o percentual aplicável sobre estas variáveis venha a ser majorado. Novamente, supondo que os ganhos marginais para o Cliente são crescentes, existirá um número n de repetições da estratégia protelatória a partir do qual sua adoção valerá a pena para o Cliente, *inclusive* assumindo fixação do percentual máximo nas ações precedentes e subseqüentes. Nos casos em que o número esperado de ações *efetivas* for superior a n , a punição deixará de ser eficaz para a realização do seu objetivo de dissuadir o Cliente a se defender. Por esta razão, é recomendável que o texto contenha previsão de que o valor da sanção poderá (também) variar em função da “reincidência” do réu, *i.e.*, do *número de vezes em que a estratégia foi usada* – de preferência, acima do limite mínimo (ou após ter sido satisfeita a condição equivalente) sugerido no item 4.1., se algo do gênero viesse a ser definido. ☐

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A COISA JULGADA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Rodolfo Kronenberg Hartmann

Juiz Federal Substituto na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Professor da EMERJ, da AMPERJ, da Pós-graduação da UNESA e da UCP.

É inegável que “sentença” e “coisa julgada” são institutos que precisam ser estudados conjuntamente, eis que a segunda usualmente surge quando a primeira é proferida,¹ sendo que esta, obviamente, é proferida somente ao término de um processo.²

O próprio processo, em sua essência, decorre do princípio do devido processo legal, cuja origem remota é a cláusula 39 da Magna

¹ Existem hipóteses, no Direito Processual Civil, que uma decisão interlocutória também pode gerar coisa julgada material, tal como ocorre no art. 273, par. 6º, CPC.

² É extremamente controversa a natureza jurídica do processo. A doutrina processual, de um modo geral, adota o entendimento capitaneado por Oskar von Bulow, que enxerga no processo um conjunto de atos coordenados que adquire uma dupla noção: externamente se revelando pelo procedimento e, internamente, por se constituir em uma relação de direitos e obrigações que vincula mutuamente as partes e o juiz, dando ensejo ao surgimento da relação jurídica processual. Vale dizer que, de acordo com Bulow, esta relação jurídica processual se formaria independentemente da existência ou não da relação jurídica de direito material. James Goldschmidt, porém, deu novo sentido ao termo “processo”, ao apresentar a teoria da situação jurídica. Segundo esta outra concepção, antes de ser instaurado o processo qualquer relação jurídica eventualmente existente é estática, somente surgindo uma situação dinâmica no momento em que se inicia o processo. Em consequência, seria correto afirmar que eventuais vínculos existentes entre as partes somente criariam expectativas de decisões favoráveis, razão pela qual o processo deve ser visualizado como uma situação jurídica, que seria o estado em que as partes se encontram no processo enquanto aguardam a sentença, com vistas à obtenção da coisa julgada. Sobre este tema recomenda-se a leitura de MARQUES, Allana Campos. “A relação jurídica processual como retórica: uma crítica a partir de James Goldschmidt”. **Críticas à teoria geral do direito processual penal**. Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 171-189.

Carta assinada pelo Rei John Lackland, em 15 de junho de 1215, que dispõe: “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado, ou de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, se não mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”³. Sob esta ótica, portanto, o processo se constitui em um meio de composição de conflitos e de pacificação social⁴, tornando-se um instrumento de garantia quando houver a necessidade de afastamento de algum direito natural.

Muito se questiona qual seria o objeto do processo penal. Para Giuseppe Bettiol, por exemplo, o objeto seria uma hipotética pretensão punitiva do Estado, que somente poderia ser exercitada quando comprovado o fato criminoso e a responsabilidade do agente, **verbis**: “E’ necessário, quindi, concludere che oggetto del processo penale no è il diritto soggettivo di punire, ma una pretensa punitiva ipotetica, una rappresentazione unilaterale del diritto soggettivo che il giudice può ritenere non fondato dei fatti allegari dall’organo dell’acusa”.⁵

Contudo, este não é o entendimento majoritário sobre o tema, que possui grande divergência até mesmo nos dias atuais⁶, embora se perceba que, modernamente, vem prevalecendo o entendimento de que o seu objeto seria a pretensão processual⁷, que consiste na pretensão externada por meio do direito de ação, veiculada por meio da imputação⁸, é que é dirigida ao Estado com o objetivo de viabilizar a

³ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 78 e 81. No mesmo sentido MALAN, Diogo Rudge. Op. cit p. 31-32.

⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 59, ressalva ainda que “embora tenhamos sustentado que a categoria essencial ao processo é a pretensão, não negamos, jamais, que o processo seja uma forma de composição de conflitos de interesse quando exista lide, que lhe é acidental”.

⁵ BETTIOL, Giuseppe. **La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1936, p. 16.

⁶ Sobre o tema, é obrigatória a consulta a obra de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 3. São Paulo: RT, 2000, p. 42, onde também consta a advertência que: “a noção de objeto do processo aparece como denominador comum de um grupo de quatro problemas: modificação da demanda, litispendência e limites objetivos da coisa julgada e cumulação de demandas”.

⁷ JARDIM, Afrânio Silva. Op. cit. p. 34, adverte que: “no processo penal a pretensão punitiva (processual) é sempre insatisfeita... pois a pena não pode ser aplicada senão através do processo, em decorrência do interesse do próprio Estado de tutelar a liberdade do réu”.

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação...**, p. 82-83: “A imputação é a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal. Em síntese, trata-se da afirmação de três elementos: o fato, a norma e a adequação ou subsunção do fato à norma”.

condenação do denunciado.⁹ Vale dizer que esta pretensão processual não se confunde com a chamada pretensão material¹⁰, consoante escólio de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

"Pode-se falar, portanto, em duas pretensões distintas. Inicialmente, em face de um conflito de interesses, surge a pretensão. Dessa pretensão podem decorrer duas situações: ou ela é voluntariamente satisfeita pelo sujeito contra quem foi formulada, que a ela não opõe resistência, subordinando seu interesse ao interesse alheio; ou esse sujeito resiste àquela pretensão, que restará contestada ou insatisfeita. Até aqui estamos analisando a pretensão carneluttiana, que é a pretensão material. Ocorrendo a segunda hipótese, a satisfação da pretensão material terá que se dar através do processo. No processo, formula-se uma nova pretensão, agora dirigida ao Estado e não mais contra o sujeito que satisfizes a pretensão material... assim, se não há razões para confundí-las, não há porque designá-las pelo mesmo nome. A distinção pode ser feita, e deve ser feita, acrescentando-se ao substantivo pretensão o adjetivo material ou processual".¹¹

Além disso, deve ser observado que, como o pedido na ação penal condenatória é sempre genérico, será a imputação que irá fixar o **thema decidendum**, ou seja, a própria extensão da prestação jurisdicional¹² e, conseqüentemente, os próprios limites objetivos da coisa julgada no processo penal.

Sob um aspecto funcional, porém, o processo corresponde a uma série de atos que busca um determinado fim. Vale dizer que estes atos que o compõe são chamados de "atos processuais", constituindo-se em uma das espécies dos atos jurídicos, podendo ser praticados no processo tanto pelas partes, como também pelos auxiliares

⁹ MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Coleção Pensamento Crítico. Coordenação: Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 104.

¹⁰ FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 175, assevera, em relação a pretensão material que: *"constitui o conteúdo da pretensão, por excelência, a exigibilidade, não obstante seja ele assaz abrangente, por conter as faculdades de renúncia, de transmissão e até do seu próprio exercício, como se deduz analogicamente do direito subjetivo. O que se exige com a pretensão é a realização da prestação, que constitui, de ordinário, o seu objeto"*.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação...**, p. 72-75.

¹² JARDIM, Afrânio Silva. *Op. cit.* p. 150.

da justiça, pelos magistrados e, inclusive, por terceiros¹³. Em consequência, é correto afirmar que o Estado-juíz, quando provocado a prestar jurisdição por meio da demanda, deve exercê-la em um processo que, ao final, deverá ser encerrado com a prolação de um ato decisório. Esta decisão final, que é denominada simplesmente de “sentença”, não se encontra definida nos artigos 381/393 do CPP, que tratam desta matéria, razão pela qual se costuma empregar a mesma definição utilizada no CPC, que se encontra no art. 162, parágrafo 1º CPC e que prevê que: “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.¹⁴

A sentença é um ato de inteligência do magistrado¹⁵, já que é proferida diante da análise dos meios de provas carreados aos autos, muito embora possa ser perfeitamente possível que o seu conteúdo não corresponda ao que tenha efetivamente ocorrido. Com efeito, o juiz analisa fatos e pode concluir pela existência de um que, ao contrário do que as provas indiquem, pode não ter naturalisticamente acontecido¹⁶. Tal circunstância, porém, não é suficiente para anular a sentença proferida, uma vez que a reconstituição de fatos pretéritos passa ao largo da perfeição desejada, razão pela qual hoje já não se

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 3. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 106.

¹⁴ Para Diogo Rudge Malan, este conceito não é suficientemente correto, em virtude das seguintes ponderações: “a sentença só potencialmente põe termo ao processo porque, uma vez impugnada, a relação processual se prolonga no procedimento recursal subsequente, que só será efetivamente encerrado por um acórdão” in MALAN, Diogo Rudge. *Op. cit.*, p. 119. É o mesmo entendimento de Alexandre Freitas Câmara, para quem: “esta definição, porém, parece inadequada, uma vez que o procedimento em primeira instância não se encerra necessariamente com a sentença, seja porque o juiz ainda poderá vir a praticar atos no procedimento do recurso (como, por exemplo, receber a apelação)... por esta razão, parece-nos preferível definir sentença como o provimento judicial que põe termo ao ofício de julgar do magistrado, resolvendo ou não o objeto do processo”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. pp. 369-370. v. 1. Destaca-se que o entendimento deste último doutrinador é francamente inspirado nos ensinamentos de Giuseppe Chiovenda, para quem: “la sentenza definitiva è l’atto con cui il giudice adempie l’obbligo che gli deriva dalla domanda giudiziale: mediante la sentenza egli há finito il suo ufficio (functus officio)” in CHIOVENDA, Giuseppe. **Instittuzioni di Diritto Processuale Civile**, Vol. II, Sez. 1. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, s/d, p. 490.

¹⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.* p. 81, pondera que: “la sentenza risulta di ter operazioni: l’accertamento del fatto, la qualificazione di esso, la determinazione delle conseguenze penali”.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação...**, p. 113: “o fato processual penal é um acontecimento histórico, concreto, um fato naturalístico. Diversamente, o fato na concepção do direito penal é uma entidade extraída de uma situação hipotética, de um tipo penal, e não um fato concreto que foi realizado pelo autor e que foi introduzido no processo através da imputação. Com isso, não se quer dizer, contudo, que o fato imputado, necessariamente existiu ou ocorreu. O fato está sendo imputado a alguém, mas não se sabe, ainda, se ele existiu ou não. Tal certeza somente será alcançada no momento da sentença”.

pode mais falar em busca pela “verdade real”, mas sim em busca de uma verdade “processualmente válida”, que deveria ser a menos imperfeita possível¹⁷. Desta forma, o essencial para a validade da sentença é que o juiz analise os fatos imputados na petição inicial, em respeito ao princípio da correlação, uma vez que o Estado-juiz, quando provocado a prestar a jurisdição, somente pode fazê-lo nos estreitos limites desta provocação, sob pena de invalidade deste ato decisório.¹⁸ De resto, também deverá ser observado o que dispõe o art. 381 do CPP no momento em que for proferida a sentença, que enumera requisitos próprios para a validade desta.

Um outro aspecto importante que deve ser ressaltado é que, no Direito Processual Penal, a regra de correlação entre o que foi pedido e o que foi apreciado deve ser analisada com ainda mais rigor, especialmente nos países em que for adotado o sistema acusatório¹⁹. O Brasil, por exemplo, é um dos países que adota este sistema, onde ocorre uma nítida separação das funções de julgar, acusar e defender, já que não seria lícito ao magistrado condenar o réu por fato diverso do que lhe foi imputado na exordial.²⁰ Não é por outra razão que Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró conclui que:

¹⁷ MALAN, Diogo Rudge. *Op. cit.* p. 72. “A chamada verdade real é, na verdade, um mito, pois só caberia falar-se dela na hipótese de o juiz testemunhar os fatos que irá julgar. Ainda assim, estaria ele impedido de officiar nos autos, justamente por ostentar a qualidade de testemunha”. Da mesma forma, sustenta Ada Pellegrini Grinover que: “a exaltação do valor lógico da sentença, concebida como expressão de um silogismo, levou a ver no julgado – como escreve De Luca – um milagroso maquinismo dotado da virtude taumatúrgica de fazer nascer a verdade no mundo do direito” in GRINOVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e autoridade da sentença penal**. São Paulo: RT, 1978, p. 9.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. cit.*, p. 17, pondera que a sentença pode ser visualizada como a síntese de um processo dialético, em que a acusação será a tese e a defesa a antítese, devendo o juiz julgar apenas o que foi imputado ao réu. Da mesma forma, também sustenta Diogo Rudge Malan que: “a garantia chamada de congruência, correlação ou de vinculação temática do juiz é relacionada pela vasta maioria da doutrina como sendo um consectário lógico das garantias do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o réu não pode se defender de fatos que não foram expressamente imputados a ele ab initio, nem levados a seu conhecimento” in MALAN, Diogo Rudge. *Op. cit.*, p. 121/122.

¹⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório, a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 125/126, esclarece que: “por sistema acusatório compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório... falamos, pois, ao aludirmos ao princípio acusatório, de um processo de partes, visto que, do ponto de vista estático, por meio da análise das funções significativamente designadas aos três principais sujeitos, quer do ponto de vista dinâmico, ou seja, pela observação do modo como se relacionam juridicamente autor, réu, e seu defensor, o juiz, no exercício das mencionadas funções”.

²⁰ O princípio do *ne procedat iudex ex officio* reconhece que uma das características do Poder Judiciário é a sua inércia, o que é indicativo de que não se pode iniciar um processo judicial sem a provocação da parte interessada. Por outro lado, é deste princípio que se origina o princípio da congruência, também chamado de princípio da correlação ou da adstrição, pois em ambos surge a vedação do juiz proferir decisões sobre matérias que não foram discutidas no processo.

*"a regra da correlação entre acusação e sentença só tem razão de ser em um sistema acusatório. Os dispositivos legais que disciplinam o princípio da correlação entre acusação e sentença representam mecanismos que dão efetividade e concretizam, na dinâmica processual, o princípio constitucional do contraditório, que só pode estar presente no sistema acusatório, sendo impensável sua aplicação num sistema em que o réu é mero objeto do processo e não um sujeito de direitos que participe da relação jurídica processual".*²¹

De todo modo, deve ser frisado que a correlação que se opera entre o que foi imputado e o que deve constar na sentença somente diz respeito aos fatos, razão pela qual é lícito ao magistrado alterar a qualificação jurídica que eventualmente conste na petição inicial. Esta possibilidade, por sinal, inclusive se encontra consagrada no art. 383 do CPP.²²

Assim, uma vez estabelecidas estas premissas, de que a sentença é um ato praticado pelo juiz ao término do processo instaurado, onde somente são analisados os fatos imputados e discutidos em seu ínterim, torna-se necessário analisar de que forma o comando emergente da sentença pode se impor e vincular as pessoas, bem como conceituar o que vem a ser a "coisa julgada".

No início, vigorava a regra **bis de eadem re ne sit actio**, que impedia que sobre mesma relação jurídica de Direito Material existissem dois ou mais processos. Acredita-se que tal vedação, segundo Celso Neves, *"tenha sido objeto de uma lei anterior às Doze Tábuas, mantida consuetudinariamente"*.²³

Mas, com o desenvolvimento dos estudos sobre o tema, Enrico Tullio Liebman chegou a elaborar a sua teoria sobre o assunto, de grande aceitação no Brasil, que via na coisa julgada uma qualidade especi-

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação...**, p. 27.

²² BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.* pp. 82-83: *"se tra la sentenza e l'accusa deve intercorrere un rapporto di correlatività questo deve unicamente mantenersi e limitarsi al fatto, non al diritto: per quanto riguarda la qualificazione giuridica ci può essere invece tra accusa e sentenza una completa divergenza. La qualificazione giuridica che il fatto assume negli atti di accusa può non riflettersi nella sentenza trattandosi di due provvedimenti che hanno natura giuridica profondamente diversa: basti per ora avvertire il carattere del tutto provvisorio della definizione giuridica del fatto nell'atto di accusa, definizione che rappresenta un puto e semplice orientamento per il giudice e per l'imputato"*.

²³ NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 10.

al da sentença e não apenas um efeito autônomo, como era o entendimento majoritário até então existente. Segundo as palavras de Liebman:

"na opinião e linguagens comuns, a coisa julgada é considerada, mais ou menos clara e explicitamente, como um dos efeitos da sentença, ou como a sua eficácia específica, entendida ela, quer como complexo de consequências que a lei faz derivar da sentença, quer como conjunto dos requisitos exigidos, para que possa valer-se plenamente e considerar-se perfeita..."

*... considerar a coisa julgada como efeito d5a sentença e ao mesmo admitir que a sentença, ora produz simples declaração, ora efeito constitutivo, assim de direito substantivo, como de direito processual, significa colocar a frente elementos inconciliáveis, grandezas incongruentes e entre si incomensuráveis. Seria, pois, a coisa julgada um efeito que se põe ao lado deles e no mesmo nível ou se sobrepõe a eles e os abrange?"*²⁴

Ainda de acordo com Liebman:

*"esta expressão ('coisa julgada'), assaz abstrata, não pode não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho; indica pelo contrário à força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles... a linguagem induziu-nos, portanto, inconscientemente, à descoberta desta verdade: que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos".*²⁵

Assim, entende Liebman que a coisa julgada nada mais é do que a forma como certos efeitos da sentença se produzem e que, em dado momento, devem ser perpetuados.

Em relação aos limites objetivos da coisa julgada, insta ressaltar que, para Savigny, todos os fundamentos objetivos da relação jurídica de Direito Material integravam a coisa julgada, o que, em consequência, alargava sobremaneira os seus limites objetivos. Nas palavras de Moacyr Amaral Santos:

²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 2-5.

²⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.* p. 5-6.

"Conforme a doutrina de Savigny, integravam a coisa julgada não todos os motivos da sentença, mas os fundamentos objetivos, ou elementos objetivos. Por fundamentos objetivos – dizia o insigne jurista – eu entendo os elementos constitutivos da relação jurídica. Por exemplo, na ação de reivindicação, o autor tem de alegar sua propriedade sobre a coisa e a posse do réu. Tais são os elementos constitutivos da ação de reivindicação. Declarando procedente a ação e condenando o réu a devolver a coisa ao autor, a sentença reconheceu, evidentemente, a existência da propriedade do autor e a posse do réu, pois de outro modo não poderia haver julgado procedente a ação. A propriedade do autor e a posse do réu – elementos constitutivos da relação jurídica decidida e elementos objetivos da decisão – se integram na coisa julgada. Mas são abrangidos pela coisa julgada tão-somente os elementos objetivos, assim chamados para se distinguirem dos motivos subjetivos que levam o juiz à formação de sua convicção." ²⁶

Vale dizer, porém, que, mesmo até o presente momento, este posicionamento ainda encontra muita resistência na doutrina alienígena e nas mais diversas legislações processuais. Com efeito, o Código Processual Alemão (**Zivilprozessrecht**) é expresso em afirmar que somente o dispositivo da sentença é abrangido pela coisa julgada. Neste sentido, esclarece Adolf Wach que:

"A ZPO adota uma posição clara frente à doutrina da coisa julgada. Não conhecer coisa julgada alguma que se refira a declaração de fatos. Só as decisões sobre pretensões são capazes de passar em autoridade de coisa julgada... não há coisa julgada nos fundamentos da sentença. Não chegam a ter autoridade de coisa julgada as decisões sobre relações jurídicas condicionantes, sobre pontos prejudiciais, a menos que seja haja formulado, a respeito deles, uma pretensão independente de declaração ou reconvenção." ²⁷

²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, V. 3, p. 63.

²⁷ WACH, Adolf *apud* PIMENTEL, Wellington Moreira. **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 338.

Em Portugal, também se entende que os limites objetivos da coisa julgada se circunscrevem apenas ao dispositivo da sentença. É que, conforme leciona Wellington Moreira Pimentel: *“ao indicar o alcance do caso julgado, o art. 673 estabelece que a sentença constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga. Isto significa que somente o dispositivo da sentença, o decísum, que julga a lida, faz coisa julgada. Não os pressupostos ou as conseqüências necessárias”*.²⁸

Este mesmo raciocínio, aliás, também é o dominante contemporaneamente na França, conforme esclarece Moacyr Amaral Santos,²⁹ e, também, na própria Itália, com fundamento nas seguintes lições de Giuseppe Chiovenda: *“oggetto del giudicato è la conclusione ultima del ragionamento del giudice, e no le sue premesse; l'ultimo ed immediato risultato della decisione e no la serie di fatti, di rapporti o di stati giuridici che nella mente del giudice costituirono i presupposti di quei risultati”*.³⁰

Fixada a premissa, portanto, de que, no Direito Processual Civil, apenas o dispositivo é que faz coisa julgada material, sendo este o seu “limite objetivo”, cumpre destacar que, em relação ao Processo Penal, dispõe o art. 110, parágrafo 2º, CPP, que *“a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença”*, o que permite aquilatar que, na seara criminal, também os fatos julgados são acobertados pelo manto da coisa julgada, independentemente da qualificação jurídica que lhes tiver sido dada.³¹ Neste aspecto, aliás, percebe-se o silogismo perfei-

²⁸ *Ibidem*, p. 347.

²⁹ SANTOS, Moacyr Amaral, *op. cit.* p. 63.

³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Intituzioni...** Volume I, p. 374.

³¹ Em sentido contrário ao texto, Ada Pellegrini Grinover sustenta que: *“o que se estabelece, através do processo penal, é, normalmente, se o indivíduo deve ser condenado ou absolvido, e não se uma determinada infração penal ocorreu ou não: a declaração do fato constitui pressuposto necessário para a produção do efeito jurídico, mas não pode exaurir o conteúdo da sentença. Essa declaração positiva ou negativa, não é, portanto, idônea para caracterizar o objeto do processo e, conseqüentemente, para formar o objeto da coisa julgada: resolvendo-se, simplesmente, em um momento do iter lógico da decisão, a declaração da infração penal poderia passar em julgado somente na hipótese da coisa julgada estender-se a motivação. Em outras palavras, mesmo aqueles que identificam a eficácia do julgado com o seu efeito declaratório, atribuindo-lhe natureza substancial, circunscrevem o âmbito da coisa julgada ao efeito jurídico e não aos fatos que produziram”* in GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* p. 21-22. Contudo, este não parece ser o melhor entendimento, uma vez que o manto da coisa julgada, no processo penal, também inclui os fatos discutidos, tando que o réu condenado criminalmente não pode voltar a discutí-los no âmbito cível. Percebe-se, portanto, que os limites objetivos da coisa julgada, no processo penal, também se estendem aos motivos e fatos, tal como previsto no art. 63 e no art. 65, ambos do CPP, o que, certamente, decorre do princípio da unidade da jurisdição.

to entre o objeto do processo e a coisa julgada.³² Com efeito, já foi mencionado anteriormente neste estudo que o objeto do processo é a pretensão processual, que é veiculada por meio da imputação, que consiste em se atribuir a alguém a prática de um fato criminoso, a qualificação jurídica, e, também, a subsunção deste fato a norma.³³ Assim, ao se estabelecer o objeto do processo, faltamente também se estará fixando o seu **thema decidendum**, que será acobertado pelo manto da coisa julgada.

Tendo-se, assim, a exata compreensão do alcance objetivo da coisa julgada no processo penal, torna-se agora necessário o enfrentamento dos seus limites subjetivos. Embora o CPP seja omissivo, destaca-se que, de acordo com o disposto no art. 472 do CPC “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”³⁴, o que é indicativo de que, em primeira análise, apenas as partes da relação processual (autor/réu) é que poderão ser atingidos pela coisa julgada, em conformidade com a antiga regra **res inter alios iudicata, aliis non praeiudicare**, conhecida pelo Direito Romano. Neste sentido, aliás, se posicionam Alexandre Freitas Câmara,³⁵ Celso Neves,³⁶ Moacyr Amaral Santos,³⁷ Ovídio A. Baptista da Silva,³⁸ dentre outros mais.

Contudo, é importante mencionar que, em hipóteses excepcionais, poderá um terceiro ser atingido pela coisa julgada oriunda de um determinado processo. É o que ocorre na substituição processual, no litisconsórcio facultativo unitário e, por fim, nas ações coletivas,

³² Registre-se, mais uma vez, a importância da delimitação do objeto do processo, pois, conforme sustenta Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, este tema aparece como denominador dos limites objetivos da coisa julgada. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação...**, p. 42.

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação...**, pp. 83-84.

³⁴ SILVA, Ovídio A Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 332, esclarecem que: “A oração seguinte, constante desse artigo – segundo a qual ‘nas ações relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, todos os interessados’ - na verdade não abre nenhuma exceção à regra quanto aos limites subjetivos da coisa julgada e seu alcance exclusivamente às partes”.

³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas, *op. cit.*, p. 407.

³⁶ NEVES, Celso, *op. cit.*, p. 498.

³⁷ SANTOS, Moacyr Amaral, *op. cit.*, p. 74.

³⁸ SILVA, Ovídio A Baptista da; GOMES, Fábio, *op. cit.*, p. 332.

valendo destacar que, no Direito Processual Penal, apenas a primeira destas hipóteses é que ocorre com alguma frequência.

De todo modo, deve ser frisado que o litisconsórcio eventualmente pode gerar sérios questionamentos no estudo da eficácia subjetiva da coisa julgada no processo penal, quando um dos co-réus, no concurso de agentes, não tiver sido incluído no pólo passivo da relação processual. Explica-se: o art. 580 do CPP estabelece que: *“no caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”*³⁹.

Este dispositivo, constante no CPP, trata de um litisconsórcio unitário, daí porque a sentença não transitará em julgado para nenhum dos réus, enquanto não se decidir o recurso interposto por qualquer um deles.⁴⁰ Contudo, pode ocorrer que um dos agentes não tenha sido incluído da denúncia, o que gera a dúvida se este, mesmo sem ter participado do processo penal, pode ser atingido ou não pela coisa julgada material que se formou.

Ao abordar esta questão, Ada Pellegrini Grinover se posicionou de forma negativa, com base nos seguintes argumentos:

“A extensão a terceiros, virtuais litisconsortes unitários, da coisa julgada proferida inter alios justificar-se-ia, portanto, em virtude de perfeita unidade da res in iudicium deducta, que tornaria impossível a formação de regras jurídicas concretas diversas com relação àqueles que deveriam ter participado do mesmo juízo, obtendo sentenças uniformes... Mas, no Brasil e na Itália, não existe regra legislativa que autorize a extensão do julgado a terceiros, virtuais litisconsortes unitários... Sem norma expressa, no sentido da extensão da coisa julgada aos possíveis litisconsortes unitários; e havendo, ao contrário, regra limitadora explícita em nosso ordenamento, não há como se abranger na autoridade da coisa julgada terceiros, ainda que eventuais litisconsortes unitários, se do juízo não participaram. O art. 580 do CPP e o seu correspondente no ordenamento italiano (art.

³⁹ Semelhante regra também se encontra no art. 509 do CPC.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* p. 29.

203) não são suficientes, como já se disse, para autorizar a extensão subjetiva do julgado a pessoas estranhas ao processo".⁴¹

Inteira razão assiste a doutrinadora acima, uma vez que não se pode impor que a coisa julgada, advinda de um determinado processo penal, atinja terceiro que não tenha integrado a relação processual, seja para condená-lo ou mesmo para absolvê-lo, pois ocorreria flagrante ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, todos de sede constitucional, só para citar alguns. Isto significa, em outras palavras, que é imprescindível a existência de um processo judicial, promovido em face de determinado indivíduo, para que o mesmo possa ser considerado culpado ou inócete, sendo terminantemente vedado que este aproveite ou até mesmo seja prejudicado por sentenças proferidas em outros processos em que não tenha atuado como parte.

Igualmente, o mesmo raciocínio também deve ser empregado naquelas hipóteses em que ocorrer desmembramento ou separação de processos, com a prolação de sentenças distintas e contraditórias para cada um dos réus, malgrado os fatos imputados sejam os mesmos. É que, nesta segunda situação, os réus passaram a ser demandados em processos distintos, com instrução e sentenças próprias. Logo, *"as sentenças serão distintas e a coisa julgada – como qualidade dos efeitos de cada qual dessas sentenças – só poderá alcançar a parte perante a qual a decisão foi proferida"*.⁴²

Desta forma, muito embora possam existir sentenças aparentemente contraditórias entre si, v.g., uma condenando um acusado e a outra absolvendo o outro réu pelos mesmos fatos, forçoso é reconhecer que esta contradição na realidade não existe, já que, conforme visto acima, se trataram de dois processos distintos, com imputações e instruções diversas, onde em cada um deles foi apurada a prática de um

⁴¹ *Idem* p. 31-32.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* p. 32-35: *"perante o ordenamento vigente, não há qualquer fundamento para estender aos terceiros, possíveis litisconsortes, a autoridade da coisa julgada, se do processo eles não participaram. Ademais, a ampliação da coisa julgada ao co-agente, secundum eventum litis, não eliminaria o eventual conflito lógico de julgados contraditórios quando a primeira sentença fosse de condenação e a segunda de absolvição... desse modo, a exclusiva extensão da sentença absolutória não seria de molde a eliminar os conflitos lógicos, além de favorecer o terceiro com uma injustificada impunidade, incompatível com o caráter relativo do julgado"*.

fato em relação a cada um dos denunciados. Não houve análise, portanto, apenas do mesmo “fato”, mas sim deste “fato” em relação a cada um dos acusados processados autonomamente, o que evidencia que o objeto de cada processo não foi idêntico, permitindo a prolação de sentenças apenas aparentemente contraditórias entre si.

Com estas palavras se encerra o presente estudo, que, muito embora seja extremamente sucinto, tem o escopo de tentar contribuir para o debate sobre estas intrincadas questões do Direito Processual Penal.☐

PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL

Rogério Machado Mello Filho

Advogado em Recife/PE e Professor do Curso de Direito da Faculdade dos Guararapes/PE.

1. INTRODUÇÃO: DO MONISMO AO PLURALISMO JURÍDICO

O advento do Código Civil francês de 1804, dentre outros, como o Código Penal de 1810, proporcionou uma ampla mudança no tocante às formas de manifestação do Direito. O surgimento destes Códigos fez emergir àquela época um súbito processo de positivação, sob o basilar argumento da segurança jurídica. O culto à lei restou cada vez mais evidente, sobretudo quando das primeiras manifestações da Escola da Exegese. Apesar destas distorções, o Código Napoleônico consolidou uma nova visão do Direito e, por conseguinte, de Estado, qual seja, o Estado Moderno.

Esta nova concepção de Estado deixa para trás toda uma cultura fragmentária herdada do sistema feudal. Miguel Reale bem elucida esta passagem ao afirmar que “No período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial. Havia um direito para o clero, como outro havia para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía seu sistema particular de regras, seus usos e costumes, muitas vezes conflitantes, regendo-se determinadas relações pelo Direito Canônico e outras pelo Direito Estatal.”¹

¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996, 17ª ed., p. 412.

A modernidade trouxe consigo uma nova bandeira, o chamado monismo jurídico, isto é, num determinado espaço geopolítico só pode haver uma ordem jurídica. A noção de soberania estatal ganha força e se consolida. Cada Estado é soberano e apenas a ordem jurídica por este estabelecida tem validade. Versando sobre este contexto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que “a soberania, antes uma relação externa entre o senhor e o súdito, toma agora a forma de um exercício interno de comando e de organização.”²

Havia a intenção de que a lei estatal fosse o reflexo fiel dos anseios da população. Só que muitas vezes isto não ocorria (como não ocorre até hoje). Também não poderia ter sido diferente na medida em que a positivação, de fato, se deu para assegurar os direitos (ou privilégios) da sociedade burguesa dominante. Com isso, algumas reações ao monismo jurídico foram surgindo, sendo uma das mais incisivas a realizada pela Escola do Direito Livre de Hermann Kantorowicz, sobretudo em 1906, com a publicação da obra “A luta pela ciência do Direito”.

No Brasil, estas posturas críticas tomaram fôlego diante dos anos de repressão vividos na ditadura. Alguns sociólogos e estudiosos do Direito, também influenciados pela literatura estrangeira, passaram a escrever e a defender o chamado pluralismo jurídico, isto é, a possibilidade da coexistência de ordens jurídicas num mesmo espaço geopolítico. Quem primeiro trabalhou empiricamente no Brasil a noção de pluralismo jurídico foi o sociólogo português Boaventura de Souza Santos, evidenciando o chamado “direito de Pasárgada”³.

Após estas considerações propedêuticas, analisaremos alguns aspectos relevantes acerca do pluralismo jurídico e, sobretudo, sua expressão no Brasil.

2. PLURALISMO JURÍDICO CULTURAL E SOCIOLÓGICO

Como já restou evidenciado acima, o conceito de monismo jurídico reside na afirmação de que num mesmo espaço geopolítico

² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994, 2ª ed., p. 178.

³ SANTOS, Boaventura de Souza. “Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada”. <http://www.dhnet.org.br>. Jan./03, p. 01.

não pode haver mais de uma ordem jurídica. Tomando como base este conceito, a doutrina adota diversas formas para caracterizar o pluralismo jurídico. Entendo que o critério utilizado pelo sociólogo Luciano Oliveira é o que mais esclarece o fenômeno pluralista, qual seja o da existência de um pluralismo jurídico cultural e de um pluralismo jurídico sociológico.

Este critério é pertinente ao evidenciar que o pluralismo jurídico pode existir não apenas em razão da concomitância de um direito estatal e um outro não-estatal que *surge posteriormente* como reação àquele. Veja-se, por exemplo, o caso das populações indígenas. O novo direito dos colonizadores, que se tornou oficial por imposição, tinha muitas vezes que conviver com os resquícios do “direito” nativo. Esta realidade reflete o chamado pluralismo jurídico cultural e, neste contexto, Luciano Oliveira elucida que “A mais conhecida é a situação do colonialismo do século XIX, onde havia necessariamente a coexistência, num mesmo espaço arbitrariamente unificado como colônia, do direito do estado colonizador e dos direitos tradicionais”⁴.

A perspectiva pluralista sociológica, por sua vez, é a da convivência entre o direito oficial e direitos não-oficiais que emergem contrariando o exclusivismo estatal. Neste sentido, Marcelo Neves esclarece que “O pluralismo jurídico surge exatamente como contestação da pretensão exclusivista do Estado. Constrói-se a concepção da concomitância de ordens jurídicas no mesmo tempo-espaço e, a partir daí, nega-se a pretensão de “onipotência” do Estado”⁵.

O Estado Moderno puxou para si a pretensão de ordenar exaustivamente a sociedade e de dirimir todo e qualquer conflito intersubjetivo. Ocorre que, empiricamente, torna-se cada vez mais evidente que a atividade estatal muitas vezes não contempla as necessidades sociais. O pluralismo jurídico, diante desta crise do Estado, surge como uma alternativa.

⁴ OLIVEIRA, Luciano. "Pluralismo jurídico e direito alternativo no Brasil. Notas para um balanço". (artigo ainda não publicado)

⁵ NEVES, Marcelo. "Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina". **Anuário do Mestrado em Direito da UFPE**. Recife: n. 06, 1993, p. 314.

Ainda no tocante ao pluralismo jurídico sociológico, Marcelo Neves salienta que “A discussão temática dirige-se em torno da pluralidade de “fontes” de produção social do Direito, que seriam bem mais amplas do que o poder do Estado. Desenvolve-se, assim, um antilegalismo contrário à pretensão exclusivista do direito positivo estatal. Pretende-se reconhecer a autonomia de outras esferas jurídicas em face do Estado”, e continua: “Afirma-se, igualmente, a existência de outras *esferas de juridicidade* que se distinguem nitidamente da estatal. Não se nega a capacidade de auto-reprodução consistente do Direito positivo estatal. A sua identidade e autonomia operacional é pressuposta. Não se discute, portanto, se existe a positividade e, especificamente, a legalidade. Ao contrário, critica-se o legalismo juridicizante do Estado, na medida em que não responde adequadamente às expectativas da sociedade. As “formas jurídicas alternativas” surgiriam exatamente como reação a problemas de heterorreferência ou adequação do Direito positivo estatal, em decorrência do excesso de legalismo juridificante.”⁶ (grifo nosso)

3. A AUTONOMIA DAS ESFERAS DE JURIDICIDADE COMO REQUISITO DO PLURALISMO

Como restou patente acima, para que se possa falar em pluralismo jurídico, faz-se necessário, na expressão de Marcelo Neves, que as *esferas de juridicidade* sejam dotadas de autonomia. Sem este requisito as esferas se mesclariam a ponto de perderem sua identidade e, conseqüentemente, não haveria que se falar na existência de um pluralismo jurídico, mas sim na de uma *miscelânea social*⁷, como veremos *a posteriori*. Diante disto, surge a problemática acerca da autonomia do direito positivo estatal.

3.1. Da Teoria Biológica à Autopoiese Luhmanniana

A autonomia do Direito estatal encontra respaldo na teoria da autopoiese⁸. Primeiramente desenvolvida pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, esta teoria tinha como ob-

⁶ NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico...*, p. 317/318.

⁷ NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico...*, p. 320.

⁸ A expressão autopoiese deriva do grego *autós* (por si mesmo) e *poiesis* (produção, criação)

jetivo responder a questionamentos neurofisiológicos sobre a auto-organização e a auto-produção dos sistemas vivos.

A teoria da autopoiese foi transportada para as ciências sociais por intermédio do sociólogo Niklas Luhmann, que desenvolveu a chamada teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Para ele, o Direito seria autônomo na medida em que se autoproduzia e se auto-organizava sob a observância de um código-diferença lícito/ilícito. Neste sentido, Luhmann afirma que “A autonomia do sistema não é, então, nada mais do que operar conforme o próprio código.”⁹

A autonomia do Direito resta caracterizada na medida em que ele se relaciona com outras esferas sociais sem que os interesses e conceitos destas últimas integrem automaticamente o universo jurídico. Nesta ordem de idéias, Marcelo Neves bem elucida que “o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com seus próprios critérios, os fatores do meio ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, ela depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico”¹⁰. Em outras palavras, a autonomia do Direito existe em razão deste ser, segundo Luhmann, “normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”.

Délton Winter de Carvalho, de forma análoga, afirma que “O Direito mantém uma interdependência com a sociedade, entretanto, devido ao seu poder de autoprodução aquele é autônomo em relação a esta. A interação de todos os componentes do sistema jurídico – processos, identidade, estrutura, atos jurídicos, normas jurídicas – apresentam-se em uma articulação hipercíclica, possibilitando seu fechamento operativo por causa de sua auto-manutenção (autoreferência, auto-organização, autoprodução)”¹¹.

⁹ LUHMANN, Niklas. *Apud* NEVES, Marcelo. "Da autopoiese à alopoiese do Direito". **Anuário do Mestrado em Direito da UFPE**. Recife: n. 02, 1992, p. 283.

¹⁰ NEVES, Marcelo. *Da autopoiese...*, p. 282.

¹¹ CARVALHO, Délton Winter de. "O direito como um sistema social autopoietico: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do direito". <http://www.ihj.org.br>. Jan./03, p. 07

3.2. A Alopoiese como Estrutura Deteriorante do Pluralismo Jurídico

O referido fechamento operativo possibilita que o Direito apenas incorpore do meio-ambiente aquilo que esteja em conformidade com o código binário lícito/ilícito. A partir do momento em que os interesses e conceitos das outras esferas sociais passarem a integrar a esfera jurídica de forma direta e sem obedecer ao supracitado código, a autonomia do Direito deixa de existir e, neste momento, não há mais que se falar em autopoiese, mas sim em alopoiese¹² do Direito.

Marcelo Neves afirma que “Só quando há uma assimetria externa ao nível da orientação normativa é que surge o problema da alopoiese como negação da auto-referência operacional do Direito”, e continua: “O respectivo sistema é determinado, então, por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e meio ambiente”¹³.

Verifica-se, assim, que numa estrutura alopoiética, onde a autonomia do Direito não mais existe, o pluralismo jurídico também resta prejudicado. As esferas sociais se interpenetram de forma livre, sem qualquer filtragem, o que inviabiliza em sua essência a possibilidade da caracterização do pluralismo jurídico.

4. A REALIDADE BRASILEIRA

O Direito brasileiro é notadamente deteriorado pelo fenômeno alopoiético. Nada mais comum na imprensa, por exemplo, do que a notícia de que um juiz fulano de tal será investigado por favorecer políticos ou empresários. Este nada mais é do que um exemplo de que a esfera jurídica passa a incorporar diretamente fatores de outras esferas sociais (interesses políticos e econômicos), sem qualquer tipo de filtragem operacional.

Diante disto, pode-se afirmar que, no Brasil, a existência do chamado pluralismo jurídico, na concepção adotada no presente trabalho, resta inviabilizada. Versando sobre os chamados “países periféricos” (que abarca o Brasil), Marcelo Neves afirma que “Observa-se

¹² A expressão alopoiese deriva do grego *alo* (por outro) e *poiesis* (produção, criação)

¹³ NEVES, Marcelo. *Da autopoiese...*, p. 287.

que os códigos e critérios do ter e do poder não apenas atuam como condições “infra-estruturais” ou meio-ambientais de reprodução do sistema jurídico. Antes eles atuam como injunções bloqueantes e destrutivas do processo de reprodução autônoma e de construção da identidade do(s) Direito(s). Daí resulta uma insuficiente desintração operacional das esferas econômica, política e jurídica, entre outras, de tal maneira que a situação não se apresenta simplesmente como miscelânea jurídica, mas primariamente como uma *miscelânea social* de códigos e critérios de conduta”¹⁴. Em outras palavras, as esferas sociais se mesclam e o pluralismo jurídico perde seu espaço para a *miscelânea social*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O DIREITO *CORDIAL* BRASILEIRO

O Direito brasileiro, como restou evidenciado, não reflete a teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann. Isto ocorre pelo fato de que sua autoprodução e auto-organização não se verificam mediante a observância de um código binário, estabelecido pela própria esfera jurídica. Empiricamente, constata-se que fatores de outras esferas sociais penetram o Direito de forma livre, sem qualquer critério seletivo.

O fechamento operativo, que resguardaria a autonomia do sistema jurídico, não funciona adequadamente. O universo jurídico passa a se mesclar com seu meio ambiente, acarretando, assim, a descaracterização de sua identidade. Resta patente, diante desta situação, a configuração de uma alopoiese jurídica, como supracitado. Vale ressaltar que isto não ocorre apenas no Brasil, mas sim em toda *modernidade periférica*¹⁵, como salienta Marcelo Neves.

Destarte, percebe-se que o que há no Direito brasileiro, na expressão de Sérgio Buarque de Holanda¹⁶, é um processo de *cordialidade*. Ao invés de os sistemas interagirem de forma autônoma e através de seus próprios critérios de filtragem, eles assimilam os fatores ambientais conforme a cultura da influência das famílias afortunadas, do poder, dos interesses econômicos, dentre outras estruturas deteriorantes.

¹⁴ NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico...*, p. 321.

¹⁵ NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico...*, p. 326.

¹⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: 1979, 13ª edição.

Entendemos, portanto, que podemos visualizar nossa realidade jurídica como a de um *Direito cordial*. Por fim, e para consolidar esta tese, amparo-me nas sempre esclarecedoras palavras de Marcelo Neves quando afirma que “é evidente que, no contexto da modernidade periférica latino-americana, não se pode falar em pluralismo jurídico no sentido pós-moderno, na medida em que falta não apenas encaideamento auto-referencial, mas também emalramento de comunicações jurídicas topicamente desenvolvidas. Trata-se da confusão de códigos jurídicos construídos e aplicados difusamente, como também do intrincamento destes com os códigos do poder, da economia, familiar, da amizade, como também daquilo que os alemães chamam de “boas relações”. 

DIREITO FALIMENTAR BRASILEIRO¹

Celso Marcelo de Oliveira

Consultor empresarial. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial, do Instituto Brasileiro de Direito Bancário, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, do Instituto Brasileiro de Direito Societário e do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, da Academia Brasileira de Direito Tributário e da Associação Portuguesa de Direito do Consumo. Autor de inúmeras obras jurídicas - destaque para **Tratado de Direito Empresarial Brasileiro**.

INTRODUÇÃO AO DIREITO FALIMENTAR

A imperiosa necessidade de repensar-se o novo Direito Falimentar Brasileiro não é proclamada apenas por estudiosos brasileiros, mas sentida por juristas de todos os países do Ocidente, o que provocou uma ampla discussão sobre o conceito, a estrutura e a função de antigos e novos institutos e suscitou um movimento revisionista na Alemanha, Áustria, Espanha, Estados Unidos da América, França, Inglaterra, Itália e Portugal².

¹ Vide **Tratado de Direito Empresarial Brasileiro**, Volume I – **Teoria Geral do Direito Comercial e Teoria Geral das Empresas**, Volume II – **Teoria Geral do Direito Societário** e Volume III – **Teoria Geral do Direito Falimentar e Teoria Geral dos Contratos e Obrigações Civis** de nossa autoria e editado pela Editora LZN (19 32367588).

² Áustria, com a Lei de 1.7.1982; os Estados Unidos da América, com a reforma do The Bankruptcy, em 1978, 1984 e 1985; a Inglaterra com o Insolvency Act, de 1986; a França, com a Lei n.º. 84-148, de 1984, denominada prevenção e regulamento amigável das empresas em dificuldades, e a Lei n.º. 85-98, denominada saneamento e liquidação das empresas; a Itália, com o Decreto-Lei n.º. 602, de 1978, e a Lei n.º. 95, de 1979, denominada administração extraordinária das grandes empresas, e Portugal, com o Decreto-Lei n.º. 11/66, empenharam-se na criação de regras jurídicas objetivando a preservação da empresa, econômica e financeiramente viável, assim como a conservação da empresa produtiva é o fim do Anteprojeto de Lei Concursal da Espanha, elaborado por uma Comissão de Juristas presidida por D. Manuel Olivencia Ruiz, entregue ao Ministério da Justiça em 27.6.1983; o Projeto do Prof. Piero Pajardi da Reforma da Lei de Falências da Itália e o Trabalho da Comissão de Juristas da Alemanha, que se encerrou em 1985.

Em recente estudo o mestre Carlos Henrique Abrão, que atuou como membro da Comissão de Estudos da Lei de Falências, fez algumas considerações sobre a nova Legislação Falimentar Brasileira: “Debatida amplamente com a sociedade e com os diversos segmentos que a representam, a disciplina que cuida da reorganização e liquidação judicial das empresas em crise (Lei de Falências) vem disposta no Projeto de Lei nº 4.376/93 e em seu substitutivo. Ambos modificam radical e substancialmente o atual Decreto-lei 7.661, de 1945, cujo meio século de vida, devido às tendências da economia globalizada, fez com que ele perdesse a razão de ser. De efeito, aprovado o diploma na comissão e com a sua provável votação ainda em 2004, será dado um passo importante para atender aos interesses da atividade empresarial. Hoje, mais do que nunca, ela precisa de oxigênio (e de boa qualidade) para prosseguir nos negócios, erradicando as mazelas que sufocam a produção e deixam estagnado o consumo, sinal das elevadas taxas de juros e das adversidades da política - muito cara - de manter a qualquer custo a moeda estabilizada.”

INSTITUTO FALIMENTAR E A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA MUNDIAL

Como sabido, o Direito Falimentar, em seus primórdios e durante séculos, tinha por finalidade exclusivamente atender aos interesses dos credores, mesmo com sacrifício da liberdade, da saúde e até da vida do devedor. No Direito Romano, a obrigação era essencialmente pessoal, isto é, na falta de cumprimento, o devedor respondia com o seu próprio corpo e não com o patrimônio. Não se exigia a intervenção do Estado, todo problema era resolvido pelas próprias mãos dos credores. A fase mais primitiva do direito romano foi o direito quiritário, época essa, em que a pessoa do devedor era adjudicada ao credor e reduzida a cárcere privado. Sob esse aspecto temos o parecer de Amador Paes de Almeida³: O direito quiritário (período mais primitivo do direito romano) admitia a adjudicação do devedor insolvente que, por sessenta dias, permanecia em estado de servidão para com o credor. Não solvido o débito, podia vendê-lo como escravo no estrangeiro (*Trans Tiberim*), e até mesmo matá-lo.

³ ALMEIDA, A. P. **Curso de Falência e Concordata**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

A partir da Lei das XII Tábuas se delinearão a execução singular e a execução coletiva, sendo essa fase de grande contribuição do direito romano ao nosso instituto. No ano de 428 ou 441 a.C. surgiu a Lex Poetelia Papiria⁴, onde os bens do devedor e não mais o seu corpo passam a constituir garantia dos credores. Nelson Abrão destaca dois importantes efeitos da Lex Poetelia Papiria. Em suas palavras: "A **missio in possessio** ⁵ nem foi precedida pela Lex Poetelia Papiria, do ano 428 ou 441 de Roma, com dois importantes efeitos: suprimiu do processo de execução a vindita⁶ corpórea consubstanciada na **manus injectio** e deu maior conotação pública ao procedimento, acrescentando a ingerência do magistrado. A Lex Poetelia Papiria, imprimindo um abrandamento sensível nos meios de execução das dívidas do devedor insolvente, porquanto a execução não mais poderia recair sobre a pessoa do devedor, mas apenas sobre o seu patrimônio. Essa modificação no sistema de execução coletiva das dívidas, através da **cessio bonorum**, inspirou o legislador medieval a criar o instituto da moratória e da concordata preventiva da falência, que, a sua vez, perduraram também por muitos séculos, chegando aos nossos dias. A moratória e a concordata preventiva da falência fizeram surgir uma situação inusitada no processo de insolvência, pois não mais se buscava apenas a satisfação dos credores, mas a composição entre devedor e seus credores."

Depois a Lei Aebutia (643), que fez substituir o processo das **legis actiones** pelo processo formular, o pretor Rutilio Roffo, à vista da **bonorum sectio**, instituiu a **missio in bona** ou **missio possessionem**, que consistia no desapossamento dos bens do devedor, a pedido do credor e por ordem do magistrado. Perdia, então o devedor a administração de seus bens, que passavam ao curator, nomeado pelo magistrado. O credor dava, então, publicidade à **missio (bonorum prescriptio)** para que os outros credores pudessem vir a concorrer, dentro de trinta dias.

⁴ Lex Poetelia Papiria: Lei que extinguiu o instituto do nexum, ou escravidão do devedor insolvente. Marca ela o divisor das concepções obrigacionais, antiga, ou perseguição do corpo do devedor e só por extensão o patrimônio, e moderna, perseguição dos bens do devedor e só por extensão o corpo.

⁵ **Missio in possessio**: Direito romano. Autorizações que eram dadas pelo juiz para que alguém tomasse posse de um patrimônio (**missio in bona**) ou de coisa singularizada (**missio in rem**).

⁶ Vindita: Ato ou efeito de vingança; desforra

Se passado esse prazo o devedor não solvesse seus compromissos, o curator alienava (**bonorum venditio**) ao melhor ofertante (**bonorum emptor**) o patrimônio do devedor e este o sucedia a título universal respondendo, conseqüentemente, pelas obrigações assumidas pelo devedor, pagando proporcionalmente caso o ativo fosse insuficiente para a satisfação completa de todos e obedecendo a mais perfeita igualdade. Se o devedor preferisse, podia usar da **cessio bonorum**, isto é, fazer cessão de seus bens ao credor, que podia vendê-los separadamente por intermédio do curador (**bonorum distractio**) a fim de pagar, em rateio aos demais credores. No ano de 737, foi criada a **cessio bonorum** pela Lex Iulia, na qual alguns autores consideram o embrião da falência; escreve sobre esse aspecto Waldemar Ferreira: "Não poucos romanistas divisam na Lex Julia o assento do moderno Direito Falimentar, por ter editado os dois princípios fundamentais – o direito dos credores de disporem de todos os bens do devedor e da **par conductio creditorum** ⁷. Com a **cessio bonorum**, o credor passa a tomar iniciativa da execução em seu benefício e também dos demais credores, surgindo assim, o conceito de massa falida."

A Idade Média teve como base o direito romano e o direito canônico, formando seu direito comum. Nessa fase, o processo de execução se aperfeiçoa em decorrência do crescimento da autoridade estatal, que procurou coibir os abusos de caráter privado, mas isso não fez abolir a repressão penal, sendo esta traço característico do instituto falimentar daquela época. Depois de instaurada a falência os credores instituía, através de assembléias, um administrador para os bens do falido, sendo dado prazo de um ano pra saldar suas dívidas. Caso não fizesse certos estatutos como recorda Bolonha Milão (1964), excluía-no de todo e qualquer benefício; outros o privavam do direito de cidadania, lembrando também que se estendia toda a conseqüência dessa dívida aos seus filhos e herdeiros⁸.

Nos tempos chamados de modernos tivemos um marco importante, que foi a criação do Código Napoleônico. Pode-se notar, também, que nova mentalidade começou a influenciar o direito falimentar,

⁷ *apud* ALMEIDA, 2000, p. 3

⁸ LACERDA, J.C.S. **Manual de direito falimentar**. 14. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora S. A., 1999

devido às idéias individualistas e utilitaristas sobre a economia liberal. Napoleão, criador do código vigente, demonstrou, através deste, que não compreendia as distinções que havia entre os falidos; achava que o falido deveria ser julgado independente de sua culpa ou dolo, pois a falência poderia ser usada para criar fortuna, sem fazer perder a honra. No entanto, tomou medidas para impedir que isso acontecesse, criando a pena de detenção com efeitos de correção. Foi relevante nesse período a distinção feita entre os devedores honestos e os desonestos, facultando aos que estavam de boa-fé os benefícios da moratória, com o aperfeiçoamento da concordata. Com o passar do tempo foram surgindo novas leis, como a de 28 de maio de 1838, a de 4 de março de 1889, a de 22 de maio de 1955 e a de julho de 1967, estabelecendo à falência um caráter econômico-social, até chegar nos dias atuais em que ela é reconhecida como uma instituição social.

O Código comercial francês, de 1807, na elaboração do qual Napoleão Bonaparte teve preponderante atuação, conquanto impondo severas restrições ao falido, constitui-se em inegável evolução do instituto, restrito na legislação francesa ao devedor comerciante. Gradativamente abrandam-se os rigores da legislação, assumindo a falência um caráter econômico-social, refletindo no seu bojo as profundas alterações por que passaria o direito comercial, e que culminaria com a modificação do próprio conceito de empresa, vista hoje como uma instituição social⁹

INSTITUTO FALIMENTAR BRASILEIRO

O Brasil, como colônia de Portugal, naturalmente teve a aplicação do direito consubstanciado nas Ordenações do Reino. A primeira ordenação foi a Afonsina, mais tarde esta foi revista por D. Manoel, passando a ser chamada de Ordenações Manoelinas, onde predominavam os princípios do Direito Romano, reproduzindo, através da falência, o direito estatutário italiano, o qual submetia o devedor a rigor excessivo. Sobre esse momento, Rubens Requião¹⁰ descreve: "As Ordenações Afonsinas revistas por ordem del Rei D. Manuel, em 1521, passando a se denominar Ordenações Manoelinas, regulavam

⁹ ALMEIDA, Amador Paes. **Manual das sociedades comerciais**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1998

¹⁰ REQUIÃO, R. **Curso de Direito Falimentar**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991

também o concurso de credores, que ocorria quando o patrimônio do devedor não bastava para solver todos os seus débitos. Prevalencia, entretanto, ainda o princípio do primeiro exequente, dada a influência do antigo direito visigótico."

No ano de 1603, surgiram as Ordenações Filipinas, que abrangiam a Espanha e Portugal, submetido ao Reino de Castela, e que tiveram maior influência no Brasil, devido ao florescimento da Colônia e de suas atividades mercantis. Nessa fase, sendo o devedor condenado por sentença que transitasse em julgado, era, automaticamente, executado e penhorados os seus bens. Caso não achassem os bens, ele seria recolhido a cárcere privado até que pagasse, cabendo ao devedor optar por fazer a cessão de seus bens; sendo assim, seria libertado. Amador Paes de Almeida escreveu que eram impostas ao devedor culposas penas que variavam do degredo até a pena de morte, mas para os credores que não agiram com culpa era dado tratamento diferente. Em suas palavras: "E os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra em seus tratos e comércios lícitos, não constando de algum dolo, ou malícia, não incorrerão em pena alguma crime. E neste caso serão os autos remetidos ao Prior Cônsules do Consulado, que os procurarão concertar e compor com seus credores, conforme a seu regimento."¹¹

A lei de falências recebida de Portugal só passou a vigorar no Brasil após a Proclamação da República, conforme imposto pela Lei de 30 de outubro de 1823, através de notória observância do Alvará expedido em 18 de agosto de 1769, o qual aplicava a lei das nações civilizadas, como também do Código Napoleônico de 1807. No ano de 1850, período designado imperial, foi promulgado o Código Comercial.

Dedicou a sua terceira parte às "quebras", inaugurando assim, a primeira fase histórica desse instituto do direito brasileiro, e que se estenderia até o advento do regime republicano. José Cândido Sampaio de Lacerda descreveu sobre essa época, destacando os principais aspectos: "Em 1850, promulgado o Código Comercial, dedicou ele a sua terceira parte à falência, intitulando-a "Das Quebras", tendo o Decreto nº 738, de 1850, estabelecido o processo para as falências

¹¹ ALMEIDA, A. P. **Curso de Falência e Concordata**. 15. ed. São Paulo: Saraiva,1997

(arts. 102 a 187). Com a publicação do Código Comercial de 1850 inaugura-se a primeira fase histórica do instituto do direito brasileiro, fase essa que se estenderia até o advento do regime republicano. "Nesse período, o que caracteriza a falência é a cessação de pagamentos (art. 797). Alegava-se, contra o sistema do Código Comercial, ser lento, complicado, dispendioso, prejudicando, a um tempo, credores e devedor; além disso, dava maior importância à apuração da responsabilidade comercial da falência, pois só com a ulatimação do processo da quebra e qualificação da falência é que iniciava a liquidação da massa. Por outro lado, a aceitação da concordata, dependendo da maioria de credores em número e que representassem pelo menos dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata (art. 847, 3ª al.), constituía obstáculo à obtenção desse favor.¹²

O período republicano teve seu início marcado pela proclamação da República. Com esse evento, surgiu a preocupação moralizante com o governo que se instalara, a reelaboração da legislação sobre a falência. Sendo assim, o Governo Provisório optou por revogar, inteiramente, as disposições sobre falências do Código Comercial pelo Decreto nº 917 de 24/10/1890. Essa nova lei trouxe as esperanças de conter a fraude, sendo considerada um marco para o andamento em matéria de falência, caracterizando-se o estado de falência por atos ou fatos previstos na lei e pela impontualidade do pagamento da obrigação mercantil líquida e certa, tendo instituído como meios preventivos a moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva. Mas, mesmo fazendo algumas mudanças importantes para o sistema, esse decreto não foi isento de críticas, sendo reformado pela Lei nº 859 de 16/08/1902, regulamentada pelo Decreto nº 4.855 de 02/06/1903. Promulgou-se, então, a Lei 2.024 de 17/12/1.908. Essa nova lei baseou-se no projeto do comercialista J. X. Carvalho de Mendonça, apresentando suas características, conforme relata Nelson Abrão: "Apresentou como características essenciais: a impontualidade como caracterizadora da falência; a enumeração das obrigações cujo inadimplimento denota a falência; alinhou os chamados atos

¹² LACERDA, J.C.S. **Manual de direito falimentar**. 14. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora S. A.,1999

falimentares, a exemplo do Direito Inglês; suprimiu a concordata amigável, admitida só a judicial; conceituou os crimes falimentares e estabeleceu que o procedimento penal correria em autos apartados e, a partir do recebimento da denúncia (àquela época pronúncia) perante o juiz criminal; determinou a escolha de um até três síndicos, conforme o valor da massa, entre os maiores credores¹³.

Em 21 de outubro de 1943, novo anteprojeto é apresentado, agora elaborado por uma comissão composta pelo Ministro da Justiça Alexandre Marcondes Filho, e este se transformou na lei vigente, isto é, no Decreto-Lei nº 7.661 de 21/06/1.945. Esse novo decreto teve como novidade a extinção da figura do liquidatário e, também, o fato de que a concessão da concordata preventiva não ficava mais à mercê dos credores. Instaurou-se, também, a marcha paralela do processo falimentar com o processo criminal. Nas hipóteses de crime falimentar, trazia, no entanto, um tratamento severo ou tolerante ao falido, na esfera civil. O Decreto-Lei nº 7.661 sofreu, posteriormente, muitas alterações, principalmente no que concerne às concordatas e à classificação dos créditos e recursos cabíveis.

Com o tempo, verificou-se que a moratória e a concordata preventiva da falência, na forma de acordo entre devedor e seus credores, não atendiam às necessidades do devedor, cumprindo, então, mudar de novo o sistema, para tornar, independente da vontade dos credores, obrigatória a dilação dos prazos de pagamento das dívidas do devedor e até mesmo a remissão parcial, o que veio a ocorrer com a concordata preventiva da falência imposta pelo juiz, pelo simples fato de o devedor preencher determinados requisitos expressamente previstos em lei. Neste momento, passa, então, a ser a concordata preventiva da falência deferida em benefício do devedor, com efeitos reflexos sobre os direitos do credor.

DIFICULDADES DO SETOR EMPRESARIAL BRASILEIRO

Recentemente o ilustre Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Dr. Jorge Lobo, em artigo jurídico “O Moderno Direito

¹³ ABRÃO, N. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1978

Concursal”, expôs de forma magnífica que se as dificuldades das empresas fossem sempre as mesmas, as soluções não seriam difíceis, pois, diagnosticadas as causas, bastava combatê-las com remédios jurídicos específicos, constituindo erro crasso considerar a impontualidade ou a cessação de pagamentos ou a insolvência as causas das crises das empresas, pois estas não são mais do que efeitos de causas mais variadas e complexas, porquanto as verdadeiras causas das crises das empresas são de várias ordens, podendo-se classificá-las a grosso modo em:

a) causas externas: aperto da liquidez dos bancos; redução de tarifas alfandegárias; liberação das importações; mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia; criação de impostos extraordinários; surgimento de novos produtos; queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais; retração do mercado consumidor; altas taxas de juros; inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado.

b) causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários: sucessão do controlador; desentendimento entre sócios; capital insuficiente; avaliação incorreta das possibilidades de mercado; desfalque pela diretoria; operações de alto risco; falta de profissionalização da administração e mão-de-obra não qualificada; baixa produtividade; excesso de imobilização e de estoques; obsolescência dos equipamentos; redução das exportações; investimento em novos equipamentos.

c) causas acidentais: bloqueio de papel-moeda no BACEN; maxidesvalorização da moeda nacional; situação econômica anormal da região, do país ou do mercado consumidor estrangeiro; conflitos sociais.

E concluiu que “diante de tão diferentes causas, que atingem a empresa; os acionistas empresários; os acionistas rendeiros; os acionistas especuladores; os empregados; os fornecedores; as instituições financeiras; os consumidores; o crédito público; o Poder Público e a coletividade como um todo, qual a solução prevista no Decreto-Lei nº. 7.661/45 para evitar a derrocada da empresa em crise? Apenas a concordata preventiva da falência, solução que, se, em 1945, era a única cogitável, atualmente deixa muito a desejar, pois em desacordo com a finalidade precípua do moderno Direito Concursal.”

ANTECEDENTES DA NOVA LEI FALIMENTAR

A Lei de Falências vigente encontra-se em fase de uma ampla reformulação, que vamos analisar na seqüência em nossa obra. Deverá a nova legislação se adaptar às profundas alterações políticas e sociais no mundo moderno e ao novo papel da empresa.

Uma das fontes da nova Legislação Falimentar é o Direito Italiano¹⁴. O jurista Ferrara sugere que o instituto italiano em vigor passe a chamar-se de saneamento da empresa. Cesare Vivante, que estudaremos com profundidade em nosso **Tratado de Direito Empresarial Brasileiro**, veio sugerir uma profunda reformulação no processo falimentar Italiano com um processo falimentar para pequenos estabelecimentos; transcrevemos o seu pensamento abaixo: “Antes da nova lei, sucedia freqüentemente aplicar-se o complicado e dispendioso processo de falência a pequenos estabelecimentos condenados à impotência da sua originária miséria, obrigados a sucumbir a débitos cuja totalidade não excede a uns milhares de liras. O estado e o resultado destas miseráveis falências era penoso: um ativo insuficiente para cobrir as despesas do processo; uma pequena massa de credores a que as formalidades judiciais tiravam, depois de os terem estorvado com alguns enfados, o pouco que ainda existia no patrimônio do falido; um pobre desgraçado atormentado com o processo de bancarrota por não ter escriturado regularmente os livros prescritos, que muitas vezes não eram necessários ao giro do seu estabelecimento. A nova lei procura impedir estes tristes resultados na sua segunda parte,

¹⁴ ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902; – GUARIGLIA, *Il concordato nel diritto italiano e stranziero*, Napoli, 1892; – BIONDI, *Del concordato amichovale*, Napoli, 1891; – BOLAFFIO, *I componimenti privati e il concordato*, no Temi Veneta, 1886; – WACH, *Der zwangsvergleich*, Leipzig, 1896. BONELLI, *Del fallimento, Comentário ao Cód. Com.*, Vallardi, em 3 v., obra preciosíssima; – SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, FIRENZE, 1897; – CUZZERI, *Il codice di commercio italiano commentato*, v. VII, Verona, Druck & Tedeschi, 2ª ed., 1901; – VIVANTE, *Il fallimento civile*, apêndice ao v. I do Trattato, 3ª ed.; – LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité de droit comm.*, 3ª ed., v. VI e VII; – THALLER, *Des faillites en droit comparé*; Paris, 1887; – ID., *Traité général de droit commercial* (v. XV e XVI), Paris; – KHOLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1903; – SEUFFERT, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899; – SARWEY UND BOSSERT, *Kommentar zur Konkursordnung*, 1900.

que regula a liquidação coletiva das pequenas empresas – não pertencentes a sociedades. O processo a seguir é simples e econômico. O comerciante, que não seja devedor da importância superior àquela cifra, dirige-se ao Presidente do tribunal para que mande convocar os seus credores; e o Presidente em seguida a este pedido – que produz quanto ao patrimônio do devedor o mesmo efeito que o requerimento de uma concordata preventiva nomeia um comissário judicial, que exerce as suas funções sob a direção do Pretor em que o recorrente exerce o seu comércio.”

E continua o ilustre jurista Italiano: “Na reunião dos credores, convocada e presidida pelo Pretor, o comissário informa sobre o procedimento e condições econômicas do devedor, e este apresenta as propostas de concordata, que se têm por aprovadas quando há a maioria, que vimos ser necessária para a aprovação da concordata preventiva. Neste caso, a concordata, que não tem que ser submetida à homologação, torna-se logo executória, e a posição respectiva dos credores e dos fiadores do devedor concordatário é a mesma que na concordata preventiva. Se, na reunião dos credores surgem contestações, o Magistrado, depois de ter procurado conciliá-las, resolve-as como árbitro e amigável mediador. Quando as propostas do devedor são rejeitadas, ou quando a concordata é anulada, ele considera-se falido, mas a liquidação dos seus bens regula-se diversamente da falência ordinária, segundo as modalidades estabelecidas pelos próprios credores, e ele não pode ser condenado por aqueles fatos, que na falência ordinária constituem o crime de quebra culposa simples. Aplica-se o mesmo processo quando requerida a falência de um comerciante por um credor. Se, porém, iniciado este processo especial, antes da votação da concordata, a intervenção do Magistrado é substituída pela do tribunal, que dá início ao processo da concordata preventiva, se existem as condições para ela requeridas, ou declara officiosamente a falência do devedor, quando não existam aquelas

condições e o devedor tenha cessado os seus pagamentos por obrigações comerciais.”

Devemos destacar que os Estados Unidos da América ¹⁵ cuidam de reorganizar a empresa permitindo ao devedor manter todos os poderes

¹⁵ STATUTE- (a) The following expenses and claims have priority in the following order: (1) First, administrative expenses allowed under section 503(b) of this title, and any fees and charges assessed against the estate under chapter 123 of title 28. (2) Second, unsecured claims allowed under section 502(f) of this title. (3) Third, allowed unsecured claims, but only to the extent of \$4,000 for each individual or corporation, as the case may be, earned within 90 days before the date of the filing of the petition or the date of the cessation of the debtor's business, whichever occurs first, for - (A) wages, salaries, or commissions, including vacation, severance, and sick leave pay earned by an individual; or (B) sales commissions earned by an individual or by a corporation with only 1 employee, acting as an independent contractor in the sale of goods or services for the debtor in the ordinary course of the debtor's business if, and only if, during the 12 months preceding that date, at least 75 percent of the amount that the individual or corporation earned by acting as an independent contractor in the sale of goods or services was earned from the debtor; (FOOTNOTE 1) So in original. The semicolon probably should be a period. (4) Fourth, allowed unsecured claims for contributions to an employee benefit plan - (A) arising from services rendered within 180 days before the date of the filing of the petition or the date of the cessation of the debtor's business, whichever occurs first; but only (B) for each such plan, to the extent of - (i) the number of employees covered by each such plan multiplied by \$4,000; less (ii) the aggregate amount paid to such employees under paragraph (3) of this subsection, plus the aggregate amount paid by the estate on behalf of such employees to any other employee benefit plan. (5) Fifth, allowed unsecured claims of persons - (A) engaged in the production or raising of grain, as defined in section 557(b) of this title, against a debtor who owns or operates a grain storage facility, as defined in section 557(b) of this title, for grain or the proceeds of grain, or (B) engaged as a United States fisherman against a debtor who has acquired fish or fish produce from a fisherman through a sale or conversion, and who is engaged in operating a fish produce storage or processing facility - but only to the extent of \$4,000 for each such individual. (6) Sixth, allowed unsecured claims of individuals, to the extent of \$1,800 for each such individual, arising from the deposit, before the commencement of the case, of money in connection with the purchase, lease, or rental of property, or the purchase of services, for the personal, family, or household use of such individuals, that were not delivered or provided. (7) Seventh, allowed claims for debts to a spouse, former spouse, or child of the debtor, for alimony to, maintenance for, or support of such spouse or child, in connection with a separation agreement, divorce decree or other order of a court of record, determination made in accordance with State or territorial law by a governmental unit, or property settlement agreement, but not to the extent that such debt - (A) is assigned to another entity, voluntarily, by operation of law, or otherwise; or (B) includes a liability designated as alimony, maintenance, or support, unless such liability is actually in the nature of alimony, maintenance or support. (8) Eighth, allowed unsecured claims of governmental units, only to the extent that such claims are for - (A) a tax on or measured by income or gross receipts - (i) for a taxable year ending on or before the date of the filing of the petition for which a return, if required, is last due, including extensions, after three years before the date of the filing of the petition; (ii) assessed within 240 days, plus any time plus 30 days during which an offer in compromise with respect to such tax that was made within 240 days after such assessment was pending, before the date of the filing of the petition; or (iii) other than a tax of a kind specified in section 523(a)(1)(B) or 523(a)(1)(C) of this title, not assessed before, but assessable, under applicable law or by agreement, after, the commencement of the case; (B) a property tax assessed before the commencement of the case and last payable without penalty after one year before the date of the filing of the petition; (C) a tax required to be collected or withheld and for which the debtor is liable in whatever capacity; (D) an employment tax on a wage, salary, or commission of a kind specified in paragraph (3) of this subsection earned from the debtor before the date of the filing of the petition, whether or not actually paid before such date, for which a return is last due, under applicable law or under any extension, after three years before the date of the filing of the petition; (E) an excise tax on - (i) a transaction occurring before the date of the filing of the petition for which a return, if required, is last due, under applicable law or under any extension, after three years before the date of the filing of the petition; or (ii) if a return is not required, a transaction occurring during the three years immediately preceding the date of the filing of the petition; (F) a customs duty arising out of the importation of merchandise - (i) entered for consumption within one year before the date of the filing of the petition; (ii) covered by an entry liquidated or reliquidated within one year before the date of the filing of the petition; or (iii) entered for consumption within four years before the date of the filing of the petition but unliquidated on such date, if the Secretary of the Treasury certifies that failure to liquidate such entry was due to an investigation pending on such date into assessment of antidumping or countervailing duties or fraud, or if information needed for the proper appraisement or classification of such merchandise was not available to the appropriate customs officer before such date; or (G) a penalty related to a claim of a kind specified in this paragraph and in compensation for actual pecuniary loss. (9) Ninth, allowed unsecured claims based upon any commitment by the debtor to a Federal depository institutions regulatory agency (or predecessor to such agency) to maintain the capital of an insured depository institution. (b) If the trustee, under section 362, 363, or 364 of this title, provides adequate protection of the interest of a holder of a claim secured by a lien on property of the debtor and if, notwithstanding such protection, such creditor has a claim allowable under subsection (a)(1) of this section arising from the stay of action against such property under section 362 of this title, from the use, sale, or lease of such property under section 363 of this title, or from the granting of a lien under section 364(d) of this title, then such creditor's claim under such subsection shall have priority over every other claim allowable under such subsection. (c) For the purpose of subsection (a) of this section, a claim of a governmental unit arising from an erroneous refund or credit of a tax has the same priority as a claim for the tax to which such refund or credit relates. (d) An entity that is subrogated to the rights of a holder of a claim of a kind specified in subsection (a)(3), (a)(4), (a)(5), (a)(6), (a)(7), (a)(8), or (a)(9) of this section is not subrogated to the right of the holder of such claim to priority under such subsection.

de gestão e representação da empresa. Nos EUA, as cortes federais têm a jurisdição exclusiva para o julgamento de “bankruptcy”, que em sentido mais amplo corresponderia a nosso instituto de falências e concordatas. A legislação pertinente é encontrada no Título 11 do “United States Code”. A lei americana prevê 5 tipos diferentes de proteção ao devedor, dependendo se o objetivo será de reorganizar as dívidas pessoais, da empresa (sendo diferente no caso de produtor rural), ou de entidade pública ou, tratar de simples liquidação dos bens e das dívidas, no caso de os ativos não permitirem a recuperação do devedor.

A Alemanha experimentou a Lei do Acordo, de 1935; a Espanha reconhece situações distintas entre a empresa que não paga, por dificuldades financeiras de momento, contornáveis, e a que simplesmente deixa de pagar. A França, na vanguarda, tem em vista a salvaguarda da empresa, a manutenção das atividades empresariais e o emprego. Roger Houin enriquece o relatório elaborado por uma comissão de juristas franceses com um memorável comunicado, com reflexos não só no direito comercial francês, mas também no direito comparado, pois defende a permanência da empresa dentro da falência, já que ela interessa não apenas aos assalariados, mas também aos sócios, especialmente aos acionistas e à própria economia do país.

DIRETRIZES DO PROJETO DE LEI 4.376-A DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

A Câmara Federal aprovou o Projeto de Lei 4.376-A e substitutivos da nova lei de falências, originado de mensagem do Poder Executivo e que veio a regular a nova legislação falimentar, a liquidação judicial e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas Leis Comerciais¹⁶.

¹⁶ O Poder Executivo, através da Mensagem n.º 1014, de 21 de dezembro de 1993, enviou ao Congresso Nacional texto do Projeto de Lei, acompanhado da Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça, Dr. Maurício Corrêa, elaborado pelas Comissões constituídas pelas Portarias 233, publicada no DOU, de 9 de maio de 1991, e 552 MJ. O Projeto de Lei 4376/93 está em trâmite no Congresso Nacional.

Participaram da primeira Comissão, coordenada pelo Dr. Raul Bernardo Nelson de Senna, os Drs. Leon Frejda Szklarowsky (secretário), Geraldo de Camargo Vidigal, assessorado pelos Drs. Geraldo Facó Vidigal, Marcos da Costa e Fernando D' Almeida e Souza Júnior; Solange Nascimento Velloso, Carlos Alberto de São Tiago Hagstrom, Danilo José Loureiro, Maria Luíza Grossi Franco Neto e Marília Pinheiro de Abreu Miranda (Texto e Nota Explicativa publicados, no DOU de 27 de maio de 1992); e da segunda, presidida pelo Dr. Alfredo Bumachar Filho, os Drs. Fran Martins, Rubens Requião, Werter R. Faria, José Fernando Mandel, João Raimundo Cysneiros Vianna e Leon Frejda Szklarowsky (Texto publicado, no DOU de 29 de julho de 1993).

A lei de falências e concordatas, Decreto-Lei nº 7.661/45, não atende mais a dinâmica da vida empresarial nem a realidade socioeconômica do nosso país. Com o passar do tempo acabou ficando ultrapassada, tendo em vista a economia ter se tornado competitiva e sujeita às pressões da globalização dos mercados. Em decorrência desse fator, o novo projeto da lei de falência vem redefinir o Direito Falimentar Brasileiro, tendo como escopo a recuperação das empresas viáveis, garantindo a sua permanência no mercado e, com isso, evitar a redução de empregos e o desaquecimento econômico.

O novo texto da Lei Falimentar foi criado pelo deputado Osvaldo Biolchi do PMDB-RS, e este garante que essa nova lei irá facilitar a recuperação das empresas e, conseqüentemente, gerar mais impostos e fazer justiça social, com uma revisão do privilégio de créditos tributários. O advogado e consultor jurídico de Brasília, subprocurador-geral da Fazenda aposentado e editor da **Revista Jurídica Consulex**, Leon Fredja Szklarowsky¹⁷, destaca em seu artigo alguns aspectos importantes dessa nova lei:

“O projeto governamental apresentou inúmeras novidades revolucionárias, destacando-se o instituto da recuperação da empresa, visando reorganizá-la, ao invés de destruí-la, para a manutenção dos empregados e a preservação da produção e circulação da riqueza, tendo em vista o desenvolvimento e o bem estar sociais; extensão às empresas estatais dos benefícios da concordata e da recuperação, se esta não ocorresse às custas do Tesouro Público e sim do próprio esforço; expressa submissão dessas empresas – sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades estatais – a falência, desde que explorem atividade econômica, em consonância com o artigo 173 da Constituição da República; supressão da concordata suspensiva, porque, no curso desta e da falência, poder-se-á propor recuperação da empresa. O substitutivo, adotado pela Comissão especial da Câmara dos Deputados, inova, com muita felicidade, na denominação do projeto, e também manteve a preocupação nuclear na recuperação e liquidação judicial de

¹⁷ Szklarowsky, "Projeto de Lei de Falências", www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp, 13/08/2003

empresas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas, em nome próprio e de forma organizada, visando recuperá-la, ao invés de destruí-la, para manutenção dos empregados e preservação da produção e circulação de riqueza, tendo por escopo o desenvolvimento e o bem estar social; e resguardou as linhas-mestras do projeto, como a submissão das empresas de economia mista e as empresas públicas.”

Enfim, pode-se constatar que inúmeras mudanças foram feitas através dessa nova lei de falência, mas o fundamental para esse trabalho é se ater às mudanças que se referem ao inquérito judicial, pois é o objeto principal em estudo.

O Projeto de Lei nº 4.376-A, segundo o seu artigo 1º, destina-se a regular a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica. Portanto, o Projeto mantém a falência no ordenamento jurídico brasileiro, conserva também o instituto da concordata preventiva, abole a concordata suspensiva e introduz essa nova ferramenta chamada “recuperação das empresas”.

A recuperação da empresa, na verdade, vem a preencher o vácuo deixado pelo desaparecimento da concordata suspensiva. Tal como esta última, a recuperação da empresa só pode ser requerida após a decretação da falência do devedor. O caput do artigo 9º do Projeto reza que “O devedor cuja falência for decretada pode requerer a continuação do negócio, que vise à sua recuperação.” Também a concordata suspensiva objetiva a recuperação do negócio do devedor; a diferença está na maior amplitude que o novo instituto da recuperação da empresa possui em relação à concordata. De início, somente o devedor tem legitimidade para requerer a concordata suspensiva, enquanto a recuperação da empresa pode ser pedida pelo devedor, por qualquer credor, por dois terços dos empregados existentes no trimestre anterior ao da decretação da falência, pelo Ministério Público e, em certas hipóteses, pelo Ministro de Estado e pelo Governador (artigo 10 do Projeto).

Por outro lado, e aí reside a diferença crucial entre os institutos, a concordata suspensiva corresponde aos benefícios de uma moratória e/ou remissão parcial das dívidas quirográficas, enquanto à recuperação da empresa correspondem diversos meios, dentre eles: transformação, incorporação, fusão ou cessão; alteração ou substituição

do bloco de controle; substituição total ou parcial dos administradores; aumento do capital social; arrendamento; constituição de garantias reais ou pessoais; prazos antecipados e condições especiais de pagamento dos créditos dos fornecedores de serviço e financiadores que se obriguem a continuar operando normalmente com a empresa, durante toda recuperação (artigo 13 do Projeto). Essas medidas podem ser aplicadas isoladas ou de forma conjugada. Além disso, na recuperação da empresa exige-se que o requerente apresente um plano de recuperação econômica e financeira da empresa, a demonstração de viabilidade de sua execução e um plano de solução do passivo (artigo 9, §§ 1º e 2º do Projeto), ao passo que na concordata suspensiva o devedor roga tão-somente uma melhor forma de pagamento dos seus débitos quirografários, sem qualquer obrigação de apresentação de um plano de recuperação da empresa.

Em relação à concordata suspensiva, os percentuais de pagamento dos créditos quirografários são também maiores na recuperação da empresa: o Decreto-lei nº 7.661/45 prevê o pagamento mínimo de trinta e cinco por cento, se a concordata for à vista, e cinquenta por cento, em prazo que não exceda a dois anos (artigo 177), enquanto o Projeto fixa o pagamento mínimo de sessenta por cento dos créditos quirografários quando o prazo for à vista, oitenta por cento – quando o prazo for de dois anos, e cem por cento quando o prazo for de três anos (artigo 32). Comparativamente ao quadro que perdura, onde o devedor que pode ir à falência dispõe da concordata preventiva para evitar a quebra, e da concordata suspensiva para remediá-la, pelo Projeto 4.376-A o devedor continua a poder se valer da concordata preventiva para impedir que seja aberta sua falência, e da recuperação da empresa como processo destinado a neutralizar o decreto judicial de quebra.

O artigo 9, e seus parágrafos determinam que o requerimento do benefício será acompanhado do plano de recuperação econômica e financeira da empresa, da demonstração de viabilidade da execução, e do plano de solução do passivo nos prazos e percentuais também já mencionados acima. Há, portanto, um amplo espaço para a criatividade empresarial e para a discricionariedade judicial, no que tange à formulação do plano de recuperação da empresa e ao deferimento, pelo juiz, do benefício rogado. E é bom que seja assim, eis que impossível seria ao legislador abarcar em um texto de lei todas as

estratégias de que se podem valer os administradores para o soergimento das empresas.

O Projeto, contudo, impõe certas referências, estatuidas que na demonstração da viabilidade da recuperação, serão considerados os aspectos da importância social e econômica da empresa no contexto local, regional ou nacional, a mão-de-obra e tecnologia empregadas, e o volume do passivo (artigo 11). O devedor fica comprometido ao plano de recuperação econômica e financeira da empresa, e de solução do seu passivo, em todos os seus termos, vinculando-se a executar as obrigações nele assumidas. Quando o requerimento for ajuizado por algum dos legitimados que não seja o devedor falido, este último será chamado a se pronunciar sobre se assume ou não as obrigações constantes do plano, podendo oferecer, no prazo legal, o seu próprio plano ou alterações no plano apresentado por terceiro. Em caso de recusa do plano pelo devedor, prosseguir-se-á com a falência (artigo 9º, §§ 4º a 7º do Projeto).

Prosseguindo, o juiz ao despachar o requerimento de recuperação da empresa, determinará a intimação dos credores, por edital, para impugnar o pedido em dez dias, proferindo-se a sentença nos dez dias seguintes. Durante o prazo da impugnação, os legitimados a requerer a recuperação podem oferecer um plano substitutivo ou alteração ao proposto (artigos 14 e 15 do Projeto).

Deferindo o pedido, o juiz, dentre outras diligências, suspenderá a realização do ativo, nomeará o administrador judicial encarregado de dirigir a gestão dos negócios da empresa, e convocará uma reunião dos credores para eleger uma comissão de três a cinco membros destinada a auxiliar e fiscalizar a gestão do administrador judicial. Este último será escolhido mediante sorteio dentre uma lista de nomes organizadas periodicamente pelo Tribunal de Justiça, que conterá profissionais indicados pelas entidades de representação das classes dos advogados, economistas e administradores de empresas (artigos 16 e 227 do Projeto).

Inadimplida alguma das obrigações contidas no plano, o juiz, ouvido o devedor no prazo de cinco dias, encerrará a recuperação e prosseguirá com a falência. Executados integralmente os planos de recuperação, o processo de falência será extinto (artigos 25 e 26 do Projeto). Observe-se a ausência de previsão da oitiva do Ministério Público nesse

importante processo judicial de recuperação da empresa. Aliás, dentre as falhas do Projeto, esta sem dúvida constitui a mais grave. Está previsto um amesquinamento na intervenção do *Parquet*, reservada basicamente apenas ao procedimento de reabilitação civil do falido e ao âmbito criminal da matéria (artigo 8º do Projeto).

Por outro lado, principalmente nos processos de recuperação, mas também nas falências e concordatas, haverá necessidade de um visitador dos estabelecimentos comerciais das empresas devedoras, a fim de fiscalizar *in loco* a gestão do administrador judicial, e este visitador é o órgão do Ministério Público, nunca o juiz, assoberbado pelas pilhas de processos que diariamente aguardam seus despachos. Nesse passo, o Projeto caminha totalmente na contramão da evolução do instituto falimentar. A doutrina francesa, que no mundo civilizado se destaca pela criação inovadora de mecanismos relativos ao tema em análise, anota com precisão justamente o movimento contrário ao do Projeto de Lei nº 4.376-A. Em França, na medida em que as preocupações de interesse geral, de ordem econômica, social e política ganharam relevo sobre o interesse privado dos credores, o Ministério Público passou a acumular novas atribuições nos procedimentos coletivos. O texto do Projeto é tão vetusto que o § 2º do artigo 51 reza que “Se o requerido não puder ser citado pessoalmente, o Ministério Público intervirá nos atos e termos do processo.” Ou seja, é a ressurreição da antiga curadoria especial nomeada para representar o réu revel citado por edital (artigo 9, inciso II do Código de Processo Civil), atribuição há muito retirada do *Parquet* e conferida, com correção, à Defensoria Pública.

Os institutos da falência e da concordata previstos no Projeto não modificam em profundidade a disciplina constante do Decreto-lei nº 7.661/45. A grande novidade fica por conta da possibilidade de aplicação dos institutos às empresas civis que explorem atividade econômica, e não apenas ao devedor comerciante.

Como tradicionalmente acontece no nosso direito; é introduzida expressamente a possibilidade de a autoridade judiciária estender a falência ao controlador da sociedade falida, nos casos em que se verificar que o mesmo orientou a empresa no interesse próprio ou de grupo do qual faz parte, ou quando houver administração promíscua entre o patrimônio próprio e o patrimônio social, de maneira a tornar

incindível a reunião dos seus ativos e passivos, ou da maior parte deles (artigo 78 do Projeto).

O Projeto mantém as duas espécies clássicas do direito brasileiro de caracterização da falência, a impontualidade no pagamento de obrigação líquida documentada em título executivo, e a tipificação de fatos que autorizam a abertura da falência do devedor, como: o desaparecimento injustificado do devedor, sem deixar representante com poderes gerais para administrar seu negócio e satisfazer as obrigações contraídas; o abandono das atividades do devedor, ocultação, desvio, liquidação precipitada ou ruínosa de bens etc. (artigos 49 e 52 do Projeto).

No Capítulo VIII, que trata do procedimento penal na falência, mencionou-se sobre o inquérito judicial e foi notável a mudança em seu trâmite. Como se pode observar, o artigo 205 do projeto elucida que, após decretada a falência, o administrador judicial, ora chamado de síndico, deverá requerer em até trinta dias após a entrega do relatório da situação da empresa, anteriormente chamado de exposição circunstanciada, em autos apartados, perante o juízo da falência, inquérito sobre a conduta do falido e de outros responsáveis por atos que constituam crime. Ademais, em seus parágrafos delinea que a petição do inquérito deverá indicar os responsáveis, assim como descrever o tipo legal que o pedido, para instauração, deverá ser instruído com o laudo do perito-contador encarregado do exame na escrituração da empresa falida e, por fim, caberá ao representante do Ministério Público requerer os meios de prova e diligências necessárias à apuração dos fatos.

O artigo 206 dispõe sobre a manifestação do falido e, pela forma que se encontra transcrito, poderá ser o caminho para a solução das divergências doutrinárias e jurisprudenciais que serão demonstradas ao longo desse trabalho; assim posiciona-se: "Art 206 – O devedor, ou qualquer envolvido, deverá ser cientificado das argüições contidas nos autos do inquérito judicial, cabendo manifestação no prazo de 5 (cinco) dias".

O artigo 207 narra que, decorrido o prazo, os autos irão conclusos para o juiz e este deferirá, ou não, as provas requeridas, designando dia e hora para apresentarem as admitidas. Se não houver provas ou se já produzidas, o artigo 208, expõe que serão abertas

vistas dos autos ao Ministério Público, e este oferecerá denúncia ou requererá apensamento dos autos.

Ressalta-se que caberá ação privada subsidiária, conforme o disposto no parágrafo primeiro do artigo 201 deste mesmo diploma. No caso de denúncia ou queixa estas deverão ser acompanhadas do inquérito e das cópias necessárias dos autos do processo de falência. É importante lembrar que o despacho que receber ou rejeitar a denúncia ou a queixa deverá ser fundamentado. Recebida a denúncia ou a queixa, será seguido o rito comum, conforme dispõe o artigo 210 do Projeto de Lei 4.376/93. O projeto governamental apresentou inúmeras novidades, destacando-se o instituto da recuperação da empresa, visando reorganizá-la, ao invés de destruí-la, para a manutenção dos empregados e a preservação da produção e circulação da riqueza, tendo em vista o desenvolvimento e o bem-estar sociais; extensão às empresas estatais dos benefícios da concordata e da recuperação, se esta não ocorresse às custas do Tesouro Público e sim do próprio esforço; expressa submissão dessas empresas - sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades estatais - à falência, desde que explorem atividade econômica, em consonância com o artigo 173 da Constituição da República; supressão da concordata suspensiva, porque, no curso desta e da falência, poder-se-á propor a recuperação da empresa.

DIRETRIZES GERAIS DO SUBSTITUTIVO DA LEI RECUPERAÇÃO E LIQUIDAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

O Substitutivo¹⁸, adotado pela Comissão Especial da Câmara do Deputados, inova, com muita felicidade, na denominação do projeto, e também manteve a preocupação nuclear na recuperação e liquidação judicial de empresas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas, em nome próprio e de forma organizada, visando recuperá-la, ao invés de destruí-la, para a manutenção dos empregados e a preservação da produção e circulação da riqueza, tendo por escopo o desenvolvimento e o bem-estar sociais.

¹⁸ O Substitutivo ao Projeto de Lei 4376-A, de 1993, de 4.12.93, encaminhado pelo Poder Executivo, através da Mensagem 1014/93, está em pauta para a ordem do dia (discussão e votação em plenário), sendo relator o Deputado Osvaldo Biolchi e presidente o Deputado José Luiz Clerot

Dentre as principais reformas contidas no diploma, destacamos as seguintes: eliminação das expressões concordata e falência, fim do depósito elisivo, nivelamento das preferências entre os credores, alongamento da dívida tributária para quitação, implantação do comitê de empresa, criação da figura do administrador judicial. Além dessas, há um capítulo especial destinado à regulação das pequenas e microempresas; pluralidade de formas, sob o manto da flexibilização, cuidando da recuperação da atividade produtiva; inserção de técnicos e profissionais auxiliando o juízo. A nova lei também trata da simplificação dos procedimentos, da redução dos incidentes processuais, da remodelagem dos prazos. Sobretudo, estabelece a primazia da empresa sobre o empresário, que poderá ser afastado se estiver provada malversação, fraude ou desvio patrimonial. Num momento de aguda crise, no qual as indústrias partem para demissões, com redução da jornada de trabalho e diminuição salarial atingindo transnacionais, a situação é deveras crítica em relação às pequenas empresas e às microempresas.

Com a extinção da concordata preventiva que o Projeto de Lei nº 4.376-A previa, o Substitutivo torna aplicável o instituto da recuperação judicial das empresas tanto ao devedor já declarado falido, quanto à empresa que se encontre em situação de crise econômico-financeira cuja liquidação não haja sido ainda decretada judicialmente. Vale dizer, a recuperação judicial da empresa passa a comportar duas modalidades, conforme o momento em que é requerida, a saber: a recuperação preventiva e a suspensiva, tal como já ocorre com a concordata.

Ao criar os institutos da liquidação judicial e da recuperação da empresa, abolindo, em contrapartida, a falência, o Substitutivo segue a linha da reforma legislativa francesa na matéria, levada a cabo em 1967. Pela Lei francesa de 1967, os procedimentos coletivos foram divididos em **liquidation de biens** e **règlement judiciaire**, que correspondem basicamente à liquidação judicial e à recuperação judicial da empresa previstas no Substitutivo. Explica Georges Ripert que a intenção da reforma fora a de distinguir o homem da empresa que ele administra, e conferir ao órgão judiciário competente a opção de garantir a sobrevivência da empresa em crise, segundo um critério econômico objetivo. Para as empresas financeiramente con-

denadas, a **liquidation de biens** está orientada no sentido da realização imediata de seus ativos, reservando-se o **règlement judiciaire** para aquelas suscetíveis de serem recuperadas, reorganizadas e reequilibradas, mediante a solução do seu passivo. Mas, a reforma francesa de 1967, ao mesmo tempo em que dissociava a empresa de seus dirigentes, e garantia a sobrevivência da organização empresarial segundo critérios puramente econômicos, não descurava das sanções a serem aplicadas contra os administradores faltosos. Ou seja, dada a importância social da empresa, em França é possível que ela se reequilibre, sobreviva com a ajuda do tribunal, apesar da temeridade com que se conduziram os responsáveis pela sua gestão. Entretanto, a lei prevê uma gama de interdições e restrições de ordem civil, profissional e penal, destinadas a sancionar aqueles administradores faltosos¹⁹.

Em França, há uma separação entre a opção de liquidar ou recuperar a empresa – o que se dará segundo uma avaliação econômico-financeira de critérios objetivos – e a questão de se decretar ou não a falência pessoal dos dirigentes da empresa devedora, em caso de má administração. Uma coisa não está ligada à sorte da outra, pois se a recuperação da empresa é um problema de ordem social, não pode a sua solução se ver contaminada por um fato pessoal e individual das ilicitudes praticadas pelos administradores da unidade econômica em crise. A disciplina relativa ao processo de recuperação da empresa constante do Substitutivo repete, sem grandes modificações, o texto do Projeto de Lei nº 4.376-A, com a alteração, já apontada, de que não é preciso a empresa devedora ir antes à falência, ou à liquidação judicial, para só então solicitar o benefício, que pode ser requerido preventivamente.

Averbe-se, outrossim, a mudança para pior que o texto do Substitutivo introduz em relação ao Projeto no ponto referente à legitimação para requerer o benefício da recuperação da empresa. Acertadamente, o Projeto conferia legitimação ao devedor, qualquer credor, maioria qualificada dos empregados da empresa, ao Ministério Público e, em certas hipóteses, ao Governador e Ministro de Esta-

¹⁹ RIPERT, Georges e ROBLOT, René. **Traité de droit commercial**, Tome 2, 15e édition, LGDJ, Paris, 1996.

do (artigo 10 do Projeto). O texto do Substitutivo reduz essa legitimação, conferindo-a restritivamente ao devedor, seus herdeiros, cônjuge sobrevivente, sócio ou acionista nas empresas coletivas (artigo 58). Os autores do Substitutivo parecem haver se esquecido de que a recuperação da empresa é um instituto de caráter social, e não de cunho exclusivamente privado-individual.

Na liquidação judicial, encontramos modificações de maior vulto e mais algumas falhas. Inicialmente, elimina o Substitutivo a possibilidade do depósito elisivo, agora não mais da falência e sim da liquidação. O Substitutivo mantém as duas espécies de caracterização de crise econômico-financeira – a mera impontualidade no pagamento de obrigação líquida corporificada em título executivo, e a tipificação de fatos e condutas do devedor que demonstram seu estado de insolvência (artigos 74 e 76); entretanto, ao regular a legitimidade para a propositura da demanda o texto é de uma falta de técnica inigualável. Transcrevemos o artigo 77, inciso II, *verbis*: "Têm legitimidade para requerer a liquidação judicial do devedor: II – qualquer credor, detentor de títulos de obrigação líquida, vencida ou vincenda, que provar, mediante procedimento previsto no art. 75 desta Lei, a ocorrência de qualquer uma das hipóteses do artigo anterior".

Em primeiro lugar, o artigo 75 ao qual o inciso em destaque faz referência, regula o procedimento de verificação de conta nos livros comerciais do credor ou do devedor. Isso é um procedimento de jurisdição voluntária (encontra previsão no § 1º do artigo 1º do Decreto-lei nº 7.661/45), que nada tem a ver com o processo em que se busca comprovar a situação de crise econômico-financeira da empresa devedora. O procedimento de verificação de conta destina-se unicamente a conferir liquidez ao crédito pertencente a quem apenas futuramente irá requerer a liquidação judicial do devedor. Concluído o procedimento, os respectivos autos são entregues, independentemente de traslado, ao credor, para instruir eventual pedido de liquidação que porventura venha a ajuizar (artigo 75, § 1º do substitutivo).

Este mesmo artigo 77, inciso II, *supra* transcrito, peca também quando dispõe que o credor deve possuir título de obrigação líquida (vencida ou vincenda). O título de obrigação líquida deve ser exigido apenas nas falências ou liquidações judiciais requeridas com base em mera impontualidade no pagamento do débito, nunca quando se

tratar de fatos e atos do devedor que, independentemente da mora ou da cessação de pagamentos; estão tipificados em lei como caracterizadores da crise econômico-financeira.

PARECER DA COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS DO SENADO FEDERAL E A NOVA LEI FALIMENTAR

Posteriormente foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal com a Relatoria do Senador Ramez Tebet onde: “Tramita nesta Comissão de Assuntos Econômicos o Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade regida pelas leis comerciais, e dá outras providências, que tramitou na Câmara dos Deputados como PL nº 4.376, de 1993.”

Devemos analisar criteriosamente o Parecer do Senador Ramez Tebet no Projeto de Lei Complementar 71/2003, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais: a Nova Lei Falimentar.

O Projeto de Lei nº 4.376, de 1993, foi apresentado pelo Poder Executivo durante o governo do Presidente Itamar Franco. Depois de 484 emendas e 5 substitutivos, apresentados durante seus dez anos de tramitação, a matéria foi votada e aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, na forma da Subemenda Substitutiva de Plenário apresentada pelo relator, Deputado Osvaldo Biolchi, na sessão deliberativa de 15 de outubro de 2003.

O PLC nº 71, de 2003, tem por objetivo ab-rogar e substituir a atual Lei de Falências, posta em vigor pelo quase sexagenário Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que, muito embora tenha, por seus reconhecidos méritos, servido durante tanto tempo à disciplina da matéria, não é mais adequado às necessidades da sociedade e da economia brasileira, dadas as numerosas e profundas alterações que ocorreram nas práticas empresariais no Brasil e no mundo nas últimas seis décadas.

O texto que veio da Câmara compõe-se de 222 artigos, divididos em onze capítulos: Disposições Preliminares (Capítulo I), Disposições Comuns à Recuperação Judicial e à Falência (Capítulo II), Da

Recuperação Judicial (Capítulo III), Da Recuperação Extrajudicial (Capítulo IV), Da Convolação da Recuperação Judicial em Falência (Capítulo V), da Falência (Capítulo VI), Do Procedimento Especial da Recuperação Judicial e Falência de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Capítulo VII), Do Procedimento Penal (Capítulo VIII), Dos Crimes (Capítulo IX), Dos Atos Processuais e Respectivos Prazos (Capítulo X) e Disposições Finais e Transitórias (Capítulo XI).

O Capítulo II, que trata das disposições comuns à recuperação judicial e à falência, é subdividido em cinco seções: Disposições Gerais (Seção I), Da Classificação de Créditos (Seção II), da Verificação de Créditos (Seção III), Do Pedido de Restituição (Seção IV) e Da Assembleia Geral de Credores (Seção V). O Capítulo III, que disciplina a recuperação judicial, subdivide-se em apenas duas seções: Disposições Gerais (Seção I) e Do Comitê e do Administrador Judicial na Recuperação Judicial (Seção II).

O Capítulo VI, da Falência, é subdividido em onze Seções: Da Decretação da Falência do Devedor (Seção I), Disposições Gerais (Seção II), Da Falência Requerida pelo Próprio Devedor (Seção III), Da Arrecadação e Custódia dos Bens (Seção IV), Dos Efeitos da Decretação da Falência (Seção V), Dos Efeitos quanto aos Atos Prejudiciais aos Credores (Seção VI), Do Comitê e do Administrador Judicial na Falência (Seção VII), Da Realização do Ativo (Seção VIII), Do Pagamento aos Credores na Falência (Seção IX), Da Extinção das Obrigações (Seção X) e da Reabilitação do Devedor (Seção XI).

O Capítulo IX, que disciplina os crimes falimentares, subdivide-se em duas seções: Disposições Especiais (Seção I) e Dos Crimes em Espécie (Seção II). Na reunião desta Comissão de Assuntos Econômicos realizada em 13 de abril de 2004, lemos relatório sobre o projeto e, com o relatório, oferecemos Substitutivo integral ao texto do PLC nº 71, de 2003, para cuja elaboração foram levadas em consideração as modificações propostas pelas Emendas de nº 1 a 81. Na mesma reunião foi deferida vista coletiva.

Posteriormente à leitura do relatório apresentado a esta Comissão de Assuntos Econômicos em 13 de abril de 2004, identificamos alguns outros pontos que, embora não tenham sido objeto de emenda, devem ser modificados, para aprimorar o Substitutivo apresentado ao PLC nº 71, de 2003.

Primeiramente, entendemos que as Fazendas Públicas devem ser informadas não só da concessão da recuperação judicial de empresários ou sociedades empresárias, como prevê o art. 59, § 2º, do Substitutivo, mas também da decretação da falência, uma vez que tal fato tem repercussão nos direitos do fisco. Além disso, na recuperação judicial, é mais adequado que o fisco e o Ministério Público sejam informados do deferimento de seu processamento – e não da sentença de concessão –, para que possam conhecer com maior antecedência a situação do devedor.

Dessa forma, é preciso suprimir o § 2º do art. 59 do Substitutivo e transformá-lo em um inciso do art. 52. Deve-se modificar também o inciso XIII do art. 99 do Substitutivo, para estabelecer a comunicação da falência às Fazendas Públicas.

No que tange à recuperação extrajudicial, convém rever o entendimento relativo à exclusão da sucessão tributária na alienação judicial de estabelecimento, se prevista em plano de recuperação extrajudicial. Na falência, tal medida é salutar e plenamente justificável, pois o valor obtido com a alienação fica à disposição do juízo para pagamento dos credores. Na recuperação judicial, muito embora não haja essa retenção do valor pago pelo adquirente, o fato de esse instituto consistir em um remédio extremo para as dificuldades das empresas, com o grave risco de decretação da falência no caso de não-concessão, associado ao rigoroso controle judicial em todo o processo, diminuem a probabilidade de conduta lesiva ao fisco.

Na recuperação extrajudicial, contudo, esses argumentos não cabem, pois a participação do juiz restringe-se à homologação do plano negociado extrajudicialmente e não há conseqüências para a não-aceitação ou para a não-homologação das condições propostas aos credores. Por isso, amplia-se excessivamente a possibilidade de devedores mal-intencionados valerem-se do instituto com o fito exclusivo de promover a venda de estabelecimentos sem sucessão tributária, o que não é o objetivo da nova lei. Assim, é necessário suprimir o parágrafo único do art. 166 do Substitutivo e, conseqüentemente, também o § 1º do art. 162, uma vez que, afastado o risco ao crédito tributário, não há motivo para exigir certidões negativas para a homologação do plano de recuperação extrajudicial. Com a modificação aqui proposta, deverá ser alterado também o PLC nº 70, de 2003 – Complementar, a fim de compatibilizar a redação do CTN ao novo entendimento.

Em relação ao início da vigência da nova lei, reconhecemos e reiteramos que, em razão da complexidade das normas, seria recomendável que os operadores do direito contassem com maior prazo para adaptar-se às modificações, em cumprimento ao disposto no *caput* do art. 8º da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. No entanto, temos convicção de que a nova lei trará benefícios à economia do País e, por isso, seria conveniente que entrasse em vigor o mais rápido possível. Desse modo, defendemos a alteração do art. 200 do Substitutivo, para reduzir a ***vacatio legis*** dos 180 dias previstos no texto da Câmara para 120 dias, prazo que entendemos suficiente para que a sociedade tenha amplo conhecimento dos novos dispositivos.

Além disso, em respeito ao disposto nos arts. 3º, III, e 9º da Lei Complementar nº 95, de 1998, incluímos a cláusula de revogação antes da cláusula de vigência da nova lei e renumeramos esta última como art. 201. Por fim, houve necessidade de pequenas alterações materiais, a fim de aperfeiçoar a redação e preencher lacunas do Substitutivo. Assim é que foram feitos ajustes redacionais nos arts. 27, c; 30, § 1º; 32; 49, § 2º; 58, § 2º; 59; 66; 67, parágrafo único; 140, § 4º; 147; 198; e 199, todos do Substitutivo.

Acrescentaram-se dois parágrafos ao art. 37, renumerados como §§ 1º e 6º. O primeiro prevê que, nas deliberações em que haja incompatibilidade do administrador judicial, a assembleia será presidida pelo maior credor presente. O segundo estabelece a regra de conversão de créditos em moeda estrangeira para votação na assembleia geral da recuperação judicial. Substituímos, ainda, a expressão "Registro de Empresas" por "Registro Público de Empresas" em todo o texto (arts. 51, V; 63, V; 69, parágrafo único; 96, VIII; 97, § 1º; 99, VIII; 181, § 2º; e 196, *caput* e parágrafo único), para deixar claro que se trata da mesma entidade a que se referem o art. 967 e outros dispositivos do vigente Código Civil.

CONCLUSIVAMENTE

Devemos expor que o projeto de lei e os substitutivos foram concebidos por inspiração da teoria da importância social da empresa, e ambos tencionam introduzir um instituto inédito no direito brasileiro, denominado "A Recuperação da Empresa", utilizado na Legislação Francesa.

Pelo projeto, o instituto da Recuperação da Empresa constitui um processo judicial destinado a solucionar a situação de crise econômico-financeira das empresas devedoras que, considerados o volume do seu passivo, a mão-de-obra e tecnologia empregadas, bem como sua importância social e econômica no contexto local, regional ou nacional, demonstrem a viabilidade da recuperação. O Senado Federal altera drasticamente o projeto de lei, mas mantém o instituto da Falência e extingue a concordata suspensiva, introduzindo a Recuperação da Empresa.

Aprovada a nova Lei Falimentar com base nos textos descritos anteriormente, ampliam-se os institutos falimentares, fazendo incidir suas regras não apenas sobre as empresas devedoras sujeitas à legislação comercial, mas também sobre aquelas de caráter civil que explorem atividade econômica, mas deixam de responsabilizar e sancionar os administradores faltosos da empresa devedora. ☐

DA IMUNIDADE E DA ISENÇÃO DO ICMS EM OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES DESTINADAS A ATENDER AOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Eduardo Azeredo Rodrigues

Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, advogado e professor da Universidade Salgado de Oliveira e da ESA – Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo abordar os efeitos jurídicos decorrentes de isenções tributárias concedidas, em matéria de ICMS, nas operações ou prestações destinadas a atender as necessidades dos órgãos e entidades da administração pública direta. Para tanto, faz-se mister prévia digressão acerca da natureza jurídica das imunidades e isenções, especialmente em hipóteses nas quais, ocorrendo o fenômeno econômico da repercussão, seja a própria administração pública a destinatária final da mercadoria ou do serviço prestado. Por fim, cumpre abordar o impacto dos referidos benefícios fiscais no âmbito dos contratos administrativos em vigor e a possibilidade de repetição do indébito não fruído no momento oportuno.

2. DA IMUNIDADE NAS HIPÓTESES DE TRIBUTOS INDIRETOS

Antes de ingressar na análise acerca da aplicação dos benefícios fiscais no âmbito dos contratos administrativos destinados a abastecer os órgãos e entidades de mercadorias e serviços sobre os quais normalmente incidiria o ICMS, faz-se necessária alguma digressão acerca da natureza jurídica do instituto da isenção e do entendimento que vem adotando a jurisprudência pátria nos casos em que, tratando-se de tributo indireto¹, o contribuinte de fato se enquadre em alguma hipótese de não-incidência que o faça escapar dos efeitos da norma impositiva tributária.

A Constituição da República consagra, no inciso IV de seu art. 150, limitações ao poder de tributar, as quais a doutrina pátria designa como imunidades tributárias. Nesse sentido, as imunidades tributárias, que impõem espécie de não incidência juridicamente qualificada, atuam no plano da competência tributária², subtraindo dos entes federativos competência para instituir impostos nas referidas circunstâncias.

*“A imunidade é uma heterolimitação ao poder de tributar. A vontade que proíbe é a do constituinte”.*³

Ocorre, em algumas hipóteses, que a entidade ou o ente federativo que faria jus à imunidade não participa da relação jurídica tributária, muito embora suporte o impacto econômico relativo à prestação. É que, nos tributos indiretos, o prestador do serviço ou o fornecedor da mercadoria figura como contribuinte de jure, repassando o ônus do correspondente encargo ao preço final do produto ou do serviço disponibilizado no mercado.

¹ Os tributos indiretos são aqueles que comportam, por sua natureza, a ocorrência do fenômeno da repercussão, por meio do qual o contribuinte de direito transfere o respectivo encargo financeiro para o contribuinte de fato (terceiro, estranho à relação jurídica tributária), a exemplo do que ocorre no ICMS e no IPI.

² Em decorrência do princípio da supremacia da Constituição, eventual afronta a uma não incidência juridicamente qualificada (imunidade) implicará na inconstitucionalidade da norma legal. Hugo de Brito Machado preleciona que “a Constituição define o âmbito do tributo, vale dizer, o campo dentro do qual pode o legislador definir a hipótese de incidência da regra de tributação. A regra de imunidade retira desse âmbito uma parcela, que torna imune”. (in **Curso de Direito Tributário**, 19a ed. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 233).

³ Coêlho, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**, 6a ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 157.

Quando o consumidor contrata determinado serviço sobre o qual incida o ICMS, o contribuinte de direito (o prestador do serviço) freqüentemente embute na nota fiscal do serviço o valor do respectivo imposto que, agregado aos demais custos, consistirá no preço final cobrado do consumidor (contribuinte de fato). Nesse sentido, o prestador cobra do consumidor o preço pela execução do serviço, enquanto paga o respectivo imposto ao ente tributante.

Por conta disso, a jurisprudência tem entendido que não há imunidade nos casos em que o suposto beneficiário não integra a relação tributária, figurando tão-somente como contribuinte de fato.

No julgamento do RE 68.215⁴, o tema acerca da desconsideração do fenômeno econômico da repercussão na relação tributária foi exaustivamente suscitado, e o voto do então Ministro Eloy da Rocha expõe com clareza essa orientação, então prevalente:

“Tenho como certa e tese do acórdão recorrido, que parte da consideração de que, no antigo impôsto de consumo, como no atual impôsto sôbre produtos industrializados, contribuintes são as pessoas expressamente mencionadas na lei, e, entre elas, o industrial. A relação tributária se estabelece, apenas, entre o poder tributante e o contribuinte ou o responsável, nos têrmos da lei. E sômente ao sujeito passivo da obrigação tributária, e não a outrem, pode dizer respeito a imunidade ou a isenção. Para êsse efeito, nenhum relêvo tem a figura do contribuinte de fato.”

Sacha Calmon Navarro Coêlho⁵ transcreve em sua obra trecho que muito bem descreve a questão, em que Aliomar Baleeiro faz uma resenha da posição então adotada pelo Pretório Excelso:

“O STF, Pleno, em 9 de setembro de 1979, Nos RE nº 68.097, nº 68.215 (RTJ 57:244), nº 67.625, decidiu que o Serviço Funerário de SP está sujeito ao ICM e ao IPI, cuja legislação designa o fabricante como contribuinte do tributo, nada importando que o

⁴ RTJ 74:246.

⁵ *Op. Cit.* p. 260/261.

transfira a ente público autônomo. A discussão, aliás, longa e minuciosa, está na RTJ 57:244 com os votos pró e contra.

Na mesma época o Plenário do STF modificou sua jurisprudência que permitia ao ente público opor-se, em mandado de segurança, às tributações do ICM e IPI exigidas dos fabricantes pelos fornecimentos feitos com repercussão sobre pessoas de direito público. É expressiva a ementa do RE nº 69.483, SP, de 30 de setembro de 1970, rel. Bilac Pinto:

‘Imposto de Consumo - Imposto sobre Produtos Industrializados. As Caixas Econômicas Federais estão sujeitas ao pagamento desses tributos. A imunidade fiscal recíproca não pode ser invocada para ilidir a cobrança desses impostos. O contribuinte de jure é o industrial ou produtor. Não se pode opor à forma jurídica a realidade econômica. A figura do contribuinte de fato é estranha a relação jurídica tributária. A União e suas autarquias somente podem invocar a imunidade recíproca quando se trate de impostos estaduais ou municipais’.

Em 1971, a tese de Bilac Pinto prevaleceu nos RE nº 68.831, 68.903, 70.616, 68.741, 68.924, 67.748, IC; 71.955, IC; 69.149 e outros. E quanto ao ICM no RE nº 69.141, de 14 de junho de 1971, rel. o próprio Min. Bilac Pinto.

Muitos julgados, no curso de 1972, quase sem discrepância, consagram essa nova interpretação...

Data venia, não estamos convencidos dessa tese, que daí por diante foi consagrada por outros acórdãos, nosso direito não ignora o contribuinte de fato (CTM, art. 166; Súmula nº 546), que é uma realidade econômica.’”

Infere-se o notável entendimento de Aliomar Baleeiro, sustentando a intributabilidade do patrimônio, renda ou serviços dos entes federativos, ainda que, em decorrência do fenômeno econômico da repercussão, algum desses bens jurídicos sejam alcançados indiretamente, em uma relação tributária na qual não faça parte, como contribuinte de direito, a entidade imune.

No mesmo sentido, vale trazer à baila o entendimento contido no Informativo nº 131 do STF, *verbis*:

“O princípio da imunidade tributária recíproca outorgada às pessoas jurídicas de direito público interno (CF, art. 150, VI, a) não impede a inclusão de contribuição devida a autarquia na base de cálculo do ICMS devido por particular. Com base nesse entendimento, a Turma manteve a inclusão da contribuição para o Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA na base de cálculo do ICMS devido por usina de açúcar e álcool ao Estado de São Paulo, tendo em vista que o referido tributo não está sendo exigido de nenhum dos entes públicos destinatários da imunidade tributária, mas sim de pessoa jurídica de direito privado. Precedente citado: RE 141.416-SP (DJU de 3.2.95). AG (AgRg) 175.860-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 10.11.98”.

É bem verdade que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal ampliou bastante o conceito de patrimônio, renda e serviços, quando, por exemplo, reconhece a imunidade recíproca, no que toca ao IOF que incidiria sobre as aplicações financeiras⁶. No entanto, ainda está longe a Corte Constitucional de conferir ao dispositivo constitucional imunizante a eficácia operante que lhe empresta a interpretação daquele insigne tributarista.

3. DA ISENÇÃO EM ICMS

Por seu turno, isenção é espécie de não incidência criada por lei específica do ente que detenha a competência tributária para instituir o referido tributo⁷. Enquanto a imunidade atua no plano constitucional, ceifando o poder de tributar que teria o ente federativo, a isenção se dá no plano da norma infraconstitucional,

⁶ Informativo nº 32 do STF.

⁷ Art. 150, §6º da Constituição Federal.

consistindo em hipótese de exclusão do crédito tributário⁸, nos termos da sistemática engendrada pelo Código Tributário Nacional no seu art. 175, inciso I.

Nesse sentido, não obstante tenha acolhido a jurisprudência pátria o entendimento segundo o qual, nas hipóteses de tributos indiretos, não há que se reconhecer a imunidade do contribuinte de fato, porquanto esse não perfaça o vínculo jurídico que liga o contribuinte de direito ao credor da prestação tributária, nada impede que o benefício seja concedido pelo próprio ente titular da competência tributária, sob a forma de isenção.

No que concerne ao ICMS, não se pode olvidar que toda isenção ou outro benefício fiscal deve ser concedido atendendo à forma a que alude a Lei Complementar 24 de 1975⁹, vale dizer, por meio de convênio.

É nesse contexto que o Convênio ICMS nº 107/95¹⁰ autoriza aos Estados que menciona a conceder isenção do ICMS nas operações com energia elétrica e nas prestações de serviços de comunicação, quando tais forem destinadas a consumo por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias, mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de direito público.

Da mesma forma o Convênio ICMS nº 26/03¹¹ autoriza a concessão de isenção nas operações ou prestações internas relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias.

⁸ Não obstante o exposto, há entendimento no sentido de que a norma isencional suspende a eficácia da norma impositiva, em decorrência do que há uma forte tendência doutrinária sustentando que, uma vez revogada a norma isencional, restaura-se a eficácia da norma impositiva, mas há que ser respeitado o princípio da anterioridade.

⁹ Art. 155, §2º, XII, g da Constituição Federal.

¹⁰ Publicado no DOU de 13.12.95 e ratificado nacionalmente no DOU de 02.01.96 pelo Ato COTEPE-ICMS 08/95.

¹¹ Publicado no DOU de 09.04.2003 e ratificado nacionalmente no DOU de 28.04.2003, pelo Ato Declaratório nº 05/2003.

Releva mencionar, entretanto, que muito embora os benefícios fiscais a que se referem os Convênios ICMS nºs 107/95 e 26/03 tenham sido destinados a beneficiar os órgãos e entidades da administração pública dos Estados a que se referem, o incentivo é concedido ao contribuinte de direito, vale dizer, aos prestadores dos serviços de comunicação e aos fornecedores de energia elétrica, bem como dos demais bens, mercadorias ou serviços destinados àqueles órgãos. O benefício é, portanto, fruído indiretamente pelos órgãos e entidades destinatárias, por meio da redução dos custos do valor do serviço ou mercadoria fornecida. É nesse sentido que o Convênio ICMS nº 26/03, no § 1º de sua cláusula primeira, condiciona a concessão do benefício fiscal ao efetivo desconto do valor correspondente ao tributo na nota fiscal do serviço ou do produto adquirido.

Do mesmo modo, no Estado do Rio de Janeiro a Resolução SER nº 047¹² estabelece normas a serem cumpridas pelos fornecedores de bens, mercadorias ou serviços destinados aos órgãos estaduais, a fim de que, comprovando a destinação pública dos mesmos e o efetivo abatimento do valor correspondente ao imposto dispensado¹³, possam fruir o referido benefício.

A sistemática do benefício fiscal é, então, a concessão de isenção para que o fornecedor do produto ou serviço destinado aos órgãos da administração pública possa abater do preço cobrado o valor correspondente ao respectivo imposto dispensado.

4. DA REPERCUSSÃO DAS ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA

Feitas essas ponderações, passemos a abordar a forma pela qual os referidos benefícios se aplicarão aos contratos administrativos nos

¹² Resolução de 24 de setembro de 2003, publicada no DOE em 25.09.2003. Acessível no *website* da Secretaria de Estado da Receita, do Estado do Rio de Janeiro, no endereço <http://www.receita.rj.gov.br/legislacao/tributaria/resolucao/2003/047.shtml>.

¹³ Art. 2º da Resolução SER nº 047/2003.

quais, não fosse a natureza jurídica do destinatário da prestação ou operação, incidiria o ICMS.

4.1. Eficácia do benefício fiscal no que diz respeito aos contratos celebrados sob a égide dos convênios nos quais, eventualmente, não se tenha fruído a isenção tributária

No que diz respeito às parcelas vencidas e já pagas, entendemos não haver viabilidade jurídica para reaver o valor do imposto que poderia ter sido dispensado, além do que a relação jurídica tributária extinguiu-se com o respectivo pagamento do tributo, nos termos do art. 156, I do CTN. Não parece viável a adoção de nenhuma medida com o intuito de promover eventual repetição do indébito, uma vez que, muito embora os produtos e serviços tenham sido destinados a um órgão estatal, não foram cumpridas, pelos fornecedores, as formalidades necessárias para a comprovação da destinação pública dos mesmos, a justificar a concessão do benefício fiscal.

Nesse sentido, ainda que, em tese, fosse cogitada a possibilidade de reaver o valor que poderia ter sido dispensado em decorrência das isenções em comento, se apresentariam como entraves as seguintes circunstâncias:

a) Da impossibilidade de repetição do indébito, a título de ICMS, do órgão em face do ente público

A natureza jurídica de isenção em caráter específico¹⁴ de que se revestem os benefícios concedidos pelos Convênios em tela representa empecilho para viabilização da pretensão de repetição do indébito com base no art. 166 do CTN, a despeito do órgão destinatário ter meios de demonstrar que, na qualidade de contribuinte de fato, tenha assumido o respectivo encargo financeiro. Nesse sentido, a efetivação de isenção em caráter específico depende do preenchi-

¹⁴ Dispõe o art. 179 do CTN que, quando não concedida em caráter geral, a isenção é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento através do qual o interessado demonstre preencher os requisitos previstos em lei para sua concessão.

mento, pelo interessado, dos requisitos necessários para a fruição do benefício, inteligência que se extrai, a contrário senso, do disposto no art. 179 do CTN, o que implica na impossibilidade de prosperar a intenção em comento.

Não fosse o primeiro óbice, a natureza jurídica que ostentam o órgão e o ente federativo geralmente se afiguraria como empecilho para a concretização de tal mister.

Decerto que, embora sem personalidade jurídica, certos órgãos – dentre os quais os Tribunais de Contas, Assembléias Legislativas, Câmaras Municipais etc. - detêm capacidade processual e podem estar em juízo para defesa de suas prerrogativas institucionais¹⁵.

Ainda que com dotação orçamentária específica¹⁶ e com autonomia administrativa¹⁷, o orçamento dos órgãos independentes, a exemplo dos Tribunais de Contas estaduais, não se distingue do patrimônio do próprio Estado. Com efeito, preconiza a ordem constitucional os princípios da unidade e universalidade do orçamento, dispondo o inciso I do § 5º do art. 165 da Carta da República no sentido de que a lei orçamentária anual compreenda os orçamentos de todos os poderes.

Vale colecionar o entendimento de Ricardo Lobo Torres¹⁸ sobre tal aspecto da natureza jurídica do orçamento público:

¹⁵ “EMENTA: Recurso. Legitimidade para recorrer. Mandado de segurança. Tribunal de Contas. A jurisprudência mais recente do STF tem reconhecido aos Tribunais de Contas legitimidade para recorrerem, como autoridades coatoras, em processo de mandado de segurança, sobretudo quando atuam na defesa de sua competência constitucional.” (RE 106.923-6).

¹⁶ Kiyoshi Harada esclarece que o art. 99 da Carta Magna consagra a autonomia orçamentária, e não a financeira, conceitos que não se confundem, uma vez que autonomia orçamentária “significa que determinado órgão, com ou sem personalidade jurídica própria, foi contemplado pela lei orçamentária anual com dotação própria, fixando o montante das despesas autorizadas, no caso do Judiciário e do Ministério Público, por propostas suas. Autonomia orçamentária quer dizer que um determinado órgão constitui-se em uma unidade orçamentária, podendo utilizar-se das verbas com que foi contemplada, mediante observância dos rígidos princípios orçamentários e à medida de disponibilidade financeira do Tesouro”. (HARADA, Kiyoshi. **Autonomia orçamentária**. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1279. Acesso em: 17 mai. 2004).

¹⁷ Art. 99 da Constituição Federal, em decorrência de que se aplicam aos Tribunais de Contas, no que couber, as atribuições referentes aos Poder Judiciário (art. 73, *in fine* da Carta Magna).

¹⁸ Torres, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**, 8ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 105 e 157.

“O orçamento é uno. O princípio da unidade já não significa a existência de um único documento, mas a integração finalística e a harmonização entre os diversos orçamentos. A CF 88 modernizou sobremaneira a disciplina orçamentária, ao unificar o orçamento fiscal, o de investimento das estatais e o da seguridade social, segundo a orientação hoje prevalecente em outros países.”

“O orçamento fiscal contém todas as receitas e despesas da União. Abrange os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como os fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.”

Nessa linha de entendimento, é inexorável a conclusão de que a disputa do órgãos para repetir o indébito em face do ente federativo esbarraria na constatação do fenômeno da confusão¹⁹.

Em hipótese análoga, vem entendendo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça haver confusão quando a Defensoria Pública estadual intenta promover execução de honorários de sucumbência contra a respectiva fazenda pública, a exemplo do recente julgado Resp. 604.977 / RS, relator Min. JOSÉ DELGADO, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. DEFENSORIA PÚBLICA REPRESENTANDO LITIGANTE VENCEDOR EM DEMANDA CONTRA O ESTADO. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. DEFENSORIA. ÓRGÃO ESTATAL. PRECEDENTES.

1. *“A Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. Confusão. Aplicação do art. 1.049 do Código Civil.... (Resp. nº 469662/RS, 1ª Turma, DJ de 23/06/2003, Rel. Min. LUIZ FUX)*

2. *Os honorários de advogado nas ações patrocinadas pela Defensoria Pública destinam-se ao próprio Estado. O fato de ha-*

¹⁹ Dispõe o art. 381 do Código Civil no sentido de que quando na mesma pessoa se confundem as qualidades de credor e devedor extingue-se a obrigação.

ver um fundo orçamentário com finalidade específica (criado pela Lei Estadual do RS nº 10.298/94) é matéria contábil-financeira que não altera a situação jurídica de ser o credor dessa verba a Fazenda Estadual e não a parte ou a própria Defensoria, já que esta não detém personalidade jurídica, sendo órgão do Estado. 3. O destino do produto das receitas do Estado decorrentes de sucumbência nos processos em que seja parte é irrelevante na relação jurídica que trave com terceiros. 4. A Defensoria Pública é mero, não menos importantíssimo, órgão estadual, no entanto, sem personalidade jurídica e sem capacidade processual, denotando-se a impossibilidade jurídica de acolhimento do pedido da concessão da verba honorária advocatícia, por se visualizar a confusão entre credor e devedor. 5. Precedentes da egrégia 1ª Turma desta Corte. 6. Recurso provido.”

Ademais, fácil é constatar que o valor do ICMS que poderia ter sido dispensado pelo Estado, constante na previsão orçamentária do órgão, percorrendo a cadeia econômica, foi recebido pelo fornecedor da mercadoria ou do serviço contratado e novamente retornou aos cofres públicos por ocasião do recolhimento do ICMS, razão pela qual, ainda que sob outra rubrica, no fim da operação, permanece integrando o patrimônio da fazenda estadual.

b) Da impertinência de reaver o valor cobrado na fatura dos serviços e mercadorias em face do prestadores e fornecedores dos mesmos

Muito embora pudesse pleitear, na esfera cível, o ressarcimento do valor cobrado a título de ICMS, correspondente ao quantum devido pelos contribuintes de direito, em face dos prestadores dos serviços de energia elétrica e de telecomunicações, bem como dos fornecedores de produtos e mercadorias sobre as quais poderia ter sido dispensado o pagamento do imposto, não nos parece pertinente a referida pretensão. Ainda que fosse utilizado o argumento segundo o qual ninguém se escusa de cumprir a lei por desconhecimento²⁰, os

²⁰ Art. 3º da Lei de Introdução do Código Civil.

prestadores e fornecedores não se beneficiaram do valor correspondente à quantia que poderia ter sido dispensada, na medida em que, recebendo a mencionada parcela na qualidade de preço, repassaram aos cofres estaduais a título de tributo.

É bem verdade que, no mais das vezes, as aludidas empresas, principalmente as fornecedoras dos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, consistem em empresas de grande potencial econômico, e certamente teriam meios de satisfazer a pretensão de devolução dessa quantia, e até mesmo teriam o dever de planejar, em suas atividades, determinada área de risco, compatível com o patamar dos serviços que executam. No entanto, cabe ponderar que eventual procedência da pretensão indenizatória intentada em face das mesmas implicaria em que o poder público estivesse se locupletando ilícitamente em detrimento do setor privado, porquanto o tributo que em tese, foi efetivamente recolhido pelas empresas demandadas (e ingressou, portanto, validamente nos cofres do Estado) estaria sendo novamente devolvido, ora a este órgão da administração pública estadual.

No que diz respeito às parcelas a vencer, penso que o órgão destinatário da operação ou prestação isenta deve notificar os contratados dos respectivos serviços sobre os quais incida o ICMS, no sentido de externar a intenção de fruir o benefício fiscal em comento tão logo essa pretensão possa ser implementada, muito embora não haja possibilidade jurídica de promover coativamente este desiderato, uma vez que os contratos administrativos já teriam sido pactuados e estariam em curso. Ademais, a determinação de uma medida como essa, em um prazo previamente estabelecido, representaria a imposição de uma nova obrigação contratual, o que afetaria a segurança e a estabilidade jurídica do contrato, além de não se inserir em uma das hipóteses que ensejam a alteração unilateral do mesmo, nos termos do art. 65, I da Lei nº 8.666/93. Com efeito, tal hipótese não se afiguraria propriamente como alteração qualitativa, porque não se esta-

ria a promover modificação do projeto ou de suas especificações para melhor adequação aos fins público; tampouco quantitativa, porque não haveria necessidade de acréscimos ou supressões em seu objeto. Também não se justificaria imputar alteração unilateral aos contratados porquanto os Convênios de ICMS que teriam concedido as referidas isenções não constituiriam fato superveniente em relação aos contratos em curso.

Marçal Justen Filho²¹ esclarece o seguinte quanto aos limites e à discricionariedade da administração pública para promover alteração unilateral do contrato:

“A alteração do contrato retrata, sob alguns ângulos, uma faculdade discricionária da Administração. Não existe, porém, uma liberdade para a Administração impor a alteração como e quando lhe melhor aprouver. (...) A Administração, após realizar a contratação, não pode impor alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária. (...)

A Administração tem de evidenciar, por isso, a superveniência de motivo justificado da alteração contratual. (...) Deve indicar que os fatos posteriores alteraram a situação de fato ou de direito e exige um tratamento distinto daquele adotado” (ob. cit., pp. 393 e 394).

Ademais, perfilhando o mesmo raciocínio que desenvolvi no item anterior, o inconveniente que haveria na não fruição do referido benefício seria a desnecessária transferência indireta do respectivo valor do órgão para a fazenda pública estadual, intermediada pelos fornecedores e prestadores contribuintes do ICMS, o que o benefício fiscal dispensaria, muito embora, em ambas as hipóteses, tais recursos tenham sua origem e destino em um mesmo orçamento público.

²¹ In **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Aide, Rio de Janeiro, 1994, p. 393/394.

4.2. Eficácia do benefício fiscal no que diz respeito aos contratos já extintos, embora firmados sob a égide dos Convênios acima referidos nos quais, eventualmente, não se tenha fruído a isenção tributária

Na mesma linha do entendimento acima esposado, com muito mais razão sustento a impossibilidade de cobrança do que se pagou em contrato já extinto, ainda que tenha sido firmado após a vigência dos aludidos Convênios.

Com efeito, não há razão para questionar o benefício que deixou de ser fruído, ainda que fosse devido, pelo não cumprimento, à época, dos requisitos essenciais à sua concessão, pelas razões enumeradas nas respostas anteriores.

No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a análise do art. 3º da Resolução SER nº 47/2003²² deixa essa conclusão estreme de dúvidas, porquanto, como condição para a concessão do benefício está a apresentação, pelas empresas que efetuarem operações passíveis de isenção, de declarações contendo informações do destinatário das mercadorias ou serviços, *até o 10º dia subsequente ao da operação ou prestação*. Ora, não fosse o art. 5º da mesma Resolução expresso, ainda assim, se as prestações ou operações já foram realizadas e não foi observado o prazo acima assinado, tudo levaria a crer que o benefício não seria concedido, verbis:

“Art. 5º – O contribuinte que deixar de efetuar a comunicação a que se refere o art. 3º perderá o direito ao benefício, sendo-lhe exigido o imposto dispensado, com todos os acréscimos legais.”

²² “Art. 3º - As empresas que efetuarem operações com a isenção, a que se refere o artigo 1º, exceto as concessionárias de serviço público a que se refere o §2º do artigo anterior, devem apresentar à repartição fiscal de sua circunscrição, até o 10º (décimo) dia útil do mês subsequente ao da operação ou prestação, declaração contendo a informação do órgão público estadual destinatário das mercadorias ou dos serviços. Parágrafo único - A declaração a que se refere este artigo deve estar acompanhada dos seguintes documentos: a) cópia do contrato social da empresa declarante; b) procuração atribuindo poderes ao signatário da declaração para representar a empresa declarante; c) cópia do documento de identidade do procurador; d) cópia das Notas Fiscais emitidas; e) cópia do instrumento de contrato assinado com o órgão público estadual para o fornecimento das mercadorias ou a prestação dos serviços”.

4.3. Eficácia das isenções nas contratações posteriores aos Convênios

O meio pelo qual o órgão condicionará a contratação à não inclusão do preço do tributo na fatura dos serviços ou mercadorias adquiridos será através de expressa previsão no edital do certame do qual decorrer a aquisição de mercadorias ou contratação dos serviços a que se referem os benefícios fiscais em comento.

Na fase de apresentação das propostas, as licitantes decerto não devem incluir no preço do serviço ou da mercadoria o valor do respectivo tributo, sob pena de serem desclassificadas não somente em função da superior cotação do preço comparada às que ofertaram descontando o valor do tributo, como também por comprometer a uniformidade dos critérios. Para tanto, esta informação deverá constar expressamente no edital.

Quanto à fase de cotação de preços, ideal seria que as empresas também não incluíssem o valor do tributo. De qualquer forma, é de ser considerado que a cotação do preço tem o objetivo de estabelecer o valor a ser fixado para o objeto do certame e, por uma operação aritmética, conhecendo-se a alíquota do tributo e o valor final do serviço ou da mercadoria, pode-se facilmente deduzir o valor a ser descontado, a título de isenção do ICMS, ainda que a empresa tenha incluído o tributo no valor da mercadoria ou do serviço cotado.

É essencial, entretanto, que a empresa, ao cotar o preço, esclareça se está considerando ou não o valor do ICMS, para que o órgão licitante se certifique se deverá ou não abatê-lo do valor ofertado.

Tal previsão no instrumento convocatório não implicará em nenhuma violação ao princípio da competitividade estatuído no inciso I do §1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, porque a isenção, embora concedida ao prestador de serviço ou ao fornecedor de mercadorias, se dá em função da destinação pública das mesmas, ou seja, em decorrência da natureza do órgão ou entidade da administração pública estadual que delas se utilize, e não das características do prestador ou fornecedor.

Nesse sentido, se a licitação é, por exemplo, para a contratação de um serviço sobre o qual não incida o ICMS por força do Convênio ICMS nº 107/95, todo prestador terá meios para requerer a concessão da sobredita isenção e, portanto, não haverá qualquer desigualdade que possa macular o princípio da isonomia, restringindo a competitividade do certame em relação a uns, em detrimento dos demais.

Por sua vez, se a hipótese for de fornecimento de mercadoria ou produto sobre o qual não incida o ICMS em razão do Convênio ICMS nº 26/03, fácil é notar que as condições estabelecidas pelo §1º da cláusula primeira do sobredito instrumento²³ não estabelecem nenhum requisito que dependa de determinada característica do fornecedor, de modo a inviabilizar a fruição do benefício por parte de eventual interessado em contratar com o poder público.

No que concerne aos serviços a que se refere o Convênio ICMS nº 107/95, que consistem em atividades econômicas suscetíveis de regulação, nos termos do art. 174 da Constituição da República, fácil será constatar se do preço praticado está sendo descontado o valor do ICMS, porque as respectivas agências reguladoras tem ingerência, ainda que indireta, sobre o preço que pode ser cobrado pelos prestadores dos serviços de telecomunicações²⁴ e de fornecimento de energia elétrica²⁵.

²³ “Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias. § 1º A isenção de que trata o “caput” fica condicionada: I – ao desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado; II – à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto; III – à comprovação de inexistência de similar produzido no país, na hipótese de qualquer operação com mercadorias importadas do exterior”.

²⁴ Estabelece o inciso VII do art. 19 da Lei nº 9.472/97 a competência da ANATEL para “controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes”. Nesse sentido, o referido diploma legal deixa certo que, embora as tarifas estejam previstas no contrato de concessão das prestadoras do serviço, *ex vi* do art. 93, VII, é nítida a ingerência que tem a referida agência reguladora, seja indiretamente, quando, disciplina a licitação da qual participam as concessionárias, tendo como um dos objetivos estabelecer tarifas razoáveis (art. 89, I); seja diretamente, quando, nas hipóteses de outorga sem licitação, as tarifas serão fixadas pela ANATEL (art. 103, § 3º), ou, ainda, quando aprova as tarifas por ocasião de novas prestações, utilidades ou comodidades objeto da concessão (art. 105).

²⁵ Dispõe o § 1º do art. 15 da Lei nº 9.427/96 que, sendo a tarifa máxima do serviço de fornecimento de energia elétrica fixada no contrato de concessão e em ato específico da ANEEL que autorize a aplicação de novos valores em razão de reajuste ou revisão contratual, deve a referida agência reguladora se manifestar em 30 (trinta) dias após a apresentação das propostas pelas concessionárias e permissionárias do dito serviço, do que se depreende a nítida ingerência que tem a ANEEL no regime econômico-financeiro no qual é estabelecido o preço do serviço.

Já quanto aos demais bens, mercadorias e serviços aludidos no Convênio ICMS nº 26/03, não há um meio eficaz de verificar se do preço final deduziu-se o valor do tributo em comento, porque não há um critério que estabeleça um parâmetro para o preço e que permita a comparação, além de que há grande diversidade de produtos de diferentes marcas e modelos, do que avulta necessariamente a tamanha heterogeneidade dos preços.

Nessa última hipótese, a própria concorrência em razão do procedimento licitatório forçará o participante do certame a respeitar a isenção a que faz jus, sob pena de não ter meios de competir com os demais, muito embora não haja um critério do qual possam ser inferidos os custos e a margem de lucro que compõem o preço final repassado ao órgão contratante. Será, portanto, a competição o fator neutralizador dessa vulnerabilidade.

5. CONCLUSÕES

Nas hipóteses de tributos indiretos, nas quais o contribuinte de direito tenha freqüentemente a possibilidade de repassar o impacto econômico da cobrança do tributo para um terceiro - o contribuinte de fato, o benefício fiscal destinado a beneficiar esse último se dá indiretamente, justamente por não integrar a relação jurídica tributária subjacente.

Nesse contexto, é o contribuinte de direito quem, preenchendo as condições para o benefício fiscal, requer a concessão do mesmo, a despeito do objetivo finalístico estar atrelado à condição subjetiva do contribuinte de fato, que irá fruir a prestação sobre a qual incide o produto.

Em decorrência dessa sistemática, a eficácia dos benefícios nos contratos administrativos celebrados pelo órgão ou entidade que, na condição de contribuinte de fato, necessite das prestações passíveis da concessão do benefício, dependerá da participação do fornecedor do

respectivo produto ou serviço que, na qualidade de contribuinte de direito, integra a relação originária, razão pela qual, em determinadas hipóteses, não poderá ser fruída imediatamente ou, se não requerida no momento oportuno, não se tornará factível a sua repetição.☐

“ESTATUTO DO IDOSO”, O PODER INVESTIGATÓRIO DO “PARQUET” E O CONCEITO DE INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO (BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES)

Cláudio Calo Sousa

Promotor de Justiça/RJ; Titular da 24ª Promotoria de
Investigação Penal-Capital. Professor de Direito Empresarial
da EMERJ, da FEMPERJ e da FGV.

Em vigor desde 1º de outubro de 2003, a Lei nº 10.741 teve uma *vacatio legis* de noventa dias, conforme disposto no seu artigo 118.

O ato normativo, da mesma forma que trouxe aspectos salutarres, trouxe também profundas e perigosas incongruências que certamente acarretam polêmicas no meio jurídico, e cabe à jurisprudência, com equidade, solucionar as questões com bom senso, a fim de que não sejam adotadas medidas e proferidas decisões teratológicas, que causam injustiças.

Dentre outros aspectos, é digno de elogio o fato de o legislador infraconstitucional ter reservado um capítulo especial para o Ministério Público, sendo que, em várias passagens, exige a atuação do “Parquet” como parte ou apenas “*custos legis*”, o que é salutar, pois em outros atos normativos, como por exemplo o Decreto-Lei nº 7.661/1945, o “Parquet” acabou sendo esquecido ou tendo uma atuação bastante tímida, apesar de a futura Lei de Falências¹ ter procurado corrigir a falha.

Destaco, dentre outros, o disposto no artigo 74, inciso V e a alínea “a”, do referido diploma legal, que, de forma expressa, prevê que ao “Parquet” incumbe “*instaurar procedimento administrativo*”, podendo instruí-lo através da expedição de notificações, colheita de depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícias Civil ou Militar.

O que seria este procedimento administrativo? Seria inquérito civil e/ou o inquérito policial?

Cremos com plena certeza que não, pois no referido dispositivo, precisamente nos incisos I e VI, respectivamente, o legislador prevê que cabe ao Ministério Público a instauração de **inquérito civil** para apurar fatos violadores de interesses metaindividuais dos idosos e a requisição de **inquérito policial** para apurar infrações penais tendo os idosos como lesados ou vítimas.

Em sendo assim, pode-se concluir que além do inquérito civil, que é um procedimento administrativo, além do inquérito policial, que também é um procedimento administrativo presidido pela autoridade policial, tem-se um terceiro procedimento administrativo permitido pelo legislador, que terá na presidência o membro do “Parquet”, justamente para apurar também a prática de eventuais infrações criminosas, demonstrando o legislador, ao contrário do que pensam alguns operadores do Direito, dentre eles alguns minis-

¹ PL nº 4.376/1993.

tros do Egrégio Supremo Tribunal Federal², que a investigação de infrações penais não é exclusiva do órgão policial.

Em suma, o Promotor de Justiça tem o poder-dever de instaurar procedimento administrativo, presidi-lo e instruí-lo, podendo, inclusive, colher depoimentos ou esclarecimentos, a fim de obter a necessária justa causa.

Portanto, mais um bom fundamento para aqueles que, acertadamente, admitem a investigação pelo Ministério Público, cujos membros, ao contrário dos integrantes das Polícias Civil e Federal, possuem as prerrogativas da inamovibilidade, da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos, as quais propiciam a apuração dos fatos de forma mais isenta e distante de ingerências externas.

Porém, nesta análise inicial e perfunctória, foi possível constatar um *aspecto negativo*, precisamente no artigo 94, vez que passou a exigir o rito previsto na Lei nº 9.099/95 aos crimes previstos *especificamente* no Estatuto do Idoso cuja pena não ultrapasse *quatro anos*.

Certamente surgirão vozes, ao meu sentir, com a devida vênia, equivocadas, no sentido de que o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo foi ampliado, ou seja, levará em conta o crime cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, o que acabaria enquadrando o crime de furto simples, aborto (arts.124 e 126 do CP), apropriação indébita, dentre outros.

Com a devida vênia, tal posicionamento não pode prosperar, senão vejamos:

A uma, porque o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, já ampliado uma vez, se encontra na Lei nº 10.259/2001, complementado com a ressalva do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, não tendo o Estatuto do Idoso interesse em alterar tal conceituação;

A duas, porque o Estatuto do Idoso fez referência apenas ao procedimento, ou seja, ao rito previsto na Lei nº 9.099/1995, a forma pela qual os atos processuais deverão ser praticados, sendo que não

² Por todos Sua Excelência Nelson Jobim.

se modificou o conceito, muito menos a atribuição ministerial e a competência do órgão jurisdicional. Em outras palavras, em se tratando de crime previsto na Lei nº 10.741/2003, cuja pena seja superior a dois anos e menor ou igual a quatro anos, a atribuição para atuar, em havendo justa causa, é do Promotor de Justiça que atua junto ao Juízo Criminal comum, sendo a competência das Varas Criminais comuns. Não há dúvidas de que, em não tendo ainda a necessária justa causa, a atribuição é da Promotoria de Investigação Penal das Centrais de Inquéritos, porém tão logo se obtenha aquela, os autos deverão ser enviados ao Juízo Criminal comum (não ao JECRIM), a fim de ser adotado o rito sumaríssimo previsto na Lei nº 9.099/95;

A três, porque o legislador foi expresso quando admitiu a aplicação do rito da Lei nº 9.099/95 “aos crimes previstos **nesta lei**” (os grifos não constam no original), demonstrando que não teve intenção em ampliar o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, até porque só fez menção aos crimes, não tendo feito qualquer referência às contravenções, apesar de o artigo 111 ter inserido modificações no Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais);

A quatro, porque se o legislador quisesse alterar e ampliar o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo certamente teria inserido nas “Disposições Finais e Transitórias” um dispositivo específico nesse sentido, alterando os conceitos previstos nas Leis nº 9.099/95 e 10.259/2001, como fez com vários dispositivos do Código Penal³, com a Lei das Contravenções Penais⁴, com a Lei nº 9.455/1997 (Tortura)⁵, com a lei nº 6.368/1976⁶ e com a Lei nº 10.048/2000⁷.

Não se pode perder de vista, ainda, que os institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 (composição civil e tran-

³ Conforme artigo 110 do Estatuto do Idoso.

⁴ Conforme artigo 111 do Estatuto do Idoso.

⁵ Conforme artigo 111 do Estatuto do Idoso.

⁶ Conforme artigo 113 do Estatuto do Idoso.

⁷ Conforme artigo 114 do Estatuto do Idoso.

sação penal) não se aplicam aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, cujas penas máximas sejam superiores a dois anos e não superem quatro anos, vez que não foi esta a *ratio legis*, até porque a intenção do legislador, ao admitir aplicação do rito sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, foi justamente propiciar maior celeridade nas questões envolvendo os idosos, tanto que no âmbito do processo civil em que tenha idoso como parte, há que ser dada prioridade ao processo.

Ora, entendimento diferente geraria a absurda situação em que um cidadão que venha a se apropriar de verba previdenciária de um idoso, cuja pena não é superior a quatro anos, passaria a ter direito à transação penal, enquanto que a apropriação indébita praticada por um imputável em detrimento de um lesado não idoso geraria a aplicação de pena privativa de liberdade.

Posta assim a questão, conclui-se que, com o Estatuto do Idoso, não há um conceito novo de infração penal de menor potencial ofensivo, não havendo qualquer ofensa ao disposto no artigo 98, inciso I, da Constituição Republicana de 1988, até porque o legislador constituinte apenas exigiu que o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo sejam realizados pelo Juizado Especial Criminal, mas não impediu que em determinados crimes os atos processuais praticados no Juízo Criminal comum sigam o rito previsto na Lei nº 9.099/95.

Em suma, perfilho o posicionamento de que somente são infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes em que as penas máximas abstratamente cominadas não superam dois anos, *desde que não tenham rito especial*⁸, sendo que o simples fato de ser aplicado o rito da Lei nº 9.099/95 não tem o condão de tornar de menor potencialidade lesiva a infração penal, alterando-se a atribuição ministerial e a competência do órgão jurisdicional.

É a singela contribuição.☐

⁸ A respeito, pode ser consultado o artigo "Infração Penal de Menor Potencial Ofensivo - A Incidência da Lei nº 10.259/2001 no Juizado Especial Criminal", publicado nos "sites" www.amperj.org.br, www.ius.com.br e www.mundouiridico.com.br e na revista **Síntese de Direito Penal e Processual Penal** nº 13, abril-maio de 2002.