



Esmese
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

REVISTA DA ESMESE

Revista da ESMESE, nº 11, 2008

©REVISTA DA ESMESE

Conselho Editorial e Científico

Presidente: Juiz José Anselmo de Oliveira

Membros: Desembargador Netônio Bezerra Machado

Juiz João Hora Neto

Desembargador Cezário Siqueira Neto

José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Angelo Ernesto Ehl Barbosa

Revisão: José Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva

Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva

Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares

Impressão: Gráfica Liceu Ltda.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Superior da Magistratura de Sergipe
Centro Administrativo Governador Albano Franco
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-150- Aracaju – Sergipe
Tel. 3214-0115 Fax: (079) 3214-0125
[http: www.esmese.com.br](http://www.esmese.com.br)
e-mail: esmese@tj.se.gov.br

R454 Revista da Esmese.
Aracaju: ESMESE/TJ, n. 11, 2008.

Semestral

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

COMPOSIÇÃO

Diretor

Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico

Desembargadora Clara Leite de Rezende

Subdiretores de Curso

Angelo Ernesto Ehl Barbosa

Larissa Barreto de Rezende Soledade

Subdiretora de Administração

Ana Patrícia Souza

SUMÁRIO

Sumário

APRESENTAÇÃO.....	11
DOCTRINA.....	13
DISCUSSÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS NA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO Aline Candido Costa.....	15
A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL Luciana Rocha Melo Muniz.....	29
MUDANÇA NO CRITÉRIO DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE ORIGINÁRIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA Leila Poconé Dantas.....	73
PERFIL EVOLUTIVO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL Jean-Claude Bertrand de Góis.....	87
COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA E TAMBÉM DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, À LUZ DA LEI 11.313/2006 Edvânio Dantas dos Santos.....	103
LESÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA ISONOMIA NA ESFERA DA INSTÂNCIA SUPERIOR NO QUE PERTINE A MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA Tarcísio Marques & Edson Alexandre da Silva.....	113
ASPECTOS ATUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO Patrícia Cunha B. de Carvalho.....	127
O DANO MORAL E A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA Daniela Patrícia dos Santos Andrade.....	141

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS AMBIENTAIS DECORRENTES DE ATIVIDADES LICENCIADAS Luciana Duarte Sobral Menezes.....	151
TRANSPORTE PÚBLICO DE ÔNIBUS. DESCONTO DA TARIFA À LUZ DAS EMENDAS Nº 8 E 42 À LEI ORGÂNICA DE ARACAJU E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR Filipe Cortes de Menezes.....	185
O PRINCÍPIO DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DOS ACIONISTAS NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS: BREVE QUADRO DE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E ARGENTINA, NOS CASOS DE FALÊNCIA DE COMPANHIAS SUBCAPITALIZADAS André Luiz Vinhas da Cruz.....	203
ABORTO DE FETO ANENCÉFALO: FATO TÍPICO OU ATÍPICO? Fabiana de Santana Sousa.....	221
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS IMPLICAÇÕES POLÍTICAS NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO José Anselmo de Oliveira.....	245
COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL Ana Patrícia Souza.....	263
O Sursis Processual e o Crime Eleitoral João Hora Neto.....	279
A CO-RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DE CRÉDITO DIANTE DO SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR Flávia Franco do Prado Carvalho.....	297

APRESENTAÇÃO

A quadra que estamos a presenciar nos diz respeito ao direito, especialmente aos direitos fundamentais e à efetivação das normas constitucionais, é desafiadora.

Por certo os vinte anos da Constituição de 1988 tem sido o marco simbólico das discussões em todos os campos do direito, exigindo dos seus operadores, especialmente dos magistrados, uma abertura e uma nova postura.

As exigências da sociedade marcadamente afetada pelo espírito democrático e pela liberdade de imprensa têm demonstrado que não basta mais o direito positivado criar a moldura para os fatos. O compromisso com a ideologia da Constituição em lugar das ideologias políticas é um dos novos caminhos a ser percorrido, sem peias e sem meias palavras.

A *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe* em sua décima primeira edição cumpre o seu papel de catalisadora das idéias e das reflexões do meio jurídico sergipano e nacional.

Nesta edição, a pluralidade de operadores e de áreas do conhecimento jurídico é a marca do pensamento jurídico contemporâneo.

As demandas atuais do magistrado e de todos os demais operadores do direito exigem a permanente atualização e reflexão diante da resposta, às vezes inapropriada e extemporânea, do direito positivado.

Estamos no limiar entre o declínio da modernidade e a construção de uma nova racionalidade que se anuncia como pós-modernidade, e eis o momento de discutirmos o papel do direito e da justiça, dos princípios e das regras, da segurança jurídica que mantém as mesmas desigualdades que temos o dever de combatê-las ou da (in)segurança que nos abre a porta das novas soluções mais justas e mais efetivas.

O papel da Revista é o de provocar no seu leitor também o desejo de pesquisar e escrever, de irressignar-se, de deixar a posição cômoda de agente passivo deste processo para se transformar em protagonista.

Juiz José Anselmo de Oliveira

Presidente do Conselho Editorial e Científico

DOCTRINA

DISCUSSÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS NA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

Aline Candido Costa, Juíza de Direito
do Estado de Sergipe

RESUMO: Analisa a possibilidade de discussão de cláusulas contratuais em ação de busca e apreensão. Aborda a matéria, destacando jurisprudência relacionada com o tema, antes e a partir da edição da Lei nº 10.931/2004.

PALAVRAS-CHAVE: Busca e apreensão; Discussão; Contrato.

ABSTRACT: Analysis the possibility of discussion of contract clauses in apprehend and arrested action. Boards the question, detailing the jurisprudence related whit the theme, before and since the ediction of the law 10.931/2004.

KEYWORDS: Apprehend and arrested; Discussion; Contract.

A possibilidade de discussão de cláusulas contratuais na ação de busca e apreensão é tema corrente de discussão entre os doutrinadores.

A corrente majoritária, inclusive jurisprudencial, admite tal possibilidade, com fundamento nos princípios do contraditório, ampla defesa e da instrumentalidade das formas.

Deve-se analisar a essência do contrato de alienação fiduciária em garantia. A partir desse estudo, perceber-se-á que a legislação atinente à matéria, qual seja, o Decreto-Lei n.º 911/69, permite referida discussão, ratificada por diversas decisões que tratam do assunto.

Notar-se-á, primeiramente, que o que se busca é tão-somente a permissibilidade de que ao devedor seja exigido o cumprimento de obrigação pactuada, desde que respeitado texto expresso de lei e que não seja exigido o cumprimento de cláusulas abusivas.

Em relação a posicionamento diverso, algumas considerações serão feitas, que demonstrarão o apego a formalismos que prejudicam e impedem o devedor de adimplir dívida justa e legalmente recepcionada pelo ordenamento jurídico.

É importante destacar que a purga da mora pelo devedor viabiliza a apreciação de suas alegações, em sede de resposta à ação de busca e apreensão, quanto à existência de onerosidade do contrato e de nulidade das cláusulas.

A alienação fiduciária em garantia¹ é um negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição do bem. Comprovada a mora, antecipa-se o vencimento das prestações vincendas, e o credor pode utilizar processo autônomo de busca e apreensão, a qual será concedida liminarmente, desde que presentes os requisitos legais.

Após a execução da liminar, o réu será citado para contestar a ação, podendo purgar a mora.

É sabido que pode o devedor propor ação revisional de contrato para discussão das cláusulas contratuais abusivas ou contrárias à lei, antes ou depois de proposta pelo credor a ação de busca e apreensão.

Resta analisar a possibilidade de discutir-se em sede de ação de busca e apreensão a abusividade de cláusulas contratuais e matéria atinente à contrariedade a texto expresso de lei, ou se é necessário que o devedor proponha ação própria de revisão de contrato.

Como observa Moreira Alves², “em tese, a alienação fiduciária proporcionava garantia eficaz ao credor, porque, transferindo-se-lhe a propriedade resolúvel da coisa móvel que era do devedor, ficava aquele a salvo de credores cujo privilégio se antepunha até às garantias reais disciplinadas no Código Civil; e, se não fosse pago o débito, tinha o credor a faculdade de vender a coisa, pagar-se e restituir o saldo, acaso existente, ao devedor”.

Não restam dúvidas de que a ação de busca e apreensão regulamentada pelo Decreto-Lei nº 911/69 visa a resguardar interesse do credor, que fora lesado ante o não pagamento de dívida pelo

¹ GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Editora Revista dos Tribunais, 1970, p.18.

² ALVES, José Carlo Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. Editora Saraiva, 1ª ed., São Paulo, 1973.

devedor, ao qual é imposta a obrigação de dar a coisa objeto da garantia fiduciária que integra a relação jurídica concretizada entre ambos.

A legislação que rege a ação de busca e apreensão, qual seja, o Decreto-Lei nº 911/69 sofreu alterações pela Lei nº 10.931/04. Confira a nova redação dos §§ 2º, 3º e 4º, do art.3º, *in verbis*:

§2º. No prazo do §1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).

§3º. O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).

§4º. A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do §2º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).

Após leitura do § 4º acima destacado, resta analisar se o referido diploma legal passou a permitir a discussão de cláusulas contratuais em sede de ação de busca e apreensão, em razão da previsão de que a resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição. Esse pagamento a maior, como adiante se destacará, efetivamente, pode ser fundamentado na existência de cláusulas abusivas e ilegais, e na necessidade de sua revisão judicial.

Antes mesmo da edição da referida lei, que expressamente passou a admitir a ampla discussão sobre cláusulas contratuais, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já entendia ser possível a revisão das cláusulas contratuais abusivas na ação de busca e apreensão, impugnadas em sede de contestação.

É bem verdade que a opção do legislador passou a regular entendimento já defendido pelo STJ, conforme acima destacado, valorizando-se a celeridade processual e a ampla defesa. Neste contexto, importante destacar que esta traduz a liberdade inerente ao indivíduo,

no Estado Democrático, de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas, manifestando-se amplamente sobre o objeto da ação. Neste aspecto, mostra-se evidente a correlação entre a Ampla Defesa e o Princípio do Contraditório, não sendo concebível falar-se em um sem pressupor a existência do outro, razão pela qual o inciso LV, do art.5.º da Constituição Federal coloca-os em um só dispositivo.

A ampla defesa abre espaço para que o litigante exerça, sem qualquer restrição, seu direito de defesa, permitindo que o julgador, em contato direto com as alegações de ambas as partes, possa prolatar uma decisão mais justa, fundada na realidade que lhe é trazida. É um interesse público, mais que uma garantia constitucional, pois o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda democrático.

Neste contexto, pode ser objeto de defesa na ação de busca e apreensão toda e qualquer matéria atinente à exigência abusiva do credor, em detrimento da lei e do contrato, garantindo ao réu a amplitude do direito de defesa. É totalmente justificável admitir como matéria de defesa a alegação de excesso de valores cobrados, em desacordo com as cláusulas contratuais, ou fundados em disposições ilegais, vez que o credor não está sequer obrigado a apresentar demonstrativo atualizado do débito com a inicial, bastando fazer prova da mora ou do inadimplemento do devedor, mediante notificação extrajudicial, para obter a liminar de busca e apreensão do bem, consoante regulamentação do referido diploma legal.

A despeito da enorme facilidade conferida ao credor fiduciário na obtenção do provimento liminar de busca e apreensão, não deve ser admitida cobrança exacerbada e injustificada do suposto débito, sem destaque para os critérios de atualização da dívida.

Portanto, antes do pronunciamento jurisdicional deve ser facultada às partes ampla produção probatória, mormente prova técnica financeiro-contábil, se for o caso, a fim de se apurar o correto *quantum debeatur*, o qual deve estar obrigatoriamente fincado em critérios e bases contratuais admitidas pelo Direito.

Não se deve limitar a defesa do devedor quando a exigência da credora for ilegal consubstanciada em cláusulas estipuladoras de encargos abusivos; não há como proibir-se a apreciação da legalidade do contrato em que se funda o direito do credor. Assim, se a exigência formulada na ação de busca e apreensão é ilegal ou não prevista no

contrato, o devedor pode lançar na sua contestação a defesa que tiver, a qual necessariamente deverá ser devidamente apreciada.

Deve-se admitir, portanto, a ampla defesa do devedor no âmbito da ação de busca e apreensão decorrente de contrato de alienação fiduciária, ampliando-se a discussão a partir do questionamento a respeito de possível abusividade contratual, apontando-se de imediato os supostos vícios. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - MATÉRIA DE DEFESA - ARTIGO 3º, § 2º, DO DECRETO-LEI 911/69 - LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS - PRECEDENTES. I - Determina o art.3º, §2º, do Decreto 911/69 que na contestação da ação de busca e apreensão só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais. É que não se trata ainda de cobrança, não se podendo falar em excessos das cláusulas contratuais que, por sua vez, somente serão impugnáveis em momento oportuno, não no âmbito restrito da ação de busca e apreensão que visa, unicamente, consolidar a propriedade nas mãos do legítimo dono. II - Todavia, em casos de pedido manifestamente ilegal ou nitidamente em confronto com o contrato, a defesa do réu poderá ser estendida, apontando-se de imediato tais vícios, pena de desvirtuamento do instituto. Assim entendeu o aresto recorrido ao limitar a taxa de juros em 12% ao ano. III (...) (REsp **250639**/MG, Relator(a) Ministro WALDEMAR ZVEITER, 3ª TURMA, DJ 05.03.2001, p.158

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Ação de busca e apreensão. Defesa. Nulidade de cláusula. - Na ação de busca e apreensão, o limite à contestação previsto no art.3º, §2º, do DL nº 911D 64 é para os casos em que o autor formula pedido nos termos do contrato e da lei, mas não impede ao réu alegar, em sua defesa, contrariedade à lei ou ao contrato.

Recurso conhecido e provido. (REsp 244.813D DF, Relator(a) Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, unânime, DJU 22.05.2000)
PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE **BUSCA E APREENSÃO**. CONTESTAÇÃO QUE IMPUGNA A LEGALIDADE DE **CLÁUSULAS** CONTRATUAIS, SOB ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. **POSSIBILIDADE** DE DISCUSSÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA AÇÃO. I. Possível a discussão, no âmbito da defesa apresentada na ação de **busca e apreensão**, da legalidade das cláusulas contratuais que deram origem ao débito. II. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 595503/PR, Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª TURMA, DJ 12.09.2005, p.336);

Ora, se a ausência da mora elide a busca e apreensão, e a ausência da mora pode ser constatada pela cobrança abusiva de juros, por que não permitir que o devedor possa alegar tal matéria na ação de busca e apreensão? Neste sentido, novamente destaque para a jurisprudência do STJ:

Relação prejudicial entre a ação de revisão de contrato anteriormente ajuizada e a subsequente ação de busca e apreensão. Art.265, IV, "a", do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte. 1. Entre a ação de revisão de contrato e a de busca e apreensão posteriormente ajuizada existe relação prejudicial que justifica a suspensão do último processo nos termos do art.265, IV, "a", do Código de Processo Civil. É que perdurando a jurisprudência da Corte sobre a ausência da mora diante da cobrança de encargos abusivos, a ação de revisão é prejudicial no tocante à busca e apreensão que pressupõe a mora. (REsp 648240/SP RECURSO ESPECIAL 2004/0042728-0, Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO

MENEZES DIREITO, 3ª TURMA, j. 25/09/2006, DJ 26/02/2007, p.582)

Contudo, há que ser feita uma ressalva ao devedor que deixa para alegar a abusividade de cláusulas contratuais na ação de busca e apreensão, ao invés de antecipar-se à iniciativa do credor e propor a ação de revisão contratual. É que no procedimento regido pelo Decreto-lei n.º 911/69, depois das alterações introduzidas pela Lei n.º 10.931/2004, confere-se ao devedor a faculdade de postular revisão contratual, em sede de contestação, somente se purgada a mora e de acordo com o valor apresentado pelo credor fiduciário.

Não efetuada a purga da mora, inviabiliza-se a apreciação das alegações quanto à existência de onerosidade do contrato e de nulidade das cláusulas. Caso contrário, estar-se-ia privilegiando-se o devedor que aguardou a iniciativa do credor em cobrar a sua dívida para só então alegar que não a pagou porque não concordava com o valor cobrado.

Portanto, o devedor fiduciário deve proceder a quitação judicial, observando rigorosamente os valores apresentados pelo credor, conforme memória de cálculo atualizado que deve acompanhar a petição inicial.

Caso seja efetuado o pagamento a menor, por entender o devedor ser exorbitante ou indevida a quantia postulada na exordial, perderá a oportunidade que lhe é facultada, incidindo em preclusão consumativa. Nesses casos, o juiz deve rejeitar, de plano, o depósito efetuado. Não é outro o entendimento de Joel Dias Figueira Júnior³.

Exigindo-se a purgação da mora pelo valor integral apresentado pelo credor fiduciário por expressa disposição legal, é de se ver que o §4º do art.3º do aludido diploma legal dispõe que “§4º A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do §2º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição”. É o ônus suportado pelo devedor por não ter proposto

³ Ação de Busca e Apreensão em Propriedade Fiduciária. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2005, p.150.

ação revisional de contrato antes da propositura da ação de busca e apreensão pelo credor.

Como prevê o §2º do art.3º do Decreto-lei n.º 911/69, na contestação, para que não seja deferida a busca e apreensão liminarmente, à parte ré restam dois caminhos, quais sejam, alegar o pagamento do débito vencido ou cumprimento das obrigações contratuais. No particular, o colendo STJ assim já se pronunciou, *verbis*:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.
RECURSO ESPECIAL. BUSCA E
APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.
CARACTERIZAÇÃO DA MORA.
PRECEDENTES. COMPROVAÇÃO DA
MORA. VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO.
REQUISITO PARA CONCESSÃO DE
LIMINAR.

- Ainda que haja possibilidade de o réu alegar, na ação de busca e apreensão, a nulidade das cláusulas do contrato garantido com a alienação fiduciária, ou mesmo seja possível rever, de ofício, cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no art.51, IV do CDC, a jurisprudência da 2.ª Seção do STJ é pacífica no sentido de que na alienação fiduciária a mora constitui-se “ex re”, isto é, decorre automaticamente do vencimento do prazo para pagamento, por isso não cabe qualquer inquirição a respeito do montante ou origem da dívida para a aferição da configuração da mora.

- Na alienação fiduciária, comprova-se a mora do devedor pelo protesto do título, se houver, ou pela notificação extrajudicial feita por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, que é considerada válida se entregue no endereço do domicílio do devedor, ainda que não seja entregue pessoalmente a ele.

- A busca e apreensão deve ser concedida liminarmente se comprovada a mora do devedor fiduciante.

Recurso especial provido Recurso especial provido.” (REsp 810.717/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.08.2006, DJ 04.09.2006 p. 270)

Portanto, inexistindo a purga da mora pelo devedor, inviabiliza-se a apreciação de suas alegações, em sede de resposta à ação de busca e apreensão, quanto à existência de onerosidade do contrato e de nulidade das cláusulas, não podendo o magistrado emitir pronunciamento judicial em relação a essas questões.

É importante destacar que há entendimento diverso, como o de Marcelo Cintra Zarif⁴, que defende a limitação imposta pelo Decreto-Lei nº 911/69 à discussão da relação jurídica principal no âmbito da ação de busca e apreensão. Destaca que:

Prevê, também, o decreto-lei que a contestação deve limitar-se à alegação do pagamento do débito vencido ou ao cumprimento das obrigações contratuais. Não prevalece, no entanto, o entendimento que sugere a interpretação restrita da lei. É que, em primeiro lugar, o dispositivo afronta a Constituição Federal e o princípio do acesso à Justiça, que não é garantia exclusiva do autor, mas também do réu, que tem direito de ver discutida a matéria pertinente ao processo, que é de ordem pública e que, por isso mesmo, pode ser conhecida de ofício pelo juiz, pode também ser deduzida em preliminar de contestação, o que justifica o alargamento de seu âmbito.

O sentido da disposição legal diz respeito a não poderem ser discutidas no bojo da contestação questões que dependem de demanda própria a ser ajuizada pelo réu, como vícios pertinentes ao contrato de financiamento ou aspectos dos valores que podem estar sendo cobrados pelo autor.

⁴ ZARIF, Marcelo Cintra. *Procedimentos Especiais Cíveis*. Coordenadores: Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Júnior. Legislação Extravagante. Editora Saraiva, 2003, p.1419/1422.

Como descabe reconvenção nessa ação, consoante observações abaixo, não se poderia também na defesa apresentar essas alegações.

Conforme acima destacado, desde que o réu purgue a mora, viabilizada está a apreciação de suas alegações, em sede de resposta à ação de busca e apreensão, ainda que digam respeito à existência de onerosidade do contrato e de nulidade das cláusulas, não existindo qualquer óbice para tal permissibilidade. A jurisprudência vem consolidando tal entendimento:

É possível discutir o montante do crédito em ação de busca e apreensão, como matéria de defesa. É entendimento da Câmara que a taxa de juros está limitada a 12% a/a. A cobrança de comissão de permanência a uma taxa variável, pela evidente potestatividade, não pode ser admitida ainda que não-cumulada com a correção monetária (Ap 197.053.275, 4.9.97, 5ª CC TARS, Relator(a) Juiz BORGES FORTES, JTARS 104/283)

Destaque-se que na decisão acima destacada foram analisadas a taxa de juros, seu limite, a possibilidade de cobrança de comissão de permanência, entre outros, permitindo-se uma discussão ampla acerca do tema.

Quando se entende que na ação de busca e apreensão é possibilitado ao devedor a discussão ampla de matéria atinente às cláusulas contratuais, com a ressalva acima feita em relação à purgação da mora, busca-se a aplicação mais efetiva do princípio da instrumentalidade das formas. Neste contexto, Moacyr Amaral Santos⁵ cita este mesmo princípio, mencionando-o com clareza suficiente a identificar sua essência:

Por este princípio, a forma se destina a alcançar um fim. Essa é a razão pela qual a lei regula

⁵ *Primeiras Linhas de Processo Civil*. Editora Saraiva. 16ª edição, 2º volume.

expressamente a forma em muitos casos. Mas, não obstante expressa e não obstante violada, a finalidade em vista pela lei pode ter sido alcançada. Para a lei isso é o bastante, não havendo razão para anular-se o ato.

A passagem transcrita acima significa exatamente que importa ao Direito, enquanto instrumento de justiça, fazer exatamente justiça, torná-la efetiva, alcançar o fim a que se destina, sendo o meio, a forma, o instrumento para tanto. O art.244 do Código de Processo Civil dispõe que:

Quando a lei prescrever determinada forma, sem a cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Neste sentido, destacam-se também muitos entendimentos da doutrina e da jurisprudência, quando é analisada a dimensão de outros procedimentos especiais, como o previsto à ação de consignação em pagamento, na medida em que também se permite a discussão de cláusulas contratuais. Destaque para a jurisprudência abaixo destacada:

Embora parte da doutrina e da jurisprudência pregue a inviabilidade de revisão de cláusulas contratuais em sede de ação de consignação em pagamento, o caso concreto recomenda, diante do tempo decorrido, seja ultrapassado o entrave jurídico e aplicado o princípio da instrumentalidade, uma vez que, em termos práticos, o objetivo do autor pode ser alcançado nesta ação. (Ap 814581-00/6, 16.12.03, 10ª C 2ª TACSP, Relator(a) Juíza ROSA MARIA A NERY, RJ 318/136)

Ante tudo que fora acima destacado, não restam dúvidas de que no procedimento processual regido pelo Decreto-Lei n.º 911/69, depois das alterações introduzidas pela Lei 10.931/04, confere-se ao devedor a faculdade de postular revisão contratual, em sede de contestação,

somente se purgada a mora e de acordo com o valor apresentado pelo credor fiduciário, já que a nova redação dos §§ 2º e 4º do art.3º do Decreto-Lei 911/69, concede ao devedor fiduciante, ao realizar o pagamento integral da dívida pendente, a possibilidade de pleitear na resposta a restituição do valor que considerar excessivamente cobrado.

A partir do estudo apresentado, percebe-se que é possível a discussão, em sede de resposta à ação de busca e apreensão, da existência de onerosidade do contrato firmado entre as partes e de nulidade de suas cláusulas.

Essa conclusão tem seu fundamento a partir do estudo apresentado sobre o texto do Decreto-Lei nº 911/69, que trata da matéria, da doutrina e da própria jurisprudência.

Logo, percebe-se que referida possibilidade busca a atenção exigida pela própria Constituição Federal aos princípios do contraditório, ampla defesa e instrumentalidade.

Esses princípios são claramente entendidos e respeitados quando se analisa o fim maior do ordenamento jurídico, que é a pacificação de conflitos, que devem ser analisados em toda a sua dimensão e elementos, sejam eles favoráveis, neste caso específico, ao credor ou ao devedor.

Como apresentado no texto, permitir-se que tal discussão seja levada a efeito pelo devedor, quando sem sua defesa traz argumentações relativas à relação contratual pactuada com o credor, na verdade, permite ao próprio magistrado que prolate uma decisão efetivamente justa, à qual não se podou a análise de quaisquer dos aspectos relativos ao litígio.

Deste modo, conclui-se que é possível serem analisadas as questões alegadas pelo devedor, no que diz respeito às cláusulas contratuais abusivas e contrárias a texto expresso de lei.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlo Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. Editora Saraiva. 1ª edição. São Paulo, 1973.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Editora Malheiros. São Paulo, 2001.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. Revista dos Tribunais, 1970, p.18.

REIS, Dagma Paulino dos. *Manual temático de direito*. Del Rey Editora. Belo Horizonte, 2007.

ZARIF, Marcelo Cintra. *Procedimentos especiais cíveis*. Coordenadores: Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Júnior. Legislação Extravagante. Editora Saraiva, 2003, p.1419/1422.

<http://www.stj.gov.br/>

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL

Luciana Rocha Melo Muniz, bacharela em Direito, pós-graduada em Direito Privado, servidora pública do Tribunal de Justiça de Sergipe.

RESUMO: Trata-se de pesquisa doutrinária acerca da responsabilidade civil no Código Civil de 2002, sintetizando as principais teorias sobre a matéria, evolução histórica, pressupostos, os dispositivos que a consagram, visando a demonstrar, ante a nova legislação civil, as tendências quanto à responsabilidade sem culpa.

Apesar de permanecer a regra geral da responsabilidade subjetiva, a codificação civil trouxe a responsabilidade objetiva fundamentada na Teoria do Risco, a qual sustenta que o sujeito é responsável pelos perigos que a sua atuação acarreta, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano.

Assim, danos decorrentes de atividades perigosas passaram a ser reparados, não mais se baseando na culpa, mas meramente na demonstração da existência de nexo causal entre o dano e a conduta do agente.

O legislador brasileiro, ao regulamentar a questão da responsabilidade civil no atual Código Civil, adotou, no parágrafo único do artigo 927, a mencionada teoria do risco, buscando harmonizar o texto legal aos novos tempos de uma sociedade massificada pela exploração econômica.

Disciplinou também a responsabilidade sem culpa nos atos de abuso do direito, nos atos danosos causados pelo transporte de pessoas ou coisas, por produtos, pelo fato de outrem, pelo fato da coisa e do animal, pela cobrança de dívida antes do vencimento, de quantia maior que a devida ou de dívida já paga.

A relevância do instituto é demonstrada em sua inegável aplicação, com campo de incidência cada vez mais vasto, fruto do dinamismo social que exigiu do legislador a sua previsão expressa, e que atrai importantes estudos e críticas da doutrina e da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade objetiva; Risco; Atividade; Dano.

ABSTRACT: This work is a doctrinarian research on the civil responsibility in the 2002 Civil Code, synthesizing the main theories on the subject, the historical development, presuppositions, and the devices that consecrate it in order to demonstrate - in face of the new civil legislation - the tendencies concerning the non-fault responsibility.

Despite the general rule of subjective responsibility remains, the civil codification brought an objective responsibility underpinned on the Risk Theory that sustains that the individuals are responsible by the risk that their acts bring even when they work on the way to avoid the damage.

So, damages due to the dangerous activities started being repaired not more based on the fault but merely on the demonstration of the existence of causal nexus between the damage and the agent's conduct. When the Brazilian legislators regulated the question of civil responsibility in the current Civil Code they adopted in the unique paragraph of the article 927 the mentioned risk theory in order to conciliate the legal text with the new times of a society massified by the economical exploitation. It has also instructed the non-fault responsibility in the acts of abuse of rights in the damaging acts caused by the transportation of people or things, by products, by the fact of others, by the fact of the thing and the animal, by the encashment of debits before their maturity; by a sum of money bigger than the debits or debits already paid.

The relevance of the institute is demonstrated in its undeniable application with a more and more vast field of incidence as a result of a social dynamism that demanded an expressive prevision from the legislator and that attracts important studies and critiques on the doctrine and its jurisprudence.

KEYWORDS: Objective responsibility; Risk; Activity; Damage.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Responsabilidade civil; 2.1 Evolução histórica; 2.2 Conceito; 2.3. Pressupostos; 2.4 Espécies de responsabilidade civil; 3. A responsabilidade objetiva; 3.1 Teoria do risco; 3.2 Análise dos pressupostos; 4. A responsabilidade objetiva no

Código Civil; 4.1 Abuso de direito; 4.2 Exercício de atividade de risco ou perigosa; 4.3 Responsabilidade dos empresários e empresas por danos causados por produtos; 4.4 Responsabilidade pelo fato de outrem; 4.5 Responsabilidade pelo fato da coisa; 4.6 Responsabilidade em relação a dívidas; 4.7 Responsabilidade do transportador; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil evoluiu, sobremaneira, com o advento do Novo Código Civil. Este amenizou a falta de sistematização com que o Código de 1916 tratou do instituto, conforme era possível verificar no reduzido número de dispositivos que somente abarcavam a responsabilidade subjetiva, baseada na Teoria da Culpa.

O antigo código limitava-se a estabelecer, em seu art. 159, a responsabilidade com culpa, ou seja, a responsabilidade daquele cuja ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violasse direito de outrem ou lhe causasse prejuízo. Para ter o dever de reparar, era necessária a comprovação de sua culpa no evento danoso.

Já a atual codificação dedicou uma maior quantidade de artigos, além de trazer significativos avanços à civilística nacional, evidenciada em sua marcante tendência à objetivação da responsabilidade, com fundamentação na Teoria do Risco.

Tal avanço encontra-se explicitamente no parágrafo único do art. 927 que, dentre outros, representa uma verdadeira cláusula geral da responsabilidade objetiva, reflexo dos princípios da eticidade e da socialidade, pilares básicos da nova codificação.

Este trabalho de pesquisa apresentará os principais aspectos da Responsabilidade Objetiva no Código Civil de 2002, abordando a sua origem e evolução histórica, seus pressupostos e a citada teoria que a fundamenta.

Ademais disso, cuidará, de forma sucinta, das várias cláusulas gerais que a consagram, expressamente previstas, em demonstração da evolução ocorrida na área da responsabilidade civil em nosso ordenamento, consentânea com os ideais de justiça e equidade que nortearam as atividades do indivíduo ao longo do século XX.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de adentrar no tema deste estudo, necessária a análise introdutória do instituto da responsabilidade civil quanto à sua evolução histórica, seus pressupostos gerais e suas várias espécies.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O instituto da responsabilidade civil é um dos mais importantes e antigos da história da humanidade, posto que sempre ocorreram ações ou omissões por parte do homem, causadoras de dano a direito de outrem, e ensejadoras de reparação.

No Direito Romano, inicialmente vigorava a vingança generalizada, onde não se buscava a reparação do dano, mas sim impingir ao ofensor dano de igual magnitude, de acordo com a pena de Talião, prevista na Lei das XII Tábuas (olho por olho, dente por dente), sem questionar se houve ou não culpa.

Com a evolução das relações sociais e verificando que a pena de Talião trazia situações injustas, tornou-se necessária a reparação do dano de forma subsidiária (em pecúnia), quando então o Estado avocou para si tal tarefa, aprovando, no final do século III a.C., a *Lex Aquilia de Damno*.

A *Lex Aquiliana* deu origem à responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual, fixando os parâmetros da responsabilidade, ao conferir à vítima de um injusto o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro do seu ofensor, independentemente de relação obrigacional preexistente. Reconheceu-se a necessidade de demonstrar a culpa para que se pudesse exsugir o direito à indenização.

A concepção de pena (retribuição do mesmo mal causado) foi, aos poucos sendo substituída pela idéia de reparação do dano sofrido.

Mas foi no Direito Francês que a responsabilidade civil apresentou sua maior evolução. De fato, o Código Napoleônico veio a regulamentar a idéia de culpa como sucedâneo da responsabilidade de reparar os danos causados, fixando os pressupostos tradicionais: a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (dolo e culpa *stricto sensu*), o nexo de causalidade e o dano causado.

Seguindo essa construção, sofrendo forte influência do Direito Francês, o Código Civil Brasileiro de 1916 passou a adotar, como regra, a responsabilidade com culpa, denominada de responsabilidade subjetiva.

Essa responsabilidade com culpa passou a ser a regra em todo o Direito Comparado.

Todavia, em diversos casos, a demonstração da culpa não era de simples constatação, fazendo com que tal exigência negasse à vítima o direito à reparação. Diante disto, foi necessária a construção doutrinária e jurisprudencial de outra modalidade de responsabilidade civil, sem culpa, que atendessem aos anseios de justiça que inspiravam o instituto da responsabilidade, de modo a ampliar as possibilidades de indenização, proporcionando uma maior pacificação social.

Surge, assim, também com origem no direito francês, o principal precursor da maior parte das idéias socializantes, a *responsabilidade objetiva*. Em 1897, dos estudos de Saleilles e Josserand sobre a teoria do risco, surgem as primeiras publicações sobre a responsabilidade sem culpa.

Sem dúvida, a revolução industrial ocorrida na Europa, a explosão demográfica e o progresso científico, foram os principais fatores que ensejaram a responsabilidade objetiva. Flávio Tartuce¹ explica que:

“O estrondo industrial sentido na Europa com a segunda Revolução Industrial, precursora do modelo capitalista, trouxe conseqüências jurídicas importantes. De acordo com a aclamada teoria do risco iniciaram-se os debates para a responsabilização daqueles que realizam determinadas atividades em relação à coletividade. Verificou-se, a par dessa industrialização, uma maior atuação estatal, bem como a exploração em massa da atividade econômica, o que justificaria a aplicação da nova tese de responsabilidade sem culpa.”

¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil - Direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2005, v. 2, p. 249.

De fato, a produção mecanizada expôs os trabalhadores a grandes riscos, aumentando vertiginosamente o número de acidentes de trabalho. Neste campo, a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, revelou-se insuficiente. O trabalhador acidentado ficava desamparado diante da dificuldade de provar a culpa do patrão.

Igual dificuldade trouxe o progresso científico com o surgimento dos trens, veículos etc. Com o transporte coletivo, vários acidentes passaram a ocorrer, deixando as vítimas, também, em situação de desvantagem ao terem que provar a culpa do transportador.

Mesmo diante das fortes resistências, a teoria da responsabilidade sem culpa prevaleceu no Direito Comparado, atingindo também a legislação brasileira e os tribunais.

Nesse diapasão, pode-se citar como exemplo, a Lei das Estradas de Ferro (Decreto-lei 2.681 de 1912), primeiro diploma a admitir responsabilidade fundada na teoria do risco, ao tratar da reparação em razão dos acidentes decorridos do transporte ferroviário. Este decreto foi amplamente utilizado pelos tribunais que, utilizando-se de uma interpretação extensiva, aplicava-o, também aos casos de acidentes decorridos de qualquer tipo de transporte terrestre de passageiros.

Seguindo a tendência, cita-se ainda a legislação de acidente de trabalho; a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente que prevê a responsabilidade objetiva dos causadores de danos ao meio ambiente; o Código de Mineração; o Código Brasileiro de Aeronáutica; o Código de Defesa do Consumidor, que consagrou a responsabilidade sem culpa em vários de seus dispositivos; e a Constituição Federal, que prevê a responsabilidade objetiva do Estado e das prestadoras de serviços públicos.

Por derradeiro e consentâneo com a legislação paralela, o Código Civil de 2002 passou a disciplinar a responsabilidade objetiva, consagrando em vários dispositivos, verdadeiras cláusulas gerais, a exemplo do parágrafo único do art. 927, dentre outros.

Apesar de manter a regra geral da responsabilidade subjetiva, no qual para caracterizar o dever de indenizar são necessários os requisitos da ação ou omissão voluntária, nexo de causalidade, dano e culpa, o Código Civil trouxe também a responsabilidade objetiva que prescinde do elemento culpa, vigorando um sistema misto de responsabilidade no ordenamento pátrio.

2.2 CONCEITO

A palavra responsabilidade origina-se do latim “*re-spondere*”, que consiste na idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação. Designa o dever jurídico que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico.

Esse dever de reparação pode ter como fonte o descumprimento de uma obrigação contratual ou a não observância a um preceito normativo que regula a vida, imposto pelo Direito Positivo por exigência da convivência social.

Fala-se, assim, em responsabilidade civil contratual (relação jurídica obrigacional preexistente) e em responsabilidade civil extracontratual (obrigação imposta por um preceito geral de Direito), respectivamente.

Por isso, a responsabilidade é considerada um dever jurídico secundário, sucessivo, pois surge quando houver a violação a um dever jurídico originário, como forma de reparar o dano ou prejuízo decorrente dessa ação ou omissão violadora.

Sintetizando a conceituação desse instituto, Maria Helena Diniz² asseverou que:

“Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).”

Pode-se dizer que toda conduta humana violadora de dever jurídico originário, que cause dano a outrem, é fonte geradora da responsabilidade civil. Dessa sinótica definição aparecem os pressupostos ou elementos básicos da responsabilidade civil, que serão a seguir abordados.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - Responsabilidade civil*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.7, p. 34.

2.3 PRESSUPOSTOS

O artigo 186 do Código Civil de 2002 estabelece que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Da análise do supracitado dispositivo extraem-se os seguintes elementos básicos da responsabilidade civil: conduta humana comissiva ou omissiva; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Antes de tratar cada um desses elementos, necessário abordar o ato ilícito, conceito de grande relevância por ser o fato gerador da responsabilidade civil.

O ato ilícito é a violação de um dever jurídico, através de uma conduta voluntária. Fato contrário ao Direito, que produz efeitos jurídicos não desejados pelo agente.

Tartuce³, ao tratar do ato ilícito, afirma que:

“Assim sendo, o ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante de sua ocorrência a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ilícito fonte de direito obrigacional.”

Não é qualquer ato prejudicial, pois o dano pode ocorrer sem que surja o dever de indenizar, a exemplo de uma penhora. É indispensável a ilicitude, ou seja, a violação de dever jurídico preexistente. O ilustre doutrinador Sérgio Cavaliere⁴ sustenta que: “a ilicitude reporta-se à conduta do agente, e não ao dano que dela provenha, que é o seu efeito. Sendo lícita a conduta, em princípio não haverá o que indenizar, ainda que danosa a outrem”.

³ TARTUCE, Op. cit., p. 261.

⁴ CAVALIERE FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 12.

Mas, vale ressaltar, que um ato originariamente lícito pode ensejar o dever de indenizar quando for abusivo, conforme prevê o art. 187 do Código Civil que consagrou a Teoria do Abuso do Direito. O exercício irregular de um direito, exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico, social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes, configura também um ato ilícito, gerando responsabilidade civil, com o conseqüente dever de indenizar.

Passemos à análise dos elementos.

A conduta é um comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, gerando conseqüências jurídicas. Essa conduta pode ser do próprio agente ou de outrem a quem o responsável está ligado por um dever de guarda, vigilância ou cuidado.

A ação consiste em um comportamento positivo, comissivo. Já a omissão consiste na abstenção de uma conduta devida. Ambas devem ser voluntárias, ou seja, devem ser controláveis pela vontade à qual o fato é imputável.

Para que a omissão gere a obrigação é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato. A propósito, sintetiza Sergio Cavaliere Filho⁵ que:

“Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim, não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, conseqüentemente, todos teriam contas com a Justiça.”

Quanto à omissão é interessante ressaltar o fato de alguém poder ser responsabilizado pelo dano causado por animal ou coisa que estava sob sua guarda, ou seja, porque tinha o dever de vigilância ou cuidado e se omitiu no cumprimento desse dever, conforme previstos nos artigos 936, 937 e 938 do Código Civil.

⁵ CAVALIERE FILHO, Op. cit. p. 25.

A culpa em sentido amplo engloba o dolo e a culpa estrita.

Dolo consiste na vontade consciente dirigida para a produção de um resultado ilícito. O agente antevê o dano que sua atividade irá causar e, deliberadamente, prossegue com o intuito de alcançar esse resultado.

A culpa *stricto sensu* tem por essência o descumprimento de um dever de cuidado preexistente, que o agente podia conhecer e observar, não havendo intenção de violar o dever jurídico.

Para o Direito Civil não importa se o agente agiu com dolo ou culpa, pois agindo de uma forma ou de outra, ele deverá reparar o dano ou indenizar os prejuízos. O que difere são os critérios de fixação da indenização, conforme dispõem os artigos 944 e 945 da atual codificação civil.

Há uma discussão a respeito da culpa ser pressuposto geral da responsabilidade. Autores como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁶ entendem que a responsabilidade prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração, não sendo um elemento essencial, mas somente accidental. Para eles, a responsabilidade civil tem somente três elementos básicos: conduta, dano ou prejuízo e nexo de causalidade. A culpa somente seria elemento da responsabilidade subjetiva, pois esta se baseia na culpa do agente comprovada para gerar a obrigação de indenizar.

Para a responsabilidade objetiva, âmago deste estudo, a culpa *lato sensu* é prescindível para gerar a obrigação de indenizar, pois esta dispensa esse elemento para a sua configuração, conforme será abordado. Por tal razão, não será aqui aprofundado o estudo do elemento referido.

O nexo de causalidade constitui a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano suportado por alguém.

É elemento essencial da responsabilidade em qualquer de suas espécies, pois não se pode falar em dever de indenizar sem que a causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor ou o risco criado.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil - Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 10.

Quanto ao pressuposto do nexo causal, a codificação civil adotou a *Teoria da Causalidade Adequada*, para a qual somente as condutas relevantes para o evento danoso podem acarretar o dever de indenizar, ou seja, só aquelas que foram mais adequadas a produzir concretamente o resultado.

O mestre Sérgio Cavaliere⁷ sustenta que:

“Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva.”

Assim, para se estabelecer a causa de um dano é preciso indagar se esta foi adequada para produzi-lo, tornando-se o centro do nexo de causalidade, o que gera o dever de indenizar ou reparar.

Para que a conduta importe em responsabilidade civil do agente, é imprescindível a comprovação do dano dela decorrente.

Dano é o prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém.

O dano patrimonial ou material consiste numa perda que atinge o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado. Pode ser danos emergentes, constituídos pela efetiva diminuição do patrimônio, ou lucros cessantes, valores que o prejudicado deixou de auferir.

O dano extrapatrimonial, também chamado de moral ou imaterial, constitui uma lesão aos direitos da personalidade, a interesses não patrimoniais de pessoas físicas ou jurídicas.

Não há responsabilidade civil sem dano, pois não há que se falar em indenização ou ressarcimento, se não houver dano. Com precisão, Cavaliere⁸ salientou que:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar

⁷ CAVALIERE FILHO, Op. cit., p. 49.

⁸ CAVALIERE FILHO, Op. cit., p. 71.

em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado etc. –, o dano constitui o seu elemento preponderante.”

Logo, para que haja responsabilidade civil em qualquer de suas espécies é necessário haver o dano, pois este é determinante do dever de indenizar.

2.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade tem por elemento nuclear uma conduta violadora de um dever jurídico. Daí, então, ser possível dividi-la em diferentes espécies como a penal, civil, administrativa, a decorrente das relações de consumo etc.

A responsabilidade civil pode ser classificada: quanto ao fato gerador, classificando-se em contratual e extracontratual; em relação ao seu fundamento, podendo ser subjetiva e objetiva; e em relação ao agente, isto é, à pessoa que pratica a ação, podendo ser direta e indireta ou complexa.

Quanto ao fato gerador, se preexiste um vínculo obrigacional, um negócio jurídico e ocorre o inadimplemento desta obrigação, ter-se-á a responsabilidade contratual, com o conseqüente dever de indenizar. Se há uma lesão a diretos e entre a vítima e o ofensor não preexista qualquer relação jurídica, tem-se a responsabilidade extracontratual.

Logo, o ilícito pode ser contratual, se a transgressão se refere a um dever gerado em um contrato, ou pode ser extracontratual quando a violação pertine a uma dever jurídico imposto pela lei.

Alguns doutrinadores criticam essa dicotomia porque entendem que as conseqüências são as mesmas. Mas prepondera, inclusive aqui no Brasil, a tese dualista.

Considerando o seu fundamento, a responsabilidade pode ser subjetiva, baseada na culpa do agente, ou objetiva, baseada no risco da atividade, sem prescindir do pressuposto culpa.

Relativamente à pessoa que pratica a ação, pode ser direta, se proveniente do próprio agente que responderá pelo seu ato; e indireta se advém de ato de terceiro com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal ou de coisa inanimada sob sua guarda.

3. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

3.1 TEORIA DO RISCO

Diante das inúmeras situações em que a análise da culpa inviabilizaria a caracterização do dever de indenizar, e em resposta às várias críticas contra o regime da teoria subjetiva, foi desenvolvida a Teoria do Risco, com suas matizes, sustentando que o sujeito é responsável pelos perigos que a sua atuação acarreta, ainda que coloque todo a sua diligência para evitar o dano, viabilizando, assim, a adequada prestação de justiça.

Esta teoria foi concebida pelos juristas no final do século XIX, principalmente na França, no momento da agitação do desenvolvimento industrial, com o problema da reparação dos acidentes de trabalho, onde a análise da culpa era hipossuficiente, pois deixava sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguiam provar a falta do agente.

Cavaliere⁹ dispõe que “risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente”.

Com a Teoria do Risco, situações decorrentes de atividades perigosas passaram a ser amparadas, não mais se baseando na culpa, mas meramente na demonstração da existência de nexos causal entre o dano e o agente que praticou a conduta lesiva, evoluindo o Direito Civil Pátrio e ensejando a predominância de demandas judiciais indenizatórias fundadas em responsabilidade sem culpa.

Importante se apresenta a análise do dispositivo do novo código que consagrou a responsabilidade objetiva. Trata-se do artigo 927 e seu parágrafo que assim dispõem:

⁹ CAVALIERE FILHO, Op. cit., p. 128.

“Art. 927 Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Quanto ao caput do dispositivo mencionado e a primeira parte do parágrafo único, não há nenhuma novidade significativa. Diversamente ocorre na segunda parte do parágrafo único. Neste o legislador, além de consagrar a responsabilidade sem culpa, introduziu o conceito aberto de “atividade de risco”, transferindo para os magistrados e doutrinadores a tarefa de definir o que efetivamente vem a ser atividade de risco, apta a justificar a obrigação de reparar o dano.

Trata-se de um conceito demasiadamente aberto, não delimitado pelo código que relegou ao magistrado uma discricionariedade ao definir o que seria uma atividade de risco. De fato, a amplitude desse dispositivo somente será delimitada pela jurisprudência, após o aprofundado exame dos casos concretos que serão submetidos à apreciação dos julgadores. Trata-se de verdadeira cláusula geral da responsabilidade objetiva.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves¹⁰,

“A inovação constante do parágrafo único do art. 927 do Código Civil será significativa e representará, sem dúvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil. Pois a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como consta do texto, possibilitará

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32

ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável.”

Visando esclarecer o que seria “atividade de risco”, foi aprovado o Enunciado nº 38 na *I Jornada de Direito Civil* com o seguinte teor:

“Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.”

Pode-se conceituar atividade de risco como sendo aquela empreendida habitualmente pelo agente causador do dano com intuito de lucro, como meio de vida ou como profissão. Tal assunto será mais explicitado quando for abordado o item sobre o exercício da atividade de risco ou perigosa.

3.2 ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS

Dentre os pressupostos da responsabilidade civil já abordados, constata-se que a culpa é prescindível para a responsabilização objetiva. De fato, a corrente objetivista desvinculou o dever de reparar o dano da idéia de culpa, baseando-o na atividade lícita ou no risco com o intuito de permitir ao lesado, ante a dificuldade da prova da culpa, a obtenção de meios para reparar o dano sofrido.

Assim, somente figuram como elementos da responsabilidade objetiva a conduta humana voluntária (ação ou omissão), a relação de causalidade e o dano, já devidamente abordados no item mencionado.

No entanto, no que diz respeito à relação de causalidade, vale ressaltar que os adeptos da teoria do risco integral entendem que este pressuposto é dispensável, posto que o dever de indenizar se faz presente tão-só em face do dano, não importando se há ou não nexos causal entre a conduta e o dano.

4. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil de 2002, mantendo a responsabilidade subjetiva, trouxe também a responsabilidade objetiva em vários dispositivos para ajustar-se à evolução ocorrida nesta área, como já era possível se constatar na legislação especial.

A inovação está prevista nas hipóteses de: abuso do direito (art. 187), atos danosos causados pelo transporte de pessoas ou coisas (arts. 734 a 756), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939) e pela cobrança de dívida antes do vencimento, de quantia maior que a devida ou de dívida já paga (arts. 939 a 941).

4.1 ABUSO DO DIREITO

O conceito de abuso do direito encontra raízes históricas na *aemulatio* do Direito Romano, ou seja, no exercício de um direito, sem utilidade própria, com intenção de prejudicar outrem.

O ilustre civilista Silvio Rodrigues¹¹ também demonstra a origem romana do abuso. Entretanto, no que diz respeito à teoria, ensina que “a teoria do abuso do direito na sua forma atual é, como diz Jossierand, de tessitura jurisprudencial e surgiu na França na segunda metade do século XIX”.

De fato, esta teoria progrediu em reação à noção individualista dos direitos subjetivos constituída a partir do Código Civil de Napoleão, pela qual o exercício de um direito era protegido em toda e qualquer situação, mesmo que tivesse sérias e desproporcionais conseqüências para a sociedade. Cavaliere¹² dispõe que:

“Aquilo que inicialmente representou um avanço
– pois o Direito, com tal noção, passou a ser a

¹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Parte geral*, 33ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 318

¹² CAVALIERE FILHO, Op. cit., p. 142.

mais poderosa arma contra o absolutismo do Estado -, com o passar do tempo mostrou-se de grande inconveniência em face de uma nova realidade socioeconômica, realidade, essa, que demonstrou serem relativos não só o Poder do Estado, mas também os direitos conferidos ao homem, limitados que estão pelas regras de convívio social.”

Os direitos são concedidos para serem exercidos de maneira justa, legítima, e não de maneira arbitrária, sem se preocupar com os outros. Esse passou a ser o novo fundamento do abuso do direito, buscando impedir que o direito sirva como forma de opressão, desviando-se da finalidade a qual se destina. Será abusiva a conduta que está em harmonia com a lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos.

Há duas teorias que definem o abuso do direito. A primeira é a subjetivista que considera ocorrer o abuso quando o ato, embora amparado pela lei, for praticado deliberadamente para prejudicar alguém. Já para a teoria objetivista, o abuso estará no uso anormal do direito.

O abuso do direito está conceituado no artigo 187 do novo código, que o equiparou a um verdadeiro ato ilícito, como fato gerador da obrigação de indenizar, conforme se refere o artigo 927. Este artigo, conjugado com o art. 187, representa a primeira cláusula geral de responsabilidade objetiva.

O artigo 187 define abuso de direito: “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”.

Ou seja, é o exercício anormal do direito, contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo, que, reprovado pela consciência pública ou social, excede o conteúdo do direito.

Da análise deste artigo, depreende-se que foi adotada a teoria objetiva, posto não ser necessária a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito.

Não há dúvida da ilicitude do abuso. Apesar de não ser violação de uma norma tuteladora de um interesse alheio ou a ofensa a direito de outrem, o abuso é um ilícito, porque excede os limites que deveria observar. Há uma contradição entre a finalidade com que o titular exerce o direito e o interesse a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito.

Todavia, não deve ser considerado abusivo o exercício de um direito que venha a causar um mal ou um dano a terceiros. Às vezes isso será até inevitável como nos casos de penhora, protesto de um título, despejo etc. O que o tornará abusivo é se esse direito for exercido com excessos, de forma irregular e anormal, afastando-se da ética e da finalidade social ou econômica.

Resumindo, Flávio Tartuce¹³ diz que:

“O abuso de direito seria um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo. Desse conceito concluímos que a diferença em relação ao ato ilícito reside no fato de que este é ilícito no todo, quanto ao conteúdo e quanto às consequências.”

Ademais, o artigo 187 estabelece os limites que devem ser respeitados no exercício de todo e qualquer direito subjetivo. Estes limites são o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes.

O fim econômico é o proveito ou vantagem que se obtém ao se exercer um determinado direito ou a perda a ser suportada pelo seu não exercício. Todo exercício de um direito se destina a satisfazer a um interesse. E se este exercício se destina a prejudicar financeiramente terceiros, ele será considerado abusivo.

Na área contratual é mais comumente encontrar o exercício de um direito em desacordo com o fim econômico. Como exemplo, pode-se citar os casos de rescisão unilateral de contrato de representação

¹³ TARTUCE, Op. cit., p. 266.

comercial, dispensa de empregado para evitar que complete o tempo aquisitivo de certos direitos, recusa de colégios em fornecer a documentação de transferência a alunos que estão em atraso com as mensalidades escolares etc.

O fim social é um limite ao exercício de todo e qualquer direito. Como o direito deve ser usado de forma que atenda ao interesse coletivo, logo haverá ato abusivo de seu titular, revestido de ilicitude, se ele o utilizar em desacordo com a sua finalidade social.

Por fim social entende-se como o bem comum que a sociedade busca concretizar, como a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade.

Não há dúvida de que a socialidade foi a grande motivação do novo Código Civil, como se pode observar em seus dispositivos, como a função social dos contratos etc.

Maria Helena Diniz¹⁴ afirma que:

“Haverá, portanto, abuso do direito se o agente, ao agir dentro dos limites legais, deixar de levar em conta a finalidade social e econômica do direito subjetivo e, ao usá-lo desconsideradamente, prejudicar alguém. Não há violação dos limites objetivos da norma, mas tão-somente um desvio aos fins sociais e financeiros a que ela visa atingir.”

Por boa-fé entende-se como a conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais. Trata-se da boa-fé objetiva que difere da subjetiva, pois nesta considera-se a posição psicológica, a intenção pura e destituída de má-fé, crença ou ignorância de uma pessoa.

A boa-fé objetiva tem três funções: interpretativa, integrativa e de controle. Quanto a esta última, a boa-fé representa um padrão ético de confiança e lealdade indispensável para a convivência social.

Haverá abuso toda vez que o titular de um direito, ao exercê-lo, não empregar a lealdade e confiança esperáveis.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - Responsabilidade civil*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.7, p. 569.

Por último, os bons costumes que compreende o conjunto de regras de convivência dominante em uma sociedade. São as concepções ético-jurídicas que pessoas honestas e corretas praticam. Estará configurado o abuso sempre que o titular de um direito agir de forma a contrariar a ética dominante, atentar contra os hábitos aprovados pela sociedade.

Estes costumes podem variar de acordo com aspectos subjetivos, espaciais e temporais. Daí conclui-se que serão grandes as dificuldades do aplicador da norma que, de acordo com as regras de hermenêutica e utilizando-se da equidade, deverá trazer soluções satisfatórias para os casos concretos.

Confirmando que a responsabilidade oriunda do abuso do direito tem natureza objetiva, ou seja, independe de culpa, foi aprovado o Enunciado 37 aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, cuja redação é a seguinte: “Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

4.2 EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE RISCO OU PERIGOSA

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil traz a segunda cláusula geral da responsabilidade objetiva dispondo que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Não resta dúvida de que a expressão “independentemente de culpa” demonstra se tratar de responsabilidade objetiva. O problema reside em saber o que deverá se entender por “atividade normalmente desenvolvida” e “por sua natureza, implicar risco”.

Primeiro é necessário saber o que é atividade. Atividade deve ser entendida como serviço praticado por determinada pessoa, seja ela natural ou jurídica. Essa atividade deve ser exercida normalmente, ou seja, não pode ser meramente esporádica ou momentânea, devendo, ainda, guardar ligação direta com o objeto social por ela desenvolvido.

Não se considera a conduta de forma isolada, mas sim a conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional

ou empresarial para realizar fins econômicos. Por exemplo, a sociedade que explora os veículos automotores como instrumento habitual de sua atividade econômica. Diferente daquele que usa um veículo de passeio esporadicamente, não se podendo considerar como atividade habitual.

Atividade indica serviço. Daí pode-se afirmar que a cláusula em apreço abrange uma vasta área de serviços, excluindo as relações de consumo que são acobertadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Quanto à expressão “por sua natureza implicar risco” necessárias algumas explicações. Primeiro convém ressaltar que o referido parágrafo adotou a teoria do risco criado, ou seja, o agente que, em razão de sua atividade ou profissão cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar.

A natureza é da atividade normalmente desenvolvida, ou seja, se a atividade, em sua essência, implica algum risco para o direito de outrem. Desta feita, não basta que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano crie risco a terceiros, sendo imprescindível que, na natureza da atividade, ou seja, na sua essência, exista uma potencialidade lesiva fora dos padrões normais.

Importante atentar para a distinção entre risco inerente e risco adquirido. Cavaliere¹⁵ ensina que “há riscos que são inerentes a certos serviços, intrinsecamente atados à sua própria natureza e modo de funcionamento – como, por exemplo, os serviços médico-hospitalares”. São riscos que podem não ser evitados ainda que se empregue toda técnica e segurança, pois a ele é intrínseco, inseparável. Não há assim, como responsabilizar o prestador desses tipos de serviços, pois implicaria em um ônus insuportável que inviabilizaria a própria atividade.

Risco adquirido é aquele imprevisível e anormal, ou seja, quando os serviços não apresentam riscos superiores àqueles legitimamente esperados, mas tornam-se perigosos por apresentarem algum defeito.

Para gerar a obrigação de indenizar os danos devem ser os decorrentes do risco adquirido. Os danos decorrentes da periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar.

¹⁵ CAVALIERE FILHO, Op. cit., p. 156

Herman Benjamim, citado por Cavaliere¹⁶, elucida:

“A periculosidade integra a zona da expectativa legítima (periculosidade inerente) como o preenchimento de dois requisitos, um objetivo e outro subjetivo. Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo). Presentes esses dois requisitos, a periculosidade, embora dotada de capacidade para provocar acidentes de consumo, qualifica-se como inerente e, por isso mesmo, recebe tratamento benevolente do Direito. Vale dizer: inexistente vício de qualidade por insegurança.”

Apesar da elucidação tratar de relação de consumo, mudando o que deve ser mudado, também se aplica aos casos das atividades abrangidas pelo art. 927 do Código Civil.

O risco da atividade, por si só, não basta para gerar a obrigação de indenizar, porque é mera probabilidade. Para que surja a responsabilidade de indenizar é necessário que o exercício desta atividade cause dano a direito de outrem.

Quem exerce uma atividade perigosa, habitualmente, tem o dever jurídico de fazê-la com segurança, de modo a não causar prejuízos e danos para terceiros, sob pena de ter que por ela responder independentemente de culpa. Cavaliere¹⁷ afirma que:

“(…) Há um direito subjetivo à segurança cuja violação justifica a obrigação de reparar o dano sem nenhum exame psíquico ou mental da conduta do seu autor. Na responsabilidade

¹⁶ Ibidem, p. 157

¹⁷ CAVALIERE FILHO, Op. cit. p. 158

objetiva, portanto, a obrigação de indenizar parte da idéia de violação do dever de segurança.”

Assim, quem desenvolve atividade de risco tem o dever jurídico de segurança que, uma vez violado, gera a obrigação de indenizar. Essa violação do dever de segurança caracteriza-se quando o serviço é prestado com defeito.

Importante observar, conforme abordado no item 3.2, que, atualmente, quase todas as atividades implicam em algum tipo de risco, e, não tendo o legislador definido quais seriam estas atividades de risco, caberá à doutrina e à jurisprudência, com extrema cautela, definir quais atividades seriam estas, para evitar uma banalização do instituto.

4.3 RESPONSABILIDADE DOS EMPRESÁRIOS E EMPRESAS POR DANOS CAUSADOS POR PRODUTOS

Seguindo a seqüência da codificação civil, encontra-se mais um artigo que se utiliza da expressão “independentemente de culpa”. Trata-se do artigo 931 que assim dispõe: “Ressalvados os casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos produtos postos em circulação”.

Este artigo, que evidencia mais uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, disciplina a mesma matéria do artigo 12 do CDC, ou seja, tem como finalidade proteger o consumidor. Isso se explica porque antes que o Projeto do Código Civil fosse aprovado, foi editado o Código do Consumidor, cujo artigo mencionado passou a disciplinar a mesma matéria. Ambos artigos são harmônicos e se integram, sendo plenamente possível as suas aplicações, pois estabelecem a responsabilidade objetiva pelo fato do produto com base nos mesmos princípios e com vista aos mesmos objetivos.

Mesmo disciplinando matéria comum, cada um tem sua aplicação. Quando se trata de fato do produto ocorrido numa relação de consumo, aplica-se o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. Se não houver relação de consumo, aplica-se o artigo 931 do Código Civil, o que possibilitou o enquadramento da responsabilidade objetiva para casos de acidentes causados por fato do produto, que não se enquadravam no Código de Defesa do Consumidor. Posição defendida

no Enunciado nº 42 aprovado na *I Jornada de Direito Civil* que dispõe: “O art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos”.

E o que é fato do produto?

Fato do produto é o acontecimento externo que causa dano material ou moral a uma pessoa, decorrente do defeito do produto.

E o que se entende por defeito do produto?

O produto será considerado defeituoso quando não oferecer segurança que dele legitimamente se espera. Há um desrespeito ao direito de segurança física, patrimonial, psíquica e jurídica.

Responde objetivamente o empresário se o defeito do produto causa um dano a outrem. Bastará a relação de causalidade entre o defeito do produto e o dano.

A responsabilidade deste artigo é fulcrada na teoria do risco do empreendimento, ou seja, todo aquele que exercer atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos vícios e defeitos dos bens e serviços fornecidos, não se apurando se houve ou não culpa.

4.4 RESPONSABILIDADE PELO FATO DE OUTREM

O artigo 932 do novo Código traz a responsabilidade civil por atos praticados por terceiros, também chamada de responsabilidade civil indireta. A regra é de cada um responder, diretamente, pelos seus próprios atos. Mas há casos em que o ordenamento transfere para uma outra pessoa a responsabilidade pelo fato de outrem, a qual esteja ligada por algum vínculo jurídico, que lhe resulte o dever de guarda, vigilância ou custódia.

Cavaliere¹⁸ afirma que:

“Na realidade, a chamada responsabilidade por fato de outrem – expressão originária da doutrina francesa – é responsabilidade por fato próprio omissivo, porquanto as pessoas que respondem

¹⁸ CAVALIERE FILHO, Op. cit., p. 173.

a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado e vigilância. Assim, não é muito próprio falar em fato de outrem. O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata que nem por isso deixa de ser causa eficiente.”

Constitui-se, assim, pela infração do dever de vigilância. Aqui foi adotada nesse artigo a teoria do risco criado. As pessoas nele arroladas responderão pelos atos praticados pelos terceiros referidos, ainda que não haja culpa de sua parte.

No Código de 1916 havia uma presunção relativa de culpa de uma pessoa se a outra que estivesse sob a sua guarda ou direção causasse dano a terceiros. Em virtude da culpa presumida, a culpa do autor do prejuízo acarretava a da pessoa sob cuja direção ou guarda se encontrasse. O novo Código afastou essa presunção relativa para considerar a responsabilidade como objetiva, não tendo, portanto que se falar em culpa *juris tantum* ou *juris et de jure*. A ilustre Maria Helena¹⁹ dispõe que:

“Por isso o novo Código Civil vai mais longe, pois o art. 933 determina que os pais, o tutor, o curador, o empregador, ou o comitente, o dono de hotel ou de educandário respondam pelos atos dos filhos, tutelados e curatelados, empregados, serviçais, prepostos, hóspedes e alunos, ainda que não haja culpa de sua parte, afastando tanto a presunção *juris tantum* como a *juris et de jure* de culpa, criando, então, a responsabilidade objetiva, visto que a idéia de risco atende mais aos reclamos do mundo atual, fazendo com que o dano seja reparado pelo pai, representante legal ou empregador não porque tiveram culpa na vigilância

¹⁹ DINIZ, Op. cit., p. 510.

ou escolha, mas porque correram o risco de que aquele fato lesivo adviesse.”

Não há mais lugar para se falar em culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Os pais, tutores, curadores, empregadores etc terão que indenizar simplesmente por serem os responsáveis pelos atos dos filhos, tutelados, curatelados, empregados etc, respectivamente. Mas, em contrapartida, se ao menos em tese o fato não puder ser imputado ao agente a título de culpa, os responsáveis não terão que indenizar.

Os casos de responsabilidade indireta prevista no Código Civil são: a responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores que estiverem sob sua guarda; a dos tutores e dos curadores pelos atos praticados pelos pupilos e curatelados; a do empregador ou comitente pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho ou em razão dele; o dos donos de hotéis, hospedarias, casas e estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, pelos atos dos seus hóspedes, moradores e educandos; e daqueles que contribuirão gratuitamente nos produtos do crime, até a concorrência da respectiva quantia.

Em primeiro, a responsabilidade dos pais. Aqueles que exercem o poder familiar respondem objetivamente e solidariamente pelos atos do filho menor que estiver sob sua autoridade e companhia.

Portanto, são requisitos: que o filho seja menor de 18 anos, que esteja sob sua autoridade e companhia e que os pais estejam no exercício do pátrio poder.

O menor deve estar sob a autoridade e companhia dos pais, sob sua vigilância. Se ele estiver em companhia de outrem, como por exemplo, em colégio interno, a responsabilidade será daquele a quem incumbe o dever de vigilância.

Se ele estiver sob a guarda e companhia somente da mãe ou do pai, em razão de separação judicial ou divórcio, esta ou este responderá pelo ato ilícito do filho, tendo-se em mira quem está no exercício do poder familiar. Se a guarda for compartilhada, ambos responderão.

Se o filho for emancipado legalmente, os pais não responderão pelos atos lesivos praticados. Todavia há decisões no sentido de ainda considerá-los responsáveis. Já se a emancipação for voluntária, concedida

pelos pais, estes responderão solidariamente pelos atos lesivos praticados pelo filho emancipado.

Como dito, não mais importará analisar se os pais foram negligentes ou não na vigilância, ou seja, se incorreram em culpa *in vigilando*, que era presumida. Maria Helena Diniz²⁰ conclui que:

“Pelo novo Código Civil, não há mais que se falar em presunção de culpa dos pais, pois, em razão do disposto no art. 933, mesmo que não haja culpa de sua parte, responderão objetivamente pelos atos danosos de seus filhos, absoluta e relativamente incapazes, não tendo ação de regresso do que houver pago ao lesado, em razão do princípio da solidariedade familiar (CC, art. 934).”

Mas para que os pais respondam é necessário provar a culpa dos filhos, pois se estes agiram em condições em que não se lhe poderia atribuir culpa alguma, os seus responsáveis nada terão a indenizar.

Convém ressaltar que a responsabilidade dos pais pode ser excluída quando perderem jurídica e justificadamente o poder de direção sob o filho menor, como no caso de interdição, perda da guarda etc. Neste caso, a responsabilidade passará a ser do tutor.

Quanto à responsabilidade do tutor e do curador, cabe a estes o poder de direção sobre o pupilo e o curatelado, respectivamente, respondendo pelos atos por eles praticados.

A tutela é um instituto de caráter assistencial, que tem por escopo substituir o poder familiar. Visa proteger o menor não emancipado e seus bens. O tutor passa a ser o representante legal do menor cujos pais faleceram, foram declarados ausentes ou suspensos/destituídos do poder familiar, com o encargo de zelar pela sua criação, educação e haveres, administrar os seus bens e de assisti-lo e representá-lo na órbita jurídica.

Exerce, assim, um *munus* público, imposto pelo Estado, para atender a um interesse público, possibilitando a efetivação do dever estatal de

²⁰ DINIZ, Op. cit., p. 515.

guarda e defesa dos órfãos. Maria Helena Diniz²¹ dispõe que “a tutela é, portanto, um complexo de direitos e obrigações conferidos pela lei a um terceiro, para que proteja a pessoa de um menor que não se acha sob o poder familiar e administre seus bens”.

Já a curatela é um encargo público cometido a alguém para reger e defender o maior incapaz, que por si só, não tem condições de fazê-lo. O curador representa o maior incapaz em razão de deficiência mental, enfermidade, toxicomania, prodigalidade ou surdo-mudez.

O tutor e o curador têm o dever de vigilância, tal como os pais têm em relação aos filhos menores. Daí se dizer que a responsabilidade deles segue os mesmos princípios que regulam a responsabilidade paterna. Ou seja, a responsabilidade é objetiva e solidária pelos danos que o seu protegido causar a outrem.

Ressalta-se que ambos têm ação regressiva contra o pupilo ou curatelado, que possa pagá-los no montante correspondente ao que desembolsou para a reparação do dano causado a terceiro, desde que não prive o incapaz do necessário à sua subsistência.

No que diz respeito à responsabilidade do empregador ou comitente, temos que o empregador ou comitente é responsável pelos atos ilícitos praticados pelos seus empregados e prepostos, no exercício do trabalho ou em razão dele. Funda-se na teoria do risco-proveito, ou seja, responsável é aquele que tira proveito da atividade que causou um dano.

O empregado ou preposto é a *longa manus* do empregador ou comitente, alguém que o substitui no exercício das várias atividades empresariais. É aquele que recebe ordens, sob o poder de direção de outrem, que exerce sobre ele vigilância a título quase que permanente.

Basta que exista um vínculo hierárquico de subordinação, não se exigindo um contrato formal de trabalho. Exige-se somente que os serviços sejam executados sob as ordens e instruções do empregador ou comitente, não tendo o subordinado qualquer independência no exercício das tarefas que lhe foram determinadas.

O empregador ou o comitente é objetivamente responsável quando o seu empregado ou preposto causar prejuízo a terceiro, no exercício

²¹ DINIZ, Op. cit., p. 516.

de seu trabalho ou em razão dele, de maneira culposa. Se o dano não se deu em razão de ato culposo do empregado ou preposto, mas em virtude de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o empregador não será responsável pela reparação.

Assim, apesar da responsabilidade ser objetiva, não tendo, portanto, que se indagar sobre a culpa ou não do empregador, este pode ser exonerado da obrigação de reparar o dano se conseguir provar o caso fortuito, força maior ou que o ato danoso foi absolutamente estranho ao serviço ou atividade, praticado fora do exercício das atribuições do empregado, sem conexão de tempo, de lugar e de trabalho.

O empregador tem ação regressiva contra o seu empregado para reaver o que pagou ao lesado. Mas para isto, o empregado deverá ter causado o dano dolosa ou culposamente, posição defendida no Enunciado nº 44 da Jornada de Direito Civil cujo teor é o seguinte: “Na hipótese do art. 934, o empregador e o comitente somente poderão agir regressivamente contra o empregado ou preposto se estes tiverem causado dano com dolo ou culpa”.

Quanto ao hoteleiro, responde objetivamente pelos prejuízos causados por seus hóspedes a terceiros ou a outros hóspedes. Essa responsabilidade funda-se no risco da atividade e tanto pode decorrer da falta de vigilância sobre o comportamento dos hóspedes como de falta de disciplina em sua admissão.

Ou seja, o hoteleiro tem obrigação de zelar pelo comportamento de seus hóspedes, estabelecendo normas regulamentares sobre a conduta ou atividade de cada um deles, e o dever de adotar certa disciplina na escolha dos hóspedes que admite em seu estabelecimento, além de assumir os riscos de sua atividade.

Cavaliere²² entende que a responsabilidade do hoteleiro passou a ser disciplinada pelo artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor,

²² CAVALIERE FILHO, Op. cit., p. 188.

por se tratar de fornecimento de serviço, havendo relação de consumo entre o hóspede e o hotel. Tal posição também vem sendo firmada pelo Superior Tribunal de Justiça. Mas, na situação em que o hóspede causa dano a terceiro que não tem nenhuma relação de consumo com o hotel, no interior deste ou em seus domínios, o inciso IV do art. 932 será o que disciplinará o caso e não o artigo mencionado do CDC.

Também os proprietários de estabelecimentos de ensino são objetivamente responsáveis pelos danos causados por atos ilícitos de seus alunos, que estão sob sua direção para serem educados. Estes danos podem ser causados a terceiros ou a um outro aluno.

Esta responsabilidade está fundada no risco da atividade profissional e por imposição da lei, não tendo que se questionar se houve ou não culpa *in vigilando*. Os donos de educandários têm o dever de vigilância sobre os educandos menores.

Quanto aos educandos maiores, não há responsabilidade do educador, porquanto o maior não pode estar sujeito à mesma vigilância que se faz necessária a uma pessoa menor, sendo senhor de seus atos e direitos, com plena responsabilidade pelo que faz. Daí se dizer que não se pode impor responsabilidade ao professor universitário por ato danoso de aluno.

A responsabilidade quanto às escolas públicas cabe ao Estado.

Quanto à ação regressiva, há dois posicionamentos. Alguns doutrinadores entendem que os educadores têm ação regressiva contra os alunos que puderem efetuar o ressarcimento sem se privar do necessário, visto que seus pais não têm a obrigação de fazê-lo, pelo fato de o dever de vigilância transferir-se para o estabelecimento de ensino, no período das aulas. Outros entendem que cabe ação regressiva contra os pais do aluno que praticou o ilícito ou contra o próprio aluno desde que seja maior de 16 anos.

A pessoa que, embora não tenha praticado o delito, receber o produto do crime, estará obrigado a restituí-lo ou o valor correspondente, vedando, assim, o enriquecimento ilícito.

Esta responsabilidade é objetiva, porque não depende de dolo ou culpa daquele que recebeu o produto do crime. Embora seja inocente sob o prisma penal, terá que devolvê-lo ao dono, compondo o prejuízo, dentro do limite do valor correspondente à vantagem que recebeu.

É uma hipótese de *actio in rem verso*. Se a pessoa não participou do delito, mas recebeu seu produto, ainda que gratuitamente, deverá restituí-lo.

Evita-se o enriquecimento ilícito, expressamente proibido no art. 884 do Código Civil.

O lesado pode ajuizar a ação diretamente contra aquele que recebeu gratuitamente o produto do crime, cabendo a este, contudo, o direito de regresso contra o criminoso, que lhe repassou a vantagem.

Quanto às locadoras de veículos, estatui a Súmula 492 do STF que: “A empresa locadora de veículos responde civil e solidariamente com o locatário pelos danos por este causado a terceiros, no uso do carro locado”. Estabelece-se, assim, um caso de responsabilidade por fato de terceiro.

No contrato de locação não há relação de preposição, não estando o locatário sujeito às ordens do locador. Mas locador responde pelo fato de não ter sido diligente ao fazer a locação, violando o dever de segurança e por não ter destinado parte do seu lucro à cobertura de eventual insolvência do condutor para indenizar terceiros. Responde pelo risco do negócio.

Na locação, há tanto o interesse do locatário em utilizar o veículo quanto da locadora que percebe remuneração pelo serviço. Por isso, a locadora também responde pelo dano.

A Jurisprudência buscou uma situação mais segura para a vítima, que ficaria ao desamparo se o locatário, após causar o acidente culposamente, não tivesse patrimônio para reparar o dano ou simplesmente desaparecesse.

A locadora de veículos desenvolve atividade de risco, presta serviço perigoso, enquadrando-se a sua responsabilidade perfeitamente no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Se violarem o dever de segurança, estará obrigada a reparar o dano independentemente de culpa, sendo esta posição dominante nos tribunais.

4.5 RESPONSABILIDADE PELO FATO DA COISA

A responsabilidade pelo fato da coisa está prevista nos artigos 936 a 938 do Código Civil. Apresenta-se sob duas modalidades: a

responsabilidade por dano causado por animais e a responsabilidade pelo fato de coisa inanimada.

Cavaliere²³ aduz que:

“Cabe, normalmente, ao proprietário o poder de direção sobre a coisa, pelo que é o guarda presuntivo da coisa. Cuida-se, todavia, de presunção relativa, que pode ser elidida mediante prova de ter transferido juridicamente a outrem o poder de direção da coisa, ou de tê-lo perdido por motivo justificável. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de locação e comodato, contratos que têm por efeito jurídico transferir a posse da coisa para locatário ou comodatário, que a exercem com independência, sem subordinação ao locador ou comodante.”

Assim, tanto o proprietário quanto o possuidor ou detentor responde pelos danos causados por animais ou coisas, em razão de sua negligência na guarda e direção destes, de sua falta de vigilância e cuidado. Essa responsabilidade ora se apresenta como subjetiva, ora se apresenta como objetiva, ou seja, ora se fundamenta na teoria clássica da culpa, ora na teoria do risco. Aqui será abordada somente sob o enfoque da objetiva, independentemente de culpa.

Evidente que o proprietário ou o possuidor somente serão responsabilizados se houver nexo de causalidade entre o dano causado pelo animal ou coisa e a sua conduta. Deve haver relação de causa entre o prejuízo ocorrido e o seu comportamento comissivo ou omissivo. Ressalta-se que essa responsabilidade, somente será afastada quando houver culpa exclusiva da vítima ou força maior.

O dono ou detentor do animal é civilmente responsável pela reparação dos danos provocados por ele. Dispõe o art. 936 da codificação civil: “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força-maior”.

Detentor é aquele que embora não sendo o dono, tem o efetivo controle do animal, o poder de direção, podendo, assim, guardá-lo

²³ CAVALIERE FILHO, Op. cit., p. 196

com o cuidado necessário e preciso para evitar que ele cause danos a terceiros.

O proprietário ou o detentor do animal tem obrigação de indenizar o lesado, por danos causados aos seus bens ou a sua integridade física. Essa obrigação decorre em razão do seu dever de guarda, de vigilância.

Considera-se cumprido esse dever de vigilância se o proprietário ou detentor toma todas as providências ou precauções para evitar que ele danifique pessoa ou bens.

O animal a que o dispositivo se refere é o animal doméstico. Logicamente, quanto aos animais selvagens que não têm dono, não há que se falar em responsabilidade. De fato, o proprietário de terras não será responsabilizado pelos danos causados por animais selvagens que habitam a sua propriedade, porque não é dono nem detentor deles. Cavaliere²⁴ acrescenta: “E ainda mais, é preciso que o responsável tenha a guarda do animal, o que não ocorre com relação aos animais silvestres enquanto em seu estado natural”. Mas se esse animal selvagem tiver sido apropriado pelo homem, estando sob sua guarda, como em circos e zoológicos, haverá responsabilidade objetiva do proprietário.

Há inúmeros exemplos de danos provocados por animais que levam o dever de reparação ao proprietário ou detentor, como no caso de transmissão de raiva do cão para uma pessoa ou outro animal, danos à propriedade alheia, estragos causados em veículos na estrada, ferimentos causados por picadas ou mordidas.

Neste último exemplo, pode-se citar o caso de cães como o *pitbull*, conhecido pela sua ferocidade. Interessante a atitude tomada pela Prefeitura de Belo Horizonte que determinou a implantação de chips com dados de identificação do dono (nome e endereço) em cães de médio e grande porte, que fossem recolhidos nas ruas. Tal iniciativa merece aplausos, pois inibe os proprietários de cães ferozes de mantê-los soltos nas ruas, representando constante ameaça à população.

Há causas que podem excluir a responsabilidade do dono ou detentor, como no caso de ocorrer culpa exclusiva da vítima ou força maior. Estas afastam o dever de reparar o dano.

²⁴ CAVALIERE FILHO, Op. cit., p. 208

Vale ressaltar que a vítima deverá comprovar o dano e o ato causador do animal, bem como o nexo de causalidade entre eles, para se configurar a responsabilidade do proprietário.

A responsabilidade pelo fato de coisa inanimada está prevista nos dispositivos 937 e 938 do Código Civil. Trata-se da responsabilidade pelos danos de edifício ou construção em ruínas e da responsabilidade por coisas caídas do prédio.

Essa responsabilidade pelos danos causados pela coisa decorre do dever de guarda a qual está acometido o proprietário, só podendo dela se afastar se demonstrar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, pois, nestes casos, desaparecerá o nexo de causalidade entre o fato da coisa e o dano causado.

Alguns doutrinadores entendem imprópria a expressão “responsabilidade por fato da coisa”. Para eles, a coisa não tem o poder de causar dano, sendo este causado pela falta de guarda de seu proprietário. Maria Helena²⁵ afirma que:

“Como se vê, é imprópria a expressão “responsabilidade pelo fato da coisa”, porque a coisa não pode causar dano a alguém, nem é capaz de fatos, e os que porventura se derem, prejudicando terceiros, por intermédio da coisa, derivam da falta de vigilância ou prudência da pessoa sob cuja guarda se encontram.”

O proprietário de edifício ou construção responderá pelos prejuízos que resultarem de ruínas. Essas ruínas podem causar danos ao próprio proprietário, ao seu ocupante (locatários, posseiros ou comodatários) ou a terceiros (pedestres e vizinhos).

Dispõe o art. 927: “O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier da falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”.

A responsabilidade do proprietário é objetiva quando qualquer parte da estrutura do prédio ou construção cai sobre as propriedades vizinhas

²⁵ DINIZ, Op. cit., p. 536.

ou sobre os transeuntes. Não poderá o dono eximir-se da obrigação alegando não ter percebido a necessidade do reparo, ou por estar em dificuldades financeiras para realizar os reparos, ou por já ter adquirido o prédio em ruínas.

A vítima só terá que provar o dano e a relação de causalidade, facilitando a sua reclamação indenizatória pelos causados por ela experimentados e defluentes da ruína de edifícios. Não tem assim que indagar quem foi o responsável pelo defeito da construção ou pelos reparos, nem se resultou de imperícia ou erro do engenheiro etc.

O proprietário, após pagar a indenização, pode, se quiser, promover ação regressiva contra o culpado, seja o construtor ou o inquilino que não procedeu aos reparos necessários.

Se o imóvel estiver sob condomínio, todos os condôminos serão responsáveis, embora um deles possa responder pelo reembolso dos demais em razão de sua negligência.

Já o artigo 938 disciplina a responsabilidade por coisas caídas de prédio, estatuinto que: “Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

Há responsabilidade do morador (proprietário, locatário, comodatário, usufrutuário) do prédio ou de parte sua, pelos danos causados por coisa líquida ou sólida, que dele caírem ou que dele forem lançadas em local indevido. Não é responsabilidade do dono, mas daquele que habita o imóvel, podendo ser o proprietário ou não. Mário Delgado e Jones de Figueiredo, citados Flávio Tartuce²⁶, afirmam que:

“Quando se refere ao habitante do prédio, o novo Código Civil está se referindo ao guardião do imóvel, ou seja, aquele que é o responsável pela sua guarda e manutenção do mesmo, quer seja proprietário, quer seja morador, quer seja mero ocupante (Código Civil Anotado, ob.cit., p. 406).”

²⁶ TARTUCE, Op. cit., p. 397.

Trata-se de uma das hipóteses mais antigas de responsabilidade por fato da coisa, pois no Direito Romano o morador já respondia pelos danos causados por coisas lançadas ou caídas dos prédios.

Coisas (a que se refere o artigo) não são parte integrante do prédio que desaba ou desmorona, pois neste caso, aplica-se o art. 937 (responsabilidade pelos danos de edifício ou construção em ruínas). Mas sim, outros objetos que não integram a construção como vasos, garrafas, latas, líquidos, pontas de cigarro etc.

A palavra “prédio” deve ser interpretada no sentido amplo, ou seja, qualquer espécie de edificação, não só a destinada à habitação como, também, a destinada ao exercício de uma atividade comercial, profissional ou industrial.

Os danos podem ser tanto à integridade física de uma pessoa (lesão corporal ou morte), como a um bem móvel ou imóvel.

A responsabilidade por coisas caídas de prédio fundamenta-se na obrigação geral a que todos estão sujeitos de não colocar em risco a integridade e segurança da coletividade. Trata-se de uma responsabilidade objetiva, acarretando o dever de indenizar se provada relação de causalidade entre a queda de uma coisa e o dano dela resultante. Não se indaga sobre a culpa.

O habitante pode se exonerar da obrigação de reparar se comprovar a inexistência de prejuízo ou do nexo de causalidade entre a queda e o dano, ou se comprovar culpa exclusiva da vítima.

Vale ressaltar que, no caso de edifício de apartamentos, quando não se puder identificar de onde caiu a coisa causadora do dano, haverá a responsabilidade solidária de todos os habitantes, aos quais puder se atribuir o fato lesivo (exclusão dos condôminos do lado oposto). Há entendimento contrário, dizendo que todo o condomínio deve ser responsabilizado.

4.6 RESPONSABILIDADE EM RELAÇÃO A DÍVIDAS

O novo Código Civil traz três dispositivos que se referem à responsabilidade objetiva em relação a dívidas.

Dispõe o art. 939 que “o credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar juros

correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro”. Trata de um caso de precipitação do credor que, por esta razão, acaba respondendo perante o devedor pelas custas do processo.

Já o art. 940, prevê a responsabilidade do credor que cobra dívida já paga ou pede mais do que lhe for devido, o que acarretará, no primeiro caso, a obrigação de pagar em dobro o que houver cobrado e, no segundo, de pagar o valor equivalente ao que pretendia receber. A redação do artigo é a seguinte:

“Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

Como exclusão dessas duas regras, prevê o art. 941 uma hipótese em que o credor poderá não ser responsabilizado, qual seja, se o credor, autor da demanda, desistir da ação antes de ser a mesma contestada. Essa hipótese de exclusão pode ser elidida pelo devedor-réu se este comprovar haver sofrido algum prejuízo que lhe dê direito à indenização ampla.

Importante ressaltar a controvérsia doutrinária e jurisprudencial, no que tange à necessidade de se provar a má-fé do autor da ação e o prejuízo sofrido pelo réu. Alguns entendem que, para a aplicação pura dos artigos 939 e 940, tratando-se de responsabilidade objetiva, não há necessidade de provar a culpa do credor-autor, nem se o réu sofreu prejuízo. Ele (autor) assume o risco ao propor a demanda e age com abuso de direito ao cobrar dívida já paga ou com valores superiores.

Outros entendem que para as sanções previstas nos mencionados artigos, é necessária a comprovação da conduta maliciosa do demandante. Defendem que a simples cobrança não tem o condão de gerar a responsabilidade.

Desta forma, verifica-se que ainda não há unanimidade se a responsabilidade do autor da cobrança depende ou não de culpa, nos termos dos artigos 939 e 940 do Código Civil de 2002.

Quanto à indenização ampla prevista no art. 941, é imprescindível a comprovação do prejuízo efetivamente sofrido pelo demandado.

4.7 RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR

O Código Civil de 2002 traz alguns artigos que dão tratamento especial ao contrato de transporte de coisas ou de pessoas. Por força destes dispositivos, a responsabilidade neste tipo de contrato, onde há uma relação entre o transportador e contratado/transportado, é objetiva, fundada na teoria do risco.

Diante da relevância econômica, social e jurídica do contrato de transporte, foi de grande importância a sua inclusão na novel codificação, posto que o código antigo a ele não se referia, o que ensejou leis paralelas para disciplinar a matéria. Cavaliere²⁷ afirma que:

“O Código Civil de 2002 disciplina o contrato de transporte a partir de seu art. 730, tanto o transporte de pessoas (arts. 734-742) como o de coisas (arts. 743-756), e o faz incorporando no texto da lei, como veremos, tudo aquilo que foi sendo construído e consagrado pela doutrina e pela jurisprudência ao longo do século XX. De sorte, ao entrar em vigor, operou duas peculiaridades em relação ao contrato de transporte. Revogou uma das leis brasileiras mais antigas – a Lei das Estradas de Ferro – e passou a disciplinar o contrato que não é novo – pelo contrário, mais antigo do que o próprio Código de 1916.”

Uma das principais características do contrato de transporte é a cláusula de incolumidade que nele está implícita. Cláusula de incolumidade consiste na obrigação que tem o transportador de conduzir o passageiro são e salvo ao lugar de destino. Além de se tratar de uma obrigação de resultado, é também uma obrigação de garantia. O transportador não toma as providências e cautelas para ter sucesso no transporte, mas para garantir o bom êxito. Deve zelar pela incolumidade dos

²⁷ CAVALIERE FILHO, Op. cit., p. 284

passageiros e das mercadorias, sendo objetivamente responsável pelos danos causados no desempenho dessa atividade de risco.

O transporte de pessoas está previsto no art. 734 e seguintes, que dispõe: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”.

Pela análise do dispositivo, constata-se que a responsabilidade do transportador independe de culpa, principalmente pela previsão da nulidade da cláusula de não indenizar.

A pessoa transportada que sofre o dano em razão da atividade de transporte, para fazer jus à indenização, terá apenas que provar que a incolumidade não foi assegurada, ou seja, que o acidente se deu no curso do transporte e que dele adveio o dano.

Logo, sendo o transporte um contrato de adesão, a vítima que não chegou incólume ao seu destino, porque sofreu um dano no trajeto, não está obrigada a provar a culpa do transportador. Como dito, basta provar o fato de transporte e o dano para que se caracterize a responsabilidade desse.

Ele somente se exime da responsabilidade de reparar se comprovar a existência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. Apesar deste artigo somente se reportar à força maior, é dominante na doutrina o entendimento de que as outras excludentes do nexo causal como o caso fortuito e a culpa exclusiva da vítima (passageiro), também afastam a responsabilidade do transportador.

A culpa de terceiro não elide a obrigação de reparação do transportador, tendo este apenas o direito de regresso contra aquele, conforme previsto no art. 735 do CC.

Quanto à culpa da vítima, essa pode ensejar a exclusão ou atenuar a responsabilidade do transportador. O passageiro, segundo o art. 738 tem o dever de sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, devendo ter um comportamento adequado às regras de transporte.

Assim, se o prejuízo sofrido pelo passageiro for atribuível exclusivamente a ele, em razão da transgressão de normas e instruções regulamentares, afastará por completo a responsabilidade do transportador. Se o passageiro houver concorrido para o evento causador do prejuízo, haverá uma redução da responsabilidade do transportador.

Ainda quanto ao transporte de pessoas, o art. 736 estatui que não haverá responsabilidade contratual objetiva do transportador no caso de transporte gratuito ou benévolo, popularmente conhecido como “carona”.

O transporte gratuito não é contrato de transporte. Não há declaração de vontade vinculante, não constituindo um negócio jurídico. Não tem intenção de produzir efeitos jurídicos.

Somente haverá responsabilidade do transportador por danos causados ao carona, quando aquele incorrer em dolo ou culpa, aplicando-se os princípios da responsabilidade aquiliana, ou quando receber alguma vantagem do transportado, caso em que a responsabilidade será objetiva.

No que diz respeito a transporte de coisa, dispõe o art. 750:

“A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado.”

Aplica-se ao contrato de transporte de coisas os mesmos princípios gerais que informam o contrato de transporte de pessoas, anteriormente abordados.

Trata-se, também, de uma obrigação de fim, de resultado, qual seja a de levar a coisa até o seu destino com segurança e integridade. Tem que entregar a mercadoria em seu destino, no estado em que a recebeu. Se recebeu a mercadoria com avarias e não fez ressalvas, forma-se a presunção de que a recebeu em perfeito estado, e assim deverá entregá-la ao destinatário.

A sua responsabilidade começa no momento em que recebe a mercadoria e só termina quando entregá-la no destino ou depositá-la em juízo, quando o destinatário não for encontrado.

Esse dispositivo disciplina o transporte terrestre de mercadoria, não afastando a legislação especial como o Código Brasileiro de Aeronáutica, Convenção de Varsóvia para o transporte aéreo de carga, e o Decreto-lei nº 116/1967 para o transporte marítimo, naquilo que não contrariar as disposições do Código Civil de 2002.

Esses dispositivos do novo Código que tratam da responsabilidade objetiva do transportador demonstram, na verdade, a evolução jurídica dos contratos de transporte, apresentando-se em harmonia com a legislação consumerista.

5. CONCLUSÃO

Ao tratar da Responsabilidade Civil, a nova codificação manteve a responsabilização subjetiva e acrescentou a objetiva, como reflexo da legislação paralela que já a abordava sob vários prismas, criando-se, assim, um sistema misto de responsabilidade.

Esse dinamismo jurídico demonstra-se primordial para a solução dos diversos conflitos que surgem diante do constante movimento da sociedade, do qual despontam novas necessidades que induzem ao surgimento de inovadoras tecnologias e serviços que, na maioria das vezes, produzem riscos para a população, em menor ou maior grau.

A Responsabilidade Objetiva é fruto dessa modernização do ordenamento, como resposta a vários problemas em que a tradicional Responsabilidade Subjetiva, baseada na clássica Teoria da Culpa, não era capaz de solucionar de maneira justa.

Fundamenta-se na Teoria do Risco para a qual uma atividade lícita, mas potencialmente perigosa, causadora de dano, resulta em responsabilidade mesmo que o agente tenha operado sem culpa. Define risco como sendo perigo, probabilidade de dano, de tal modo que quem atue num ramo considerado perigoso deve assumir os riscos de reparar eventuais danos decorrentes de sua atividade.

Verifica-se uma significativa alteração no modo de se examinar o tema “responsabilidade civil”, deixando de lado o ato ilícito para olhar a existência do dano injusto, preocupando-se, principalmente, com a situação da vítima, cujo patrimônio ou pessoa sofreu um dano, sem haver razão que justifique que a mesma (vítima) deva suportar o dano com exclusividade.

Com efeito, a responsabilidade objetiva apresenta-se como forma mais ampla de se conceber a indenização, coadunando-se com o moderno posicionamento da socialização dos riscos, no tocante à necessidade veemente de se conferir maior efetividade ao provimento jurisdicional, qual seja, a efetiva reparação dos danos.

Vale ressaltar, a importante contribuição da legislação paralela que já disciplinava o mencionado instituto, a exemplo do já revogado Decreto-lei 2.681 de 1912 (Lei das Estradas de Ferro), primeiro diploma no ordenamento pátrio a admitir responsabilidade fundada na teoria do risco, do Código do Consumidor, da lei ambiental, do Código de Mineração, do Código Brasileiro de Aeronáutica e da própria Constituição Federal, que trouxe a responsabilidade sem culpa do Estado e das prestadoras de serviços públicos.

Além dos casos expressos em lei, esse alargamento da noção de responsabilidade, maior inovação do novo Código nessa seara, está conflagrada em expressas cláusulas gerais, destacando-se a do parágrafo único do art. 927, que espora a teoria do risco criado e representa, em razão dos requisitos exigidos (“atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano” e que “por sua natureza implicar risco para os direitos de outrem”), a maior possibilidade de abrangência de aplicação da objetivação do instituto.

Outras cláusulas, também de suma importância, são as que trazem a responsabilidade sem culpa nos atos de abuso do direito (art. 187), nos atos danosos causados pelo transporte de pessoas ou coisas (arts. 734 a 756), nos danos causados por produtos (art. 931), pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939) e pela cobrança de dívida antes do vencimento, de quantia maior que a devida ou de dívida já paga (arts. 939 a 941), dispositivos abordados neste trabalho.

Assim, torna-se flagrante a importância do instituto, porquanto a análise dos dispositivos em comento denota a inequívoca intenção do legislador em ampliar os casos de indenização sem culpa, como forma de providenciar o acesso à justa reparação, atingindo seu escopo precípua de Justiça, a pacificação social.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. *Código Civil*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Saraiva, 1988.

- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª Edição. São Paulo: Renovar, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de *direito civil: responsabilidade civil*. 21ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7
- _____. *Código civil anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ENUNCIADOS DAS JORNADAS DE DIREITO CIVIL. Brasília: Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – responsabilidade civil*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- KÖCHE, José Carlos. *Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e prática da pesquisa*. 16ª ed. São Paulo: Vozes, 2000.
- MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica para o curso de direito*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2002
- RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil. Parte Geral*, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2005.

MUDANÇA NO CRITÉRIO DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE ORIGINÁRIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Leila Poconé Dantas, Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Procuradora Federal.

RESUMO: Assevera a mudança no critério de aquisição da nacionalidade brasileira diante da Emenda Constitucional nº. 54 de setembro de 2007. Apresenta-se o direito à nacionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Trabalha o conceito e as espécies de nacionalidade, a partir da Constituição Federal, da Lei 6.815/80 e da doutrina. Demonstra a possibilidade de aquisição da nacionalidade originária de nascidos no estrangeiro de pai ou mãe brasileiros, a partir do registro em repartição pública competente. Para tanto, projeta o teor das Constituições anteriores e do texto original da Constituição de 1988, a Emenda Constitucional de Revisão nº. 03/1994 e a Emenda Constitucional nº 54/2007. A partir de uma análise pontual, acerca do tratamento dispensado à nacionalidade no ordenamento brasileiro, conclui-se que o Brasil está adotando mais uma espécie do *ius sanguinis* como critério de nacionalidade originária.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Nacionalidade; Brasileiro nato; *Ius sanguinis*; Emenda Constitucional nº. 54/2007.

ABSTRACT: Asseverate the change in the criterion of acquisition of the Brazilian nationality ahead of the 54 Constitutional Emendation dated from September of 2007. The right to the nationality in the Brazilian legal system is presented. It works the concept and the species of nationality, from the Federal Constitution, of Law 6.815/80 and the doctrine. It demonstrates the possibility of acquisition of the originary nationality of born in the foreigner of Brazilian father or mother, from the register in competent public distribution. For in such a way, it projects the text of the previous Constitutions and the original text of the 1988 Constitution, the Constitutional Emendation of Revision number 03/1994 and 54/2007 Constitutional Emendation. From a prompt analysis,

concerning the treatment excused to the nationality in the Brazilian order, it concludes that Brazil is adopting another species of *ius sanguinis* as criterion of originary nationality.

KEYWORDS: Constitucional Law; Nationality; Born brazilian; *Ius sanguinis*; 54/2007 Constitutional Emendation.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Nacionalidade; 3. Aspectos históricos da nacionalidade no Brasil; 4. Espécies de nacionalidade; 4.1 Nacionalidade originária; 4.2. Nacionalidade secundária ou adquirida; 5. Emenda Constitucional nº. 54/2007 e as novas tendências do perfil demográfico brasileiro; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O ponto central desse artigo constituirá no estudo da aquisição da nacionalidade originária de filhos de pai ou mãe brasileiros nascidos no estrangeiro, por meio do registro em repartição brasileira competente. No entanto, o objetivo principal é demonstrar que não se trata de uma modalidade totalmente nova, mas do resgate de uma espécie já presente nas Constituições brasileiras, inclusive na Carta Magna de 1988, que foi alterada pela Emenda Constitucional Revisora nº. 03/1994.

Diante dessa perspectiva lançar-se-á mão do conceito de nacionalidade, da sua diferença entre povo e população, das espécies de nacionalidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, na Constituição Federal e na Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) e, finalmente, da nova redação do artigo 12, I, “c” da CF conferida pela EC nº. 54/07.

É visível a atualidade do tema, uma vez que se estuda a reforma do texto constitucional realizada em 20 de setembro de 2007, há poucos meses desse estudo. Outrossim, trata-se da extensão quantitativa dos nacionais brasileiros, um dos elementos do Estado, imprescindível para a sua continuidade.

Observa-se que o poder constituinte originário, antes da ECR 03/94, já considerava brasileiro nato aquele que nascesse no exterior de pai ou mãe brasileiros e fosse registrado na repartição brasileira

competente. Constituindo a EC 54/07 um resgate à tradição brasileira, presente inclusive em Constituições anteriores.

A aquisição da nacionalidade originária pelo critério do *ius sanguinis* pelos filhos de brasileiros nascidos no exterior e registrados em repartição diplomática ou consular constitui a hipótese central do trabalho. Secundariamente serão analisadas as outras espécies de aquisição da nacionalidade brasileira, e as duas reformas da Constituição em relação à previsão do seu artigo 12, I, “c” da CF com redação dada pela ECR 03/94 e, posteriormente, pela EC 54/07.

A pertinência e a importância desse artigo se mostram presentes na medida em que estuda a ampliação do universo de brasileiros natos, considerando que a própria Constituição no art. 5º, LI, art. 12, §3º e §4º, I, art. 89, VIII e art. 222 estabelece algumas diferenças entre brasileiros natos e naturalizados.

Ressalte-se ainda que diante do crescente movimento emigracional do Brasil, urge que se proteja e tutele os brasileiros que se lançam no mundo em busca de melhores oportunidades, mas que carregam consigo o sentimento de “brasildade”, desejando fielmente transmiti-lo aos seus filhos.

2. NACIONALIDADE

O Direito à Nacionalidade constitui um Direito Fundamental do indivíduo, previsto no Capítulo III, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Carta Maior. Antes mesmo de 1988 estava protegida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo XV¹.

O conceito mais difundido diz que nacionalidade é o vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a determinado Estado, fazendo com que esse indivíduo passe a integrar o povo daquele Estado e, por conseqüência, desfrute de direitos e submeta-se a obrigações.

¹ Artigo 15

I) Todo homem tem direito a uma nacionalidade.

II) Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Segundo Pontes de Miranda, “nacionalidade é o vínculo jurídico-político de Direito Público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado”.

Em 13/12/1903, na solenidade de formatura no Liceu do Colégio Anchieta de Friburgo, Rui Barbosa em seu discurso sintetizou a sua definição de pátria, conceito acima de todas as divisões políticas, econômicas, religiosas, profundamente ligado à noção de democracia:

“O sentimento que divide, inimiza, retalia, detrai, amaldiçoa, persegue, não será jamais o da pátria. A pátria é a família amplificada. E a família, divinamente constituída, tem por elementos orgânicos a honra, a disciplina, a fidelidade, a benquerença, o sacrifício. A pátria não é ninguém: são todos; e cada um tem no seio dela o mesmo direito à idéia, à palavra, à associação. A pátria não é um sistema, nem uma seita, nem um monopólio, nem uma forma de governar: é o céu, o solo, o povo, a tradição, a consciência, o lar, o berço dos filhos e o túmulo dos antepassados, a comunhão da lei, da língua e da liberdade.”

Convém, nesse momento, trazer à baila os conceitos de povo e de população, diferenciando-os de nação. Pode-se dizer que POVO é o conjunto de pessoas que fazem parte do Estado, constitui seu elemento humano, unido ao Estado pelo vínculo jurídico-político da nacionalidade. Já POPULAÇÃO é o conjunto de residentes no território, sejam eles nacionais, estrangeiros ou apátridas. Por sua vez, NAÇÃO é o conjunto de pessoas nascidas em um território, ladeadas pela mesma língua, cultura, costumes, tradições, adquirindo uma mesma identidade sociocultural.

Assim, pode-se afirmar que a definição de população contém a de nação e o conceito de nação advém do de povo, formando grupos de pessoas unidas por afinidade, visando sobretudo preservar-se.

3. ASPECTOS HISTÓRICOS DA NACIONALIDADE NO BRASIL

Desde a primeira Constituição Brasileira, em 1824, já havia previsão dos que seriam brasileiros em seu artigo 6º. De modo geral, determinava os brasileiros como sendo: os que nascessem no Brasil, desde que o pai estrangeiro não estivesse a serviço de sua nação; os filhos de brasileiros nascidos no exterior que se domiciliassem no Brasil; os filhos de pai brasileiro a serviço do Império nascido no exterior, mesmo que não se domiciliassem no Brasil; os nascidos em Portugal e suas Possessões que residissem no Brasil na data da Proclamação da Independência e continuassem residindo no Brasil; e os estrangeiros naturalizados na forma da lei.

Já na Constituição de 1891, em seu artigo 69, o constituinte também elencou os que teriam nacionalidade brasileira, repetindo quase todos os dispositivos da Carta anterior, não falando mais nos nascidos em Portugal e suas Possessões e acrescentado o §4º e o §5º, conferindo naturalização tácita aos estrangeiros que estivessem no Brasil antes da promulgação desta Constituição e aos estrangeiros residentes que tivessem propriedades em nosso solo, ou vínculo matrimonial com brasileiros, vejamos:

Art. 69 - São cidadãos brasileiros:

- 1º) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não, residindo este a serviço de sua nação;
- 2º) os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecerem domicílio na República;
- 3º) os filhos de pai brasileiro, que estiver em outro país ao serviço da República, embora nela não venham domiciliar-se;
- 4º) **os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em**

vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem;

5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade; [destaque nosso]

6º) os estrangeiros por outro modo naturalizados.

A Constituição de 1934 manteve os mesmos parâmetros da anterior em seu artigo 106². Já a Constituição de 1937 em seu artigo 115 não trouxe nenhuma alteração, mantendo a mesma redação da Carta anterior. Do mesmo modo, na Constituição de 1946 foi mantido o arcabouço da CF/37, acrescentando em seu artigo 129, como novidade, a exigência de idoneidade moral e sanidade física aos estrangeiros e, no caso de portugueses, o tempo de residência exigido era de um ano ininterrupto.

Segundo José Afonso da Silva, “a Constituição de 1967 preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional”. Esta manteve as mesmas regras para os brasileiros natos, acrescentando as espécies de naturalização por radicação precoce e por conclusão de curso superior no artigo 140, II, “b”, 1 e 2, vejamos:

Art. 140 - São brasileiros:

...

II- naturalizados:

²Art. 106 - São brasileiros:

a) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço do Governo do seu país;

b) os filhos de brasileiro, ou brasileira, nascidos em país estrangeiro, estando os seus pais a serviço público e, fora deste caso, se, ao atingirem a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira;

c) os que já adquiriram a nacionalidade brasileira, em virtude do art. 69, n°s 4 e 5, da Constituição, de 24 de fevereiro de 1891;

d) os estrangeiros por outro modo naturalizados.

a) os que adquiriram a nacionalidade brasileira, nos termos do art. 69, n^{os} IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891;

b) pela forma que a lei estabelecer:

1 - os nascidos no estrangeiro, que hajam sido admitidos no Brasil durante os primeiros cinco anos de vida, radicados definitivamente no território nacional. Para preservar a nacionalidade brasileira, deverão manifestar-se por ela, inequivocamente, até dois anos após atingir a maioridade;

2 - os nascidos no estrangeiro que, vindo residir no País antes de atingida a maioridade, façam curso superior em estabelecimento nacional e requeiram a nacionalidade até um ano depois da formatura; [destaque nosso]

3 - os que, por outro modo, adquirirem a nacionalidade brasileira; exigida aos portugueses apenas residência por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física.

A Emenda Constitucional n^o. 1, de 17 de outubro de 1969 manteve inalterada a redação do artigo 140 da Constituição de 1967, tão somente reenumerando-o para o artigo 145.

Por fim, a Carta Cidadã de 1988, em que pese o seu espírito democrático, não trouxe alteração de vulto aos Direitos de Nacionalidade, apenas deixou de trazer expressamente a naturalização por radicação precoce e por conclusão de curso superior, as quais continuam existindo em nosso ordenamento no artigo 115, § 2^o, I e II e no artigo 116, ambos da Lei 6.815/80³ (Estatuto do Estrangeiro), por força do artigo 12, II, “a” que diz: “**na forma da lei**”.

³ Art. 115. ... § 2^o. Exigir-se-á a apresentação apenas de documento de identidade para estrangeiro, atestado policial de residência contínua no Brasil e atestado policial de antecedentes, passado pelo serviço competente do lugar de residência no Brasil, quando se tratar de: I - estrangeiro admitido no Brasil até a idade de 5 (cinco) anos, radicado definitivamente no território nacional, desde que requeira a naturalização até 2 (dois) anos após atingir a maioridade; II - estrangeiro que tenha vindo residir no Brasil antes de atingida a maioridade e haja feito curso superior em estabelecimento nacional de ensino, se requerida a naturalização até 1 (um) ano depois da formatura. ... Art. 116. O estrangeiro

4. ESPÉCIES DE NACIONALIDADE

4.1 NACIONALIDADE PRIMÁRIA OU ORIGINÁRIA

A nacionalidade primária ou originária é conferida unilateralmente pelo Estado, há portanto involuntariedade do indivíduo. Cada país fixa seus critérios para atribuir nacionalidade ao seu povo.

A Constituição Federal prevê a nacionalidade originária aos brasileiros natos, nos moldes do artigo 12, I, *in verbis*:

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

Observa-se que a CF/88 adotou dois critérios de nacionalidade: *ius sanguinis* e *ius solis*. O *ius sanguinis* é geralmente adotado nos países de emigração, onde se busca preservar seus nacionais, pois muitos foram morar em novos países e o Estado de origem quis preservar os nacionais e seus descendentes, independentemente do território em

admitido no Brasil durante os primeiros 5 (cinco) anos de vida, estabelecido definitivamente no território nacional, poderá, enquanto menor, requerer ao Ministro da Justiça, por intermédio de seu representante legal, a emissão de certificado provisório de naturalização, que valerá como prova de nacionalidade brasileira até dois anos depois de atingida a maioridade. Parágrafo único. A naturalização se tornará definitiva se o titular do certificado provisório, até dois anos após atingir a maioridade, confirmar expressamente a intenção de continuar brasileiro, em requerimento dirigido ao Ministro da Justiça.

que nasceram. O exemplo mais comum de país que adotou o critério do *ius sanguinis* é a Itália.

Por outro lado o critério do *ius solis* é geralmente adotado nos países, de imigração, onde o que vale é a territorialidade, ou seja, o local de nascimento. Normalmente tratam-se de países que foram antigas colônias e querem estabelecer vínculos sólidos com os que contribuíram para o seu crescimento.

O Brasil adotou o critério do *ius sanguinis* no artigo 12, I, “b” e “c”, bem como o critério do *ius solis* no artigo 12, I, “a”, responsável pela quase totalidade dos nacionais brasileiros.

Diante da fixação de critérios diferentes por diversos países, pode surgir o conflito positivo (polipátrida) ou o conflito negativo (apátrida ou *heimatlos*). Como citado anteriormente, a Declaração dos Direitos Humanos não permite a apatridia, pois em seu artigo XV garante a toda pessoa o direito à nacionalidade, não podendo ser privada da sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la. Normalmente, ocorre a apatridia quando alguém nasce em um país que adotou o critério do *ius sanguinis*, cujos pais são nacionais de um país que adotou o *ius soli*.

4.2 NACIONALIDADE SECUNDÁRIA OU ADQUIRIDA

Quanto às hipóteses de nacionalidade secundária ou adquirida, são aqueles que a Constituição denomina de brasileiros naturalizados. Observe-se a previsão expressa dessas hipóteses no artigo 12, II da CF/88, *in verbis*:

II - naturalizados:

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
- b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

Conforme suso mencionado, ainda existem no ordenamento jurídico pátrio as naturalizações por radicação precoce e por conclusão de curso superior, nos moldes em que preceituam o artigo 115, § 2º, I e II e o artigo 116, ambos da Lei 6.815/801 (Estatuto do Estrangeiro), por força do artigo 12, II, “a” que diz: “na forma da lei”.

A naturalização pode ser tácita ou expressa. Diz-se naturalização tácita quando o indivíduo adquire a nacionalidade diante da sua não manifestação e expressa aquela dependente da manifestação do interessado e da aquiescência do Estado, o qual, de modo soberano e discricionário, poderá ou não atender ao pedido do estrangeiro ou apátrida.

A Constituição de 1988 albergou apenas a naturalização expressa. Houve a naturalização tácita no Brasil nas Constituições de 1824 e 1891 (grande naturalização), que assim dispunham:

-Constituição do Império de 1824

Art. 6. São Cidadãos Brasileiros

IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brasil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.

-Constituição Federal de 1891

Art. 69 - São cidadãos brasileiros:

4º) os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem;

5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade;

A naturalização tácita foi necessária no Brasil de 1824 e 1891 porque se precisava de um povo que se estabelecesse definitivamente, pois são

marcos históricos da formação de um Estado, o primeiro se reporta à Independência do Brasil-Colônia e o segundo à Proclamação da República do Brasil.

5. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 54/2007 E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO PERFIL DEMOGRÁFICO BRASILEIRO

Finalmente, tratar-se-á do artigo 12, I, “c” da CF/88, alterado pela EC nº. 54/07, o qual já teve as seguintes redações:

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira; (texto original).

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira; (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº. 3, de 1994).

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 54, de 2007).

Verifica-se, desse modo, que foi preservada a naturalização potestativa (opção), esclarecendo que a opção pode ocorrer a qualquer tempo, no entanto somente após atingida a maioridade, pois decorre da vontade e tem caráter personalíssimo, seguindo o entendimento já adotado pelo Supremo Tribunal Federal (RE 418096/RS, AC 70-QO/RS, RE 415957 /RS, RE 418.096)

Assim, observa-se que a EC 54/07, grosso modo, apenas retomou a redação original do dispositivo supracitado. Passados 13 (treze) anos da ECR nº03/94, achou por bem o constituinte reformador reinserir a nacionalidade originária por meio do registro em repartição diplomática ou consular, expressão do critério *ius sanguinis*.

Em que pese a previsão da nacionalidade por registro na Constituição de 1967⁴, na Emenda Constitucional nº. 1 de 1969 e no texto original da Constituição de 1988, não se pode perder de vista os motivos da reaparição desse dispositivo na Carta Cidadã, como resposta às novas tendências no perfil demográfico brasileiro.

Sabe-se que a atividade legislativa decorre das mutações sociais, culturais, políticas. A valorização do critério *ius sanguinis* demonstra a mudança na movimentação populacional do Brasil, que nos últimos tempos está passando de país de imigração para de emigração.

Finalmente, o constituinte reformador não menosprezou os que nasceram entre 7 de junho de 1994 (promulgação da ECR nº. 03/94) e a data da promulgação da EC nº. 54/07, permitindo que sejam registrados em repartição brasileira competente ou em ofício de registro se vierem a residir no Brasil, por meio da inclusão do artigo 95 no ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), vejamos o que dispõe:

“Art. 95. Os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta Emenda Constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil.”

⁴ Art. 140 - São, brasileiros: I - natos: ... c) os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiros, não estando estes a serviço do Brasil, desde que, registrados em repartição brasileira competente no exterior, ou não registrados, venham a residir no Brasil antes de atingir a maioridade. Neste caso, alcançada, esta, deverão, dentro de quatro anos, optar pela nacionalidade brasileira;

Dessa maneira, além de aplacar a necessidade dos que se enquadram nessa situação, o constituinte derivado harmoniza-se cada vez mais com as tendências demográficas brasileiras. Essas apontam no sentido da elevação dos índices de emigração, contribuindo assim o constituinte para a adaptação ao novo perfil demográfico que se consolida, qual seja, o de um país emigracional.

6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, restaram evidenciadas as espécies de nacionalidade no Brasil, bem como a mudança no enfoque constitucional na adoção de mais uma forma de aquisição na nacionalidade originária pelo critério *ius sanguinis*, por meio da EC nº. 54/07. Essa alteração surgiu com resposta ao novo perfil da movimentação populacional do Brasil, o qual tem aumentado seus índices de emigração.

Não há como concluir que o Brasil abandonou o seu critério preponderante, *ius soli*, porém não se pode deixar passar *in albis* essa preocupação do constituinte reformador com os milhares de “brasileirinhos” espalhados pelo globo.

Assim, resta demonstrado o histórico da nacionalidade no Brasil, suas espécies e o novo enfoque introduzido pela Emenda Constitucional nº. 54/07. Nesse toar, resta demonstrada a relevância quanto à aquisição da nacionalidade originária pelo critério do *ius sanguinis* pelos filhos de brasileiros nascidos no exterior e registrados em repartição diplomática ou consular, principalmente por estar em consonância com as alterações demográficas brasileiras que se processaram nas últimas décadas.

Por fim, restou evidenciada a nova tendência no perfil demográfico brasileiro, culminando na Emenda Constitucional nº. 54/07, como resposta ao movimento de emigração da população brasileira e em atenção ao artigo XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

7. BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hidelbrando. *Manual de direito internacional público*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

- ARAÚJO, Luiz Alberto David e outro - *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 6ª Edição São Paulo, 2002.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado* - Globo, 28ª Edição, Porto Alegre, 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional* - Celso Bastos Editor, São Paulo, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, Almedina, 4ª edição, Coimbra, Portugal, 1997.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002.
- DORIA, Sampaio. *Direito constitucional*, Max Limonad, 4ª edição, vol 1, tomo 1, São Paulo, 1958.
- FERRANTE, Miguel Jeronymo. *Nacionalidade brasileiros natos e naturalizados*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FEREIRA, Pinto L. *Curso de direito constitucional*. Saraiva, 11ª edição, São Paulo, 2001.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 29ª edição, São Paulo, 2001.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2ª edição, Belo Horizonte, 1999.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. Atlas, 10ª Edição, São Paulo, 2001.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, v. 2, 12. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, Malheiros, 19ª Edição, São Paulo, 2001.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público / Curso Elementar*. Saraiva, 5ª edição, São Paulo, 1995.

PERFIL EVOLUTIVO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

Jean-Claude Bertrand de Góis, bacharel
em Direito pela Universidade Federal de
Sergipe, advogado.

RESUMO: O trabalho ora apresentado objetiva ressaltar tópicos relevantes na teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Brasil. Evidentemente, tal assunto não poderia deixar de envolver diretamente a jurisprudência de tribunais superiores e suas principais repercussões no que tange ao tema aludido. Contudo, é bom que se frise que o presente excerto trata apenas de alguns pontos concernentes à matéria, passando pela óptica positiva, doutrinária e principalmente jurisprudencial, sem a mínima pretensão de abranger todo o assunto-tema.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Civil; Direito do Consumidor; Tribunais Superiores; Princípio da autonomia patrimonial; Teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

ABSTRACT: The work intends to emphasize important topics of the disregard doctrine in Brazil. Evidently such subject could not leave of directly evolve the jurisprudence of the high courts and its main repercussions in that it refers to the alluded subject. However, it is good emphasizes that the present excerpt deals with only some points to the substance, passing by the positive, doctrinal and jurisprudential optics, without the minimal pretension to enclose the all subject.

KEYWORDS: Civil Law; 8.078/90 Law; High Courts; Patrimonial autonomy axiom; Disregard doctrine.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Preâmbulo histórico; 3. Delineamento cronológico no Direito Positivo brasileiro; 4. Meandros jurisprudenciais nos Tribunais Superiores; 5. Teoria da desconsideração da pessoa jurídica inversa; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A pessoa jurídica consiste em um dos mais relevantes institutos jurídicos existentes na atualidade, entretanto seu uso nem sempre atende às finalidades sociais para a qual foi criada. Essa constatação provocou uma reação no sentido de, excepcionalmente, desconsiderar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas em prol do valor justiça.

A desconsideração da pessoa jurídica é tema que ainda enseja curiosidade e polêmica na seara jurídica brasileira. Isso resulta principalmente da força que o princípio da autonomia patrimonial emana em contraposição ao uso abusivo que se faz dessa importante garantia, gerando assim estridente polêmica qualquer causa que pretenda excepcioná-la.

A maioria das considerações sobre o tema passa pela viabilidade jurídica de se desconsiderar a barreira protetiva que outrora representou intransponível proteção ao patrimônio dos titulares da pessoa jurídica, como também pelos requisitos legais para que isso ocorra.

É bom que se frise, contudo, que a discussão extravasa o ambiente jurídico, repercutido sobremaneira na economia de mercado. Tal efeito aparece quando constatamos que o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas representa meio incentivador do mercado, na medida em que limitando a responsabilidade dos investidores encoraja novos empreendimentos.

Essa relação umbilical com o mercado nos mostra que qualquer medida legislativa que tente mitigar esse princípio deverá ser dotada de cautela, pois repercutirá diretamente no surgimento de novas empresas e conseqüentemente em fatores como o índice de desemprego nacional.

Entretanto, isso não pode servir de argumento absoluto para a proteção do patrimônio da pessoa jurídica a qualquer custo, lembrando-se sempre que deverá existir uma adequação principiológica para não ensejar injustiças.

2. PREÂMBULO HISTÓRICO

A doutrina da “*Disregard of Legal Entity*” ou “*Disregard Doctrine*” nasceu na Inglaterra, migrando para os Estados Unidos (“*Lifting the*

Corporate Veil”) e recentemente para a Alemanha (“*durchbricht der juristischen Person*”), Itália (“*superamento della personalità giuridica*”), Espanha (“*teoría de la penetración*”) e outros países europeus. No Brasil, chegou em 1969, por meio de Rubens Requião, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica tem, portanto, sua origem histórica na Inglaterra e posteriormente Estados Unidos. Seu nascedouro é reflexo de construção jurisprudencial que tem como caso pioneiro Salomon *versus* Salomon & Co. Ltd., ocorrido na Inglaterra em 1897.

Nesse caso, o comerciante Aaron Salomon, fundador da sociedade Salomon & Co. Ltd., era subscritor de 20.001 ações, enquanto sua esposa e cinco filhos possuíam uma ação cada, de forma a totalizar 20.007 ações.

Salomon então utilizou um fundo de comércio que possuía para integralizar 20.000 de suas ações. Ocorre que o fundo de comércio tinha valor superior ao das ações integralizadas, passando Salomon a ser credor com garantia real da sociedade Salomon & Co. Ltd.

Posteriormente, com a falência da pessoa jurídica, Salomon cobrou judicialmente o seu crédito com garantia real frente a mesma, decidindo tanto High Court quanto a Court of Appeal negar o pedido fundamentando que ocorrera fraude uma vez que o senhor Salomon iria além de eximir-se dos riscos da atividade econômica, lucrar com a falência da sociedade na qual era sócio majoritário.

Tal decisão não foi mantida pela House of Lords, a qual reformou o julgado sob o argumento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, possibilitando assim o recebimento do aludido crédito privilegiado, o que frustrou os interesses dos credores quirografários.

Em que pese a reforma da decisão de desconsideração no seu caso paradigma, a partir dele lançou-se as bases doutrinárias da *Disregard Doctrine*, influenciando diversos sistemas jurídicos como o norte americano, o brasileiro e ultimamente o alemão, conforme preleciona Rubens Requião, *in verbis*:

A Casa dos Lordes reformou, unanimemente, esse entendimento (pela desconsideração), julgando que a *company* havia sido validamente constituída

(...) Mas a tese das decisões reformadas das instâncias inferiores repercutiu, dando origem à doutrina do *disregard of legal entity*, sobretudo nos Estados Unidos, onde se formou larga jurisprudência, expandindo-se mais recentemente na Alemanha e em outros países europeus¹.

Entretanto, é bom que se diga que na Inglaterra, país de origem, ainda hoje não há uma aceitação jurisprudencial sólida da desconsideração da pessoa jurídica. Isso se deve principalmente a forte apego ao princípio da autonomia da pessoa jurídica, resultando em uma distinção patrimonial rígida entre sociedade e seus sócios.

É interessante ressaltar que outros casos também marcaram a evolução histórica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Entre eles podemos citar o caso *Bank of United States versus Deveaux*, ocorrido em 1808 nos Estados Unidos, sendo apontado por alguns autores como o primeiro caso a considerar tal teoria, em que pese os doutrinadores majoritários considerarem como verdadeira origem da teoria o caso *Salomon versus Salomon & Co. Ltd.*

3. DELINEAMENTO CRONOLÓGICO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Urge que se faça aqui breves colocações no sentido de identificar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica no direito positivo brasileiro.

Inicialmente, convém destacar que alguns autores, que compõem minoria doutrinária, indicam a CLT como o primeiro foco da teoria da desconsideração no direito brasileiro. Entre eles podemos citar Amador Paes de Almeida, que aponta o art.2º, parágrafo 2º da CLT como positividade dos princípios da citada teoria.

Entretanto, esse não é o pensamento que prevalece na doutrina, cuja maioria inclina-se no sentido de reconhecer o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor a norma a positivar a teoria da

¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol.I.ed.São Paulo: Saraiva, 2003,p.378.

desconsideração da pessoa jurídica, inclusive permitindo o seu uso ante o mero obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor, *in verbis*:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado)

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Após o CDC, foi a vez do legislador em 1994 criar a Lei 8.884, que ao tratar de infrações à ordem econômica estabeleceu, em seu artigo 18, hipóteses onde incide a teoria da desconsideração:

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de

insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Nota-se que inicialmente o dispositivo elenca hipóteses onde há má fé de algum modo, mas posteriormente estabelece casos onde esta não é exigida, como na falência e má administração.

Já com a Lei 9.605 de 1998, tratou-se da desconsideração da personalidade jurídica na seara da responsabilização por prejuízos causados ao meio ambiente, estatuidando que:

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Esse dispositivo estabeleceu uma visão harmônica com o parágrafo 5º do artigo 28 do CDC, onde se permite a desconsideração ante a simples existência de obstáculo ao ressarcimento do prejuízo, em consonância pois com a teoria menor da desconsideração da pessoa jurídica.

E finalmente o novo Código Civil em 2002 deu direcionamento mais fidedigno à teoria da desconsideração, estabelecendo em seu art.50:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A redação do atual Código Civil está realmente sintonizada com vertente mais conservadora da teoria da desconsideração, consubstanciada na Teoria Maior que apenas admite em hipóteses de abuso da personalidade jurídica. Essa é configurada por sua vez com desvio de personalidade ou confusão patrimonial. Em contraposição existe a Teoria Menor, segundo a qual a simples ocorrência do prejuízo autorizaria a aplicação da desconsideração.

Dentro da própria Teoria Maior há dissidências no que tange à necessidade de se provar a intenção de lesar ou fraudar. A corrente subjetivista exige prova inequívoca dessa intenção, sendo essa vertente a mais conservadora e tradicional. Contudo, a prática forense demonstrou que na maioria dos casos essa demonstração da intenção inviabilizava o uso da desconsideração, passando-se assim a se construir a corrente doutrinária objetivista, que permite a desconsideração com a simples verificação da confusão patrimonial ou do desvio de finalidade, sem se preocupar com a intenção do agente. Essa vem se firmando paulatinamente como a corrente mais aceita hoje, principalmente após o artigo 50 do Código Civil, que não exige a demonstração do *animus fraudandi*. Isso, contudo, não quer dizer que microssistemas jurídicos não possam ter características peculiares da aplicação da desconsideração, conforme o Enunciado nº 51 do Conselho de Justiça Federal infratranscrito.

Resumindo, se na atualidade, em que pese entre a Teoria Maior e a Menor preponderar a primeira, mais tradicional; por outro lado entre as vertentes da Teoria Maior consolida-se a mais liberal, ou seja, a objetivista.

Para uma interpretação mais abalizada sobre teoria da desconsideração sob a égide do novo Código Civil, interessante analisar os enunciados do Conselho da Justiça Federal resultado das jornadas realizadas com juristas do mais alto gabarito, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (STJ) e coordenação geral dos Ministros Ari Pargendler e Ministro Milton Luiz Pereira. Dos enunciados aprovados, pertinem ao tema da desconsideração os seguintes:

7 – Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.

51 – A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.

281 – A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.

282 – O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica.

283 – É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo de terceiro.

285 – A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor.

4. MEANDROS JURISPRUDENCIAIS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu em vários momentos acatando a desconsideração da personalidade jurídica, contudo diverge quanto aos seus pressupostos de admissibilidade e também quanto ao momento de sua decretação. Em algumas decisões exigiu ação própria diversa daquela onde se realiza a arrecadação de bens, como segue abaixo:

“Admissível é o mandado de segurança para caçar ato judicial de arrecadação de bens em poder de terceiro, praticado em procedimento do qual não foi parte. A arrecadação de bens adquiridos por outros de sociedade controlada pela falida, cuja personalidade jurídica foi desconsiderada em face da auditoria realizada no curso do processo de falência da controladora, não pode ser efetuada sem a declaração judicial de ineficácia do ato, em ação revocatória ou noutra ação.” (Superior Tribunal de Justiça, relator Min. Cláudio Santos, RT 725/147).

Contudo, via de regra, não se exige ação própria, podendo ocorrer a decretação independente de novo processo, desde que se conceda o contraditório e a ampla defesa. Visando esse fim já existe o Projeto de Lei 2426/2003, de autoria do deputado Ricardo Fiuza, em trâmite junto à Comissão de Economia, Indústria e Comércio, pontuando assim cautelas necessárias para a aplicação da desconsideração. Entre os pontos relevantes do aludido projeto estão:

“Art. 3º. Antes de declarar que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, o juiz lhes facultará o prévio exercício do contraditório, concedendo-lhes o prazo de quinze dias para produção de suas defesas.

Parágrafo 2º: Nos casos em que constatar a existência de fraude à execução, o juiz não declarará a desconsideração da personalidade jurídica antes de declarar a ineficácia dos atos de alienação e de serem excutidos os bens fraudulentamente alienados.

Art. 5º. O disposto no art. 28 da Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990, somente se aplica às relações de consumo, obedecidos os preceitos desta lei, sendo vedada a sua aplicação a quaisquer outras relações jurídicas.

Art. 7º. O juiz somente pode declarar a desconsideração da personalidade jurídica nos casos expressamente previstos em lei, sendo vedada a sua aplicação por analogia ou interpretação extensiva.”

É bom que se diga que a jurisprudência trabalhista é uma das que mais se utiliza do instituto da desconsideração, sendo fartamente aplicada nessa justiça especializada. Consoante pode ser constatado nos diversos e recentes posicionamentos sobre a matéria, o TST está longe de um entendimento uniforme e pacífico entre seus ministros a respeito do tema. Ressalte-se o posicionamento que decidiu pela desconsideração em hipóteses de dissolução irregular da sociedade, bem como quando não localizados bens suficientes para arcar com a dívida. A decisão

abaixo deixa clara a posição majoritária do TST quanto às circunstâncias de aplicação da desconsideração da pessoa jurídica:

“TST: AIRR - 22289-2002-900-09-00
AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA
TURMA: 05. ÓRGÃO JULGADOR - QUINTA TURMA
DJ DATA: 14-11-2003
EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica **tem aplicação no Direito do Trabalho sempre que não houver patrimônio da sociedade, quando ocorrer dissolução ou extinção irregular ou quando os bens não forem localizados, respondendo os sócios de forma pessoal e ilimitada, a fim de que não se frustrate a aplicação da lei e os efeitos do comando judicial executório.** Por outro lado, para que o reclamado se beneficiasse do disposto no art. 10 do Decreto 3.708/19, era necessário que comprovasse que o outro sócio excedeu do mandato ou que praticou atos com violação de contrato ou da lei, o que não é o caso. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.”

Quanto à constitucionalidade da desconsideração, o TST já se posicionou mais de uma vez que não há qualquer sombra de desrespeito à Carta Maior, inclusive quanto às garantias de contraditório e ampla defesa, previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. Corroborando essa perspectiva as seguintes decisões:

“TST PROC: RR - 2549-2000-012-05-00
RECURSO DE REVISTA. TURMA: 04.
ÓRGÃO JULGADOR - QUARTA TURMA
DJ DATA: 07-03-2003

EMENTA: RECURSO DE REVISTA. PROCESSO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PENHORA SOBRE BEM DE SÓCIO. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Partindo da premissa de que os créditos trabalhistas, ante a natureza alimentar de que são revestidos, são privilegiados e devem ser assegurados, a moderna doutrina e a jurisprudência estão excepcionando o princípio da responsabilidade limitada do sócio, com fulcro na teoria da desconsideração da personalidade jurídica de forma que o empregado possa, verificada a insuficiência do patrimônio societário, sujeitar à execução os bens dos sócios individualmente considerados. **Inocorrida afronta a norma constitucional.** Recurso de Revista não conhecido.”

No mesmo sentido:

“TST-RR:466349,ANO-1998
RECURSO DE REVISTA
TURMA: 04. ÓRGÃO JULGADOR - QUARTA
TURMA
DJ DATA: 04-04-2003
EMENTA: RECURSO DE REVISTA EM SEDE DE PROCESSO DE EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. LITISPENDÊNCIA. Na espécie, o v. acórdão consagra a tese da desconsideração da personalidade jurídica. Em consequência, o julgamento, em última análise, tem motivação fundada no art. 28 da Lei nº 8078/90, **sem importar em afronta direta ao inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal.** A decisão Regional que determina que a execução se processe sobre os bens do Recorrente independentemente da proporção de sua participação no capital social não guarda identidade

com o julgamento proferido em sede mandamental, não havendo que se falar em litispendência, nem, tampouco, em cerceamento do direito de defesa. Recurso de Revista não conhecido.”

Já quanto à teoria aplicada no STJ, percebe-se majoritariamente a incidência da Teoria Maior como preleciona a Ministra Nancy Andrighi: *“teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração)”*. Em seu posicionamento, a aludida ministra diverge da doutrina mais moderna que considera tanto a demonstração de desvio de finalidade quanto a de confusão patrimonial como integrantes da teoria objetiva da desconsideração.

5. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA INVERSA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica inversa consiste em se trilhar o caminho contrário da teoria original, de forma a que bens sociais respondam por obrigações pessoais de um ou mais de seus sócios.

Mais uma vez estamos diante de uma hipótese de excepcional mitigação do princípio da autonomia patrimonial, exigindo portanto uma interpretação restritiva para a aplicação ao caso concreto.

Mas tal aplicação já tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, inclusive já é objeto de Enunciado do CJF nº 283: *“É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo de terceiro”*.

Na realidade, no uso inverso da teoria da desconsideração da pessoa jurídica a fundamentação básica permanece sendo a de não deixar que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica se torne meio para a fraude ou qualquer outro tipo de ilegalidade quer da pessoa natural quer da jurídica.

Sobre o tema, Fábio Ulhôa Coelho (1999, p. 45) se reporta: “desconsideração inversa é o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio. (...) O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada. Os seus credores, em princípio, não podem responsabilizá-lo executando tais bens. É certo que, em se tratando de pessoa jurídica de uma sociedade, ao sócio é atribuída a participação societária, isto é, quotas ou ações representativas de parcelas do capital social. Essas são em regra penhoráveis para a garantia do cumprimento das obrigações do seu titular (...).”

Em síntese, podemos ressaltar a função da desconsideração inversa como mais um meio de se coibir o abuso do princípio da autonomia patrimonial, ultrapassando-se o âmbito da pessoa natural para se atingir o patrimônio da pessoa jurídica que tem como sócia aquela.

6. CONCLUSÃO

É importante reiterar a elevada importância do princípio da autonomia da pessoa jurídica para a sociedade hodierna, principalmente quando se constata que os riscos para o investidor crescem a cada dia. Com isso, torna-se fundamental manter a regra básica da independência de patrimônios entre pessoa jurídica e natural.

Isso contudo não representa permissão para que se utilize de instituto desse jaez para através do *animus fraudandi* se esquivar das responsabilidades assumidas sob o manto da personalidade jurídica. Nesses casos é imprescindível que se mitigue a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para se alcançar a justiça no caso concreto. Com essa finalidade, ressalta-se então a importância de se acompanhar a evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, principalmente no que tange ao uso alternativo do direito positivo para a consecução desse fim, *verbi gratia*, desconsideração inversa.

Urge, portanto, que cada vez mais se fortaleça o princípio da autonomia da pessoa jurídica, estabelecendo parâmetros seguros para excepcioná-lo sempre que tal princípio servir para a realização de atos ilegítimos e portanto indignos de estabilização social.

7. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica* (doutrina e jurisprudência). 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- AMARO, Luciano. *A desconsideração da pessoa jurídica*. In: Direito tributário brasileiro. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 223-5.
- AMARO, Luciano. *Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor*. *Ajuris*, Vol. 20, N 58, P 69 A 84, Julho, 1993.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o devido processo legal*. In: Repertório IOB de Jurisprudência, caderno 3. São Paulo, IOB, jan. 2000, p. 48-3.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Lineamento da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*, revista do advogado, AASP, 1992, no. 36.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2 ed. São Paulo: RT, 1977.
- DINIZ, Maria Helena. *A despersonalização da pessoa jurídica*. In: *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 1, 13. ed. São Paulo, Saraiva, 1999. Personalidade. In: *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 8. ed. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 467-73.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6a. edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (Coordenadora). *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- REQUIÃO, Rubens. *A doutrina do superamento da personalidade jurídica (Disregard of Legal Entity)*. In: *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 21. ed. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 283-5.
- MORAES, Márcio André Medeiros. *A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor*. São Paulo: LTr, novembro de 2002.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, V. I. 22a. edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Simone Gomes. *Desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº 11, p. 7-20, jul-set/94.

SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTR, 1999.

COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA E TAMBÉM DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, À LUZ DA LEI 11.313/2006

Edvânio Dantas dos Santos, Assessor de Juiz da 8ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju/SE- 2º Tribunal do Júri, pós-graduado *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Sergipe - FASE.

RESUMO: O presente artigo se propõe a demonstrar que quando da apuração de um crime doloso contra a vida, que também é, pela pena em abstrato cominada, infração de menor potencial ofensivo (art. 124, c/c o art. 14, II do Código Penal) a competência para processar e julgar é do Tribunal do Júri. Tal assertiva procede porque sopesando duas competências previstas constitucionalmente e, portanto, absolutas, que não se prorrogam, existe a possibilidade criada pela Lei 11.313/2006, de aplicação da transação penal e da composição dos danos civis no juízo competente para apreciar os crimes dolosos contra a vida.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri; Competência; Crime doloso contra a vida; Infração de menor potencial ofensivo.

ABSTRACT: The present article proposes to show that, when occurs investigation of a criminal intent against life, which is also, by comminated abstract infraction of less offensive potential (art. 124, c/ c the art. 14, II of penal code), the competence process and judge to Jury Tribunal. That assertion proceeds because when equaling two competences that are predicted constitutionally and, therefore absolute, which do not extend, there is the possibility, created by Law 11.313/2006, of application of penal transaction and the composition of civil damages according the jurisdiction to appreciate the criminal intent against life.

KEYWORDS: Jury Tribunal; Competence; Criminal intent against life; Infraction of less offensive potential.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Juizados Especiais Criminais; 3. Tribunal do Júri; 4. Infração dolosa contra a vida e ao mesmo tempo de menor potencial ofensivo; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A preocupação que deve trilhar a atividade profissional de todos os operadores do Direito é a busca incessante pela rápida solução dos litígios. O legislador Constituinte, por meio da Emenda Constitucional nº 45, ampliando os direitos e garantias fundamentais, inseriu um dispositivo em nossa Carta Magna que assegura a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Na esfera infraconstitucional, foram instituídos os Juizados Especiais Criminais para garantir a efetividade do processo, com uma prestação jurisdicional rápida e eficaz. Ainda no mister de sua função típica, o legislador modificou a lei que introduziu os referidos Juizados, autorizando que institutos despenalizadores peculiares de seu procedimento sejam aplicados nos Juízos comuns, quando existir conexão ou continência entre as infrações que lhes são afetas processar e julgar. Nesse aspecto, o Poder Judiciário, quando instado a dizer o direito do jurisdicionado, deve se destacar, devendo, em sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, interpretar e julgar as lides que lhe são apresentadas da forma mais célere possível.

2. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Na tentativa de solucionar a lentidão do Judiciário e a impunidade de infratores que sempre obtinham a extinção da punibilidade devido à morosidade dos processos, analisou-se a necessidade de reforma das leis processuais.

Diante disso, o legislador introduziu na Constituição Federal de 1988 o disposto no art. 98, inciso I, determinando que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados deveriam criar juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor

complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, através dos procedimentos oral e sumaríssimo.¹

Assim, na apuração dessas infrações menores, seriam utilizados métodos que trariam imediata sanção ao infrator, evitando, via de consequência, qualquer prática protelatória e, não raras vezes, a impunidade.

Nesse sentido, foram instituídos os Juizados Especiais com o objetivo de desburocratizar e simplificar a Justiça Criminal. A simplificação se daria pelo consenso das partes com a reparação dos danos sofridos pela vítima, quer pela transação, com a aplicação de penas não privativas de liberdade, quer através de um procedimento célere para a apuração da responsabilidade penal dos autores de infrações penais de menor potencial ofensivo, quando fosse verificada a possibilidade de aplicação de qualquer uma dessas medidas renovadoras.

Criou-se mais uma competência de caráter absoluto por ser em razão da matéria, pela natureza da infração penal, somando-se à circunstância de ter base constitucional e, portanto, improrrogável.

O art. 61 da Lei n.º 9.099/95 foi alterado pela Lei n.º 11.313/2006, prevendo agora a pena máxima em abstrato de dois anos para ser considerada infração de menor potencial ofensivo¹. Além disso, também com a nova redação, o parágrafo único do art. 60, havendo conexão ou continência, autoriza a aplicação dos institutos despenalizadores da transação penal e da composição civil dos danos no juízo comum e no tribunal do júri, subtraindo, em parte, a competência dos Juizados Especiais Criminais que, como dito, não se prorroga.

Com base na natureza da competência, há quem advogue a inconstitucionalidade da nova lei, sob a alegação que a Constituição Federal não pode ser reduzida por lei infraconstitucional, com a previsão de aplicação dos referidos institutos no Juízo Comum no Tribunal do Júri, olvidando-se o procedimento oral e sumaríssimo, mais benéficos que o ordinário.²

¹ A Lei 11.313/2006 acabou com a polêmica sobre qual era a pena máxima para definição de crime de menor potencial ofensivo, 2 anos ou um ano, Lei 9.099/95 ou 10.259/2001.

² Artigo publicado sob o título *Conexão e continência e os juizados especiais criminais. A Lei nº 11.313/2006*. Escrito pelo professor e Promotor de Justiça na Bahia, Rômulo de Andrade Moreira.

Demonstra-se plausível o entendimento pela inconstitucionalidade da previsão de reunião de processos em se tratando de juízo comum; havendo, entretanto, conexão ou continência entre crime doloso contra a vida e infração de menor potencial ofensivo, deverá existir atração por se tratar de duas competências materiais, absolutas, cabendo, via de conseqüência, a aplicação da transação penal e composição dos danos civis pelo Juiz do Tribunal do Júri como forma de desafogar os Juizados Especiais Criminais.

É razoável e proporcional a força atrativa, sem afetar completamente competência constitucional. Isso porque na hipótese do suposto autor da infração de menor lesividade, numa ação penal de iniciativa pública, não aceitar a transação penal, ou não cumprir os requisitos autorizadores do benefício, o Juiz, usando da faculdade do art. 80 do Código de Processo Penal, desmembrará o processo e o remeterá ao Juizado Especial para que o Ministério Público, se assim entender, ofereça denúncia oral³, seguindo o procedimento que lhe é peculiar.

Assim entendido, a Lei 11.313/2006 não subtrai completamente competência constitucional, uma vez que nossa Carta Magna de 1988, embora disponha sobre a possibilidade da transação penal, impõe também o procedimento oral e sumaríssimo nos Juizados, hipótese, esta não afastada pela nova lei.

Diante do exposto, a fim de sanar o vício, a inconstitucionalidade da referida lei deve ser argüida pelos meios legais, utilizando-se da interpretação conforme com a redução do texto, excluindo a expressão *o juízo comum* garantindo uma interpretação compatível com a Constituição Federal. Dessa forma, já se decidiu, Adin nº 1.127-8, quando o Supremo Tribunal Federal, liminarmente, suspendeu a eficácia da expressão *ou desacato* contida no art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.0906/94), concedendo à imunidade material dos advogados uma interpretação conforme o art. 133 da Constituição Federal.

Dentro desse mesmo contexto, não há motivo para se negar que, quando da prática do crime doloso contra a vida, sendo também

³ Art. 77 da Lei 9.099/1995.

considerado infração de menor potencial ofensivo (tentativa de auto-aborto), o Tribunal do Júri seja o competente para conhecer o feito, observando-se a transação penal e a composição dos danos civis.

3. TRIBUNAL DO JÚRI

A Constituição Cidadã de 5 de outubro de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, assegurou à instituição do júri, e ainda com natureza de direitos e garantias fundamentais, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sendo, além disso, vista como uma prerrogativa do cidadão que deverá ser julgado por seus semelhantes.

O dispositivo não deve ser interpretado de forma absoluta, considerando que existirão outras situações, sempre excepcionais, em que os crimes dolosos contra a vida não serão julgados pelo Júri Popular. Essas situações referem-se, dentre outras, à competência especial da prerrogativa de função e a dos Juizados Especiais Criminais.

Em face da dignidade de certos cargos e da relevância destes para o Estado, a competência do Conselho de Sentença é afastada pela própria Constituição Federal para atribuir a outros Tribunais. Nesse sentido, nas hipóteses de conexão e continência entre duas infrações penais, um doloso contra a vida e outro com foro por prerrogativa de função, inexistirá atração, prevalecendo a regra do juiz natural, havendo necessariamente a separação dos processos.

No que atine à competência dos Juizados Especiais Criminais, igualmente prevista na Carta Maior, sabe-se que, embora não inserida expressamente no art. 5º de nossa Constituição, tem natureza de direito fundamental devendo o Estado garantir a sua aplicação, não se restringindo ao artigo supra. Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 393, de 1993 (Relator, Ministro Sidney Sanches) admitindo a existência de “princípios e normas imutáveis” fora do art. 5º da CF/88.

Reforça-se a amplitude de tais direitos nos ensinamentos do jurista Ingo Wolfgang Sarlet, que afirma “importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de exaustivo, não tem cunho taxativo”.

O direito consagrado no dispositivo supracitado encontra limites nos demais igualmente consagrados na Constituição Federal, devendo

o intérprete e, sobretudo, o aplicador do direito ponderá-los quando em confronto, sem a exclusão total de algum deles, tornando-os relativos. (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

O professor Rômulo de Andrade Moreira defende a separação do processo em caso de conexão ou continência de delito de menor potencial ofensivo com qualquer outro delito, inclusive com os que afetam o bem jurídico vida, argumentando que “A Constituição reserva ao Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, e tão-só”.

A Carta Maior estabelece uma competência mínima e inafastável do Tribunal do Júri, não criando óbice, portanto, que o legislador infraconstitucional lhe aumente a possibilidade de julgar outros delitos que não sejam dolosos contra a vida. Estar-se a tratar dos “intocáveis” direitos individuais fundamentais que não podem ser suprimidos, porém, da forma inversa é permitido.

Assim, *data venia*, o entendimento do professor não merece total acolhida, uma vez que, havendo a conexão ou continência entre crime doloso contra a vida e delito de menor potencial ofensivo, deverá haver a reunião do processo na vara do Tribunal do Júri com aplicação da transação penal e da composição civil dos danos.

Tal medida garantirá o desafogamento dos Juizados, dando êxito aos objetivos iniciais para os quais se propuseram a sua criação. Se o suposto autor da infração de menor lesividade não aceitar a proposta formulada pelo representante do Ministério Público que atua no Tribunal do Júri, o Juiz desmembrará o processo e o remeterá ao Juizado Especial Criminal para o julgamento, observando-se o seu procedimento próprio determinado pela Carta Magna.

Entretanto, se aceitar as condições ofertadas pelo titular da Ação Penal, serão cumpridas perante o juízo do Tribunal do Júri. Assim feito, estar-se-á garantindo a efetiva aplicação de dois direitos constitucionais fundamentais – competência do Tribunal Popular e dos Juizados criados pela Lei 9.099/95.

4. INFRAÇÃO DOLOSA CONTRA A VIDA E AO MESMO TEMPO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Sob a ótica do raciocínio alhures transcrito, cabe a análise da competência quando da ausência de conexão e continência por impossibilidade fática, considerando uma hipótese, por exemplo, da prática do crime de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, cuja pena máxima cominada (três anos) com a causa de diminuição de pena de tentativa (1/3) remontará na pena máxima de dois anos. Esse delito, embora doloso contra a vida, também é delito de menor potencial ofensivo uma vez que, como já dito, a nova Lei nº. 11.313/2006 alterou o parágrafo único do art. 66 da Lei nº. 9.099/95, definindo-o quando a pena máxima cominada for até dois anos.

Na apuração do crime acima citado, também se configuram duas normas constitucionais em conflito, que tratam de direitos fundamentais: uma é o direito de alguém que comete um crime doloso contra a vida ser julgado pelos seus semelhantes, que são os sete jurados que compõe o Conselho de Sentença; outra estabelece a competência dos Juizados Especiais Criminais para processarem e julgarem infrações de menor potencial ofensivo, com direito do autor a todos os institutos benevolentes inerentes ao procedimento previsto na Lei 9.099/95.

Nesse caso, impõe-se o conhecimento do feito pelo Tribunal do Júri, sem atingir os princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, previstos no procedimento sumaríssimo a ser adotado nos Juizados Especiais Criminais.

Apenas um benefício, atribuído pela nova lei, deve ser gozado no Tribunal Popular pela suposta autora desse tipo de infração penal - auto-aborto-, que é a transação penal, malgrado a opinião de Hermínio Alberto Marques Porto que entende ser inviável, nesse caso, qualquer ato processual inerente ao procedimento sumaríssimo previsto na lei dos Juizados, argumentando que nesses casos é comum se constatar o envolvimento de terceiras pessoas que pratiquem condutas mais gravosas que a citada agente criminosa.

Tal assertiva não deve preponderar, de sorte que a negativa da transação penal sob a alegação de que a apuração mais minuciosa pode levar à autoria de crimes mais graves é um gravame aos direitos fundamentais. Isso porque o Estado, na persecução policial e judicial, deve buscar outros meios de desvendar autorias de práticas delitivas, a fim de garantir a aplicação do *jus puniend*, sem que, para isso, se criem obstáculos ao desfrute dos direitos consagrados na Constituição Federal de 1988.

Além disso, como já dito, caso haja a recusa da imputada em aceitar a proposta formulada pelo Ministério Público, ou não preenchidas as exigências legais previstas na lei, os procedimentos oral e sumaríssimo, previstos na Constituição Federal de 1988, estarão garantidos pelos Juizados Especiais Criminais, que passarão a ser competentes para processar e julgar o feito, sem prejuízo de quaisquer outras investigações pela Autoridade Policial, visando desvendar o envolvimento de terceiras pessoas em outros fatos criminosos que tenham relação com o delito doloso contra a vida.

5. CONCLUSÃO

Verifica-se, portanto, a necessidade de uma alteração na Lei nº 11.313/2006, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, expurgando do texto a expressão *juízo comum*, a fim de se evitar reiteradas decisões eivadas de vícios que comprometam a efetividade dos direitos e garantias previstas na Carta Magna.

Com uma nova redação nesse sentido, atender-se-ão duas normas constitucionais, sem prestigiar uma em detrimento da outra, estabelecendo-se a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida que são também de menor potencial ofensivo, tornando mais célere, dessa forma, o trâmite de outros feitos perante os Juizados Especiais Criminais.⁴ Para que isso ocorra, caso

⁴ Decisão prolatada pelo Juiz de Direito do Estado de Sergipe em Substituição na 8ª Vara Criminal- 2º Tribunal do Júri - da Comarca de Aracaju/SE, Roberto Flávio Conrado de Almeida, na qual se estabeleceu a competência do Tribunal do Júri para conhecer e julgar o crime de tentativa de aborto cometido pela gestante ou com seu consentimento.

não reste frutífera a transação penal, nem a composição dos danos civis, serão os autos remetidos aos Juizados Especiais Criminais, assegurando a adoção de todos os outros dispositivos e institutos previstos na lei que os criou e, sobretudo, daqueles que estão de forma expressa em nossa Carta Maior.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOEIRA, Rômulo de Andrade. *Conexão e continência e os juizados especiais criminais. A Lei nº 11.313/2006*. Disponível em www.jusnavigandi.com.br
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri - Procedimentos e aspectos do julgamento. Questionários*. 10ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

LESÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA ISONOMIA NA ESFERA DA INSTÂNCIA SUPERIOR NO QUE PERTINE A MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA

Tarcísio Marques, membro do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e Sociais – IBRAJS, Juiz de Direito Titular da 2ª. Vara da Comarca de Andradas, Juiz Eleitoral da 13ª. Zona, pós-graduado em Direito Processual Penal.

Edson Alexandre da Silva, membro do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e Sociais (IBRAJS), assessor de Juiz de Direito, pós-graduado em Direito Público e em Direito Processual.

“Zeus... enviou Hermes com o objetivo de dar aos homens pudor e justiça, a fim de que construíssem cidades e estreitassem os laços comuns de amizade. Hermes, após receber esta ordem, perguntou a Zeus como deveria dar aos homens o pudor e a justiça, e se as distribuiria como Epimeteu havia distribuído as artes; porque eis aqui como foram estas distribuídas: a arte da medicina, por exemplo, foi atribuída a um homem só, que a exerce para uma multidão de outros que não a conhecem, e o mesmo sucede com todos os demais artistas. Bastará, pois, que eu distribua igualmente pudor e justiça entre um pequeno número de pessoas, ou que os reparta entre todos indistintamente? Entre todos, sem dúvida, respondeu Zeus; é preciso que todos sejam partícipes, porque ao se entregar a um

pequeno número, como foi feito com as demais artes, nunca haverá nem sociedades nem povos¹.”

RESUMO: A temática *in quaestio*, está sedimentada em base sólida, todavia vizinha a terreno arenoso. Dada sua complexidade, na justa medida em que muitos ramos do Direito serão alçados; assim verificando as nuances do Judiciário no tempo, e com a humanidade, poder-se-á com eficácia, destreza, e sabedoria apontar uma alternativa ao atual sistema Judiciário Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Teoria geral do processo; Teorias explicativas; Princípios constitucionais – Princípio do Contraditório; tribunais.

RÉSUMÉ: Lethene *in quaestio*, est s'appine sun une base solide, et également prode d'ân terrain sableux. Vuc son complexe, dans la nesure que beaucrip de branches du Droit front étudies; ainsi vérifiant les nuances de la justice dans le temp, e anee l'humanité, nous pourrous avec efficacité, destérité e sagesse cruposer une alternative pour le système actuel de la Justice Brésilienne.

KEYWORDS: Constitutional Law; General procedural theory; concerned theories; Federal constitution principle – Principle of Contradictory; Courts.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. O *Parquet* e o seu *minus* no feito criminal. 3. O contraditório e a manifestação do Ministério Público na 2ª Instância; 4. Jurisprudências; 5. Doutrina no Direito Comparado; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Insta-nos como intróito, embora de todos os estudiosos do Direito já por demais sabido, trazer à baila alguns dos princípios basilares do

¹ PLATÃO. *Diálogos, Protágoras o de los sofistas*. México, Porrúa, 1996, p. 114

regime democrático que se consubstanciam, entre outros, no *princípio da igualdade das partes, da ampla defesa*, e em principal, como constou do título – o *princípio do contraditório* e da *isonomia*, quer seja, igualdade das partes em todos os atos e fases processuais.

O princípio do contraditório como sabido figura como um dos mais importantes no processo acusatório, garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado, conforme expresso inclusive na Carta Maior (art. 5º, LV). Segundo tal princípio o acusado goza do direito de defesa sem restrições, repita-se – sem restrições – em todo processo, destarte, deve estar assegurada a igualdade das partes.

Como já apregoava o mestre J. Canuto Mendes de Almeida² abordando o princípio do contraditório no processo penal:

“A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito.”

Corolário do princípio da igualdade, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições e também de oportunidades. Em outras palavras: se determinada parte se manifestou, seguidamente a parte contrária ou *ex-adversa* deverá ter a possibilidade de também manifestar-se nos autos. Assim, a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se concedam

² ALMEIDA J., Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 86-7.

às partes ocasião e possibilidade de intervenção no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, e, ao menos rebater, ter o direito de rebater o que foi dito em seu desfavor.

Feitas essas considerações preliminares e adentrando no tema propriamente dito (*lesão aos princípios do contraditório e da isonomia*), instamos desde já mencionar, fato que não é de ninguém desconhecido, que nos processos criminais, após a prolação da sentença em 1ª Instância, havendo, por óbvio recurso, após as razões e contra-razões das respectivas partes envolvidas (*art. 601, CPP*), nos termos do artigo 602, Código de Processo Penal, os autos após ascender a instância superior, são remetidos à Procuradoria da Justiça para a sua devida (ou indevida?, como se verá) manifestação (*art. 610, CPP*).

Nos dizeres do artigo 610, parte final do CPP após essa etapa é que será remetido ao relator, para designação, pela respectiva câmara, de dia para julgamento.

Pois bem, quem desconhece que o Procurador de Justiça, quando de sua manifestação não raras vezes, acrescenta, enxerta, até mesmo insere novas citações de doutrina e jurisprudência às razões/contrarrazões do *Parquet* de 1ª Instância? Há casos que conhecemos, que até mesmo inova as teses expostas em instância primeira, muitas vezes até partindo para a exacerbação. Em princípio, poderiam pensar alguns que tal manifestação do Procurador de Justiça seria até aceitável, afinal é o órgão acusador que está com a palavra.

Entretanto, não nos parece correto, aqui usando um eufemismo, pois na verdade nos afigura como inexoravelmente injusto e ilegal, que não seja possibilitado à defesa qualquer oportunidade para manifestar-se sobre a inovação ou o acréscimo aposto no corpo acusatório, em detrimento do réu.

Que desde já não se argua que poderia perfeitamente o réu, através de seu procurador constituído, se desejasse, proceder a sustentação oral, onde poderia rebater o que passamos, doravante, denominar de **“acréscimos acusatórios”**, apostos pela Procuradoria de Justiça. Mas, não é também desconhecido de ninguém que a maioria dos réus não dispõe de recursos financeiros para contratar um advogado para desenvolver sua defesa, sendo, via de regra designado advogado dativo para tal mister. Não é também desconhecido de ninguém, a carência de Defensores nos Estados da Federação para proceder a defesa, e

muito menos realizar a manifestação ou sustentação oral na instância *ad quem*. Assim, somente os réus e acusados que tenham como parceiro o níquel e a prata, é que terão condições de contratar um profissional para o rebatimento do que fora acrescido em seu desfavor pelo Procurador de Justiça que atua em grau de recurso no feito.

Desejamos consignar que uma única vez, durante nossa atuação junto ao Poder Judiciário, pudemos verificar que um único Procurador de Justiça³ quando de sua manifestação, assim se pronunciou, *in verbis*:

“(...) Inicialmente, peço venia ao nobre Relator para tecer alguns comentários a respeito de nossa visão acerca da intervenção da Procuradoria de Justiça nos recursos de apelação e nos recursos em sentido estrito.

A nosso aviso, a manifestação do Procurador de Justiça em segunda instância, se contrária ao réu, fere os princípios constitucionais do contraditório e da igualdade entre as partes⁴.”

De louvar-se, pois, tal iniciativa.

2. O PARQUET E O SEU MUNUS NO FEITO CRIMINAL

Fato é que o crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições da harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária. Mas incumbe ao Estado – que é um meio e não um fim – a consecução do bem comum, que não conseguiria alcançar se não estivesse investido do *jus puniendi*, do direito de punir o crime, que é o fato mais grave que o empece na consecução daquela finalidade. Consequentemente deve o Estado, além

³ Apelação no. 446.123-2 – TJMG – Comarca de Santa Rita de Caldas MG, Procurador de Justiça Marco Antonio Lopes de Almeida

⁴ No mesmo sentido: artigo “*Atuação do Ministério Público no processamento dos recursos criminais face aos princípios do contraditório e da isonomia*”, de autoria do promotor de justiça do Estado de São Paulo Roberto Schiatti Machado Cruz, Revista dos Tribunais 737/491.

do *jus puniendi*, dispor de outro direito que vai realizar aquele: é o *jus persecuendi* ou *jus persecutionis* (direito de ação), que, por assim dizer, realiza o *jus puniendi*.

Assim, o processo como procedimento, é, pois, o conjunto de atos legalmente ordenados para apuração do fato, da autoria e exata aplicação da lei. O fim é este; a descoberta da verdade, o meio⁵.

O Ministério Público é o órgão estatal da pretensão punitiva. Como a aplicação do direito de punir depende de julgamento prévio, existe esse órgão para deduzir a pretensão punitiva em juízo, através da acusação, e também para orientar e ter proeminência em toda a persecução penal⁶.

No processo penal é parte, como senhor que é da ação: propõe-na, enumera e fornece as provas, luta e porfia para o triunfo final da pretensão punitiva, que será proclamado pelo juiz contra o acusado. Participa, pois, do juízo – *acutum trium personarum* – onde existem autor, réu e o juiz⁷.

Sobre a instituição Ministério Público sempre oportuno recordar o ensinamento de José Frederico Marques⁸: “O Ministério Público, por sua vez, integra a relação processual armado de direitos subjetivos correlacionados com a função que lhe seja dado exercer no desenrolar do procedimento. Quer como autor, quer como fiscal da lei, esse órgão estatal se encontra em face da norma processual, ora na posição ativa de quem exige o cumprimento de imperativos jurídicos em prol dos interesses que encarna, ora na de sujeição passiva a outros imperativos da mesma natureza. Também o Ministério Público, por isso mesmo, é titular de direitos subjetivos processuais, que se configuram segundo a função que lhe é conferida na relação processual” (Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, p. 289).

⁵NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 20ª. Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

⁶MARSICO, Alfredo de. *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, 1915, p.150.

⁷NORONHA, E. Magalhães. *Ob cit.*

⁸MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965

Não desconhecemos as prerrogativas do *Parquet*, todavia, contemporaneamente, considerando que na República Federativa do Brasil vige o Estado Democrático de Direito⁹ (artigo 1º da CF/88), ao nosso aviso, sua manifestação na segunda instância do Poder Judiciário, sem que seja de igual modo possibilitada a Defesa enseja pelo menos uma discussão.

A propósito a Carta Magna de 1988, a Constituição Cidadã incorporou o princípio do devido processo legal, que remonta à Magna *Charta Libertatum* de 1215, de fundamental importância no direito anglo-saxão.

Desde a Revolução de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Não é ocioso recordar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 16) condicionou à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição¹⁰.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI, no. 1º, garante:

“todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Ora, dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório (ou da bilateralidade da audiência). Trata-se de garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5º., LV).

Julio Fabbrini Mirabete¹¹ sobre a *quaestio* assinala que:

⁹ Anote-se que o Estado Democrático de Direito, conformado pela Constituição de 1988, é um Estado de Justiça Social. Com efeito, constituem seus fundamentos a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político. (In: CARVALHO, Kildare Gonçalves DIREITO CONSTITUCIONAL – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 13ª. Edição Revista, atualizada e ampliada conforme a Emenda Constitucional nº 53/06. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 15ª. Edição. São Paulo: Editora Atlas, 1986.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 3ª. Edição. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

“O acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes. (...)

Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições (*audiatur et altera pars*). A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões, etc.”

3. O CONTRADITÓRIO E A MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA 2ª INSTÂNCIA

O contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor¹².

Hoje, na apelação comum, subindo os autos ao juízo *ad quem*, irão eles com vista ao Ministério Público de segunda instância, pelo prazo de dez dias, e em seguida – é claro – aos atos preliminares do recebimento do processo no tribunal, respectivo registro e outros mais¹³.

Vejamos:

Nos recursos em sentido estrito, com exceção do de *habeas corpus*, e nas apelações interpostas das sentenças em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção, os autos irão imediatamente com vista ao procurador geral, pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá

¹² MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 21ª. Edição. Atualizada até a EC 53/06. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

¹³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume IV, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965

designação de dia para o julgamento (*artigo 610 do Código de Processo Penal Brasileiro*).

Se o requerimento não foi indeferido *in limine*, abrir-se-á vista dos autos ao procurador geral, que dará parecer no prazo de dez dias. Em seguida, examinados os autos, sucessivamente, em igual prazo, pelo relator e revisor, julgar-se-á o pedido na sessão que o presidente designar (*parágrafo 5º, do artigo 625 do Código de Processo Penal Brasileiro*).

Assim, é que o imortal e sempre lembrado professor JOSÉ FREDERICO MARQUES ensinava que “(...) Segundo nos parece, o texto mencionado só se afina com os princípios de nosso processo penal se for entendido em termos restritos. O procurador geral deve ter vista dos autos, não para neles oficiar, e sim para tomar conhecimento da causa e acompanhar seus trâmites no juízo ad quem.”

Com efeito, a vista é aberta a Procuradoria Geral de Justiça para que o Procurador verifique a pertinência de se fazer sustentação oral da acusação, colocar-se a par das questões debatidas no recurso e, se requerer intervenção nos debates orais do processo para responder à defesa, encontrar-se apto a propugnar pela condenação do acusado.

4. JURISPRUDÊNCIAS

A Corte Constitucional Brasileira, STF já teve a oportunidade de tratar da *quaestio* que não é singela:

“I – O recorrente foi condenado a 3 meses de detenção, com convolação em multa, por difamação (Lei 5.250/67, art. 21, caput). O Ministério Público, que falou por último lugar, opinou pela condenação. Como o querelado não pode manifestar-se depois, argüiu a nulidade do processo a partir daí, pois violado teria ficado o devido processo legal na modalidade da ampla defesa. II – O art. 45, IV, da Lei de Imprensa abre prazo para que o autor e réu falem seguidamente. No art. 40, parágrafo 2º, II, determina seja ouvido o Ministério Público. Como o *Parquet* se manifestou, ainda que como custos *legis*, contra o

querelado, cabia ao juiz, sob pena de violação 'material' do devido processo legal, ter dado oportunidade ao ora recorrente para que ele rebatesse as argumentações ministeriais. Invocação do disposto no parágrafo 2º. do art. 500 do CPP. III – Recurso provido.”
(STF, RHC 4457, Relator Ministro Adhemar Maciel, 6ª. Turma, julgado em 13.nov.1995, DJU 24.jun.1996, p. 22.810)

5. DOCTRINA NO DIREITO COMPARADO

No direito alienígena em Portugal, o tema foi objeto de questionamento no Tribunal Constitucional.

MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, comentando o artigo 416 do novo Código de Processo Penal de Portugal de 1988, correspondente ao artigo 664 do CPP de 1929, leciona que:

“cumprirá ao MP no tribunal superior apor o seu visto ou emitir o seu parecer, o qual não está vinculado pela motivação ou pela resposta do Ministério Público emite o seu parecer, podendo suscitar quaisquer que se lhe oferecem como cabidas para a decisão e devendo, logicamente, seguir a ordenação estabelecida nas alíneas do nº 2 do art. 417; em casos que se afigurem de extrema simplicidade aporá o visto no processo.”

“A norma do art. 664 do CPP de 1929, reproduzida pelo art. 416 do CPP de 1987, quando interpretada no sentido de conceder ao Ministério Público, para além já de qualquer resposta ou contrapartida da defesa, a faculdade de trazer aos autos uma nova e eventualmente mais aprofundada argumentação contra o recorrido, é lesiva dos princípios consagrados no art. 32, ns. 1 e 5 da CRP.”

JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, outro lusitano, asseverou que:

“Relativamente à tramitação do recurso, o Código mantém a vista inicial ao Ministério Público emitir parecer no tribunal superior foi objecto de recente apreciação pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade. Por acórdão de 6 de maio p.p. (1987), o Tribunal considerou inconstitucional o art. 664 do Código de Processo Penal (de 1929), que continha a mesma redação do atual art. 416). Se bem compreendemos, na decisão deste Alto Tribunal, aliás excelentemente fundamentada, a linha – força da argumentação reside mais na violação do contraditório que do princípio de igualdade de armas. Qualquer que seja o rigor da decisão, ela parece ter ido além da intenção do Tribunal. Não se afigura passível de censura constitucional o Ministério Público ter vista do processo. É uma via processual legítima de transmissão dos autos. A outra (notificação e confiança do processo) é estranha à posição do Ministério Público como órgão de justiça.”

6. CONCLUSÃO

A filosofia do direito pretende pensar com o rigor do pensamento científico. Pretende ser considerada uma “*ciência do direito*”. Para tanto, elude uma tarefa hermenêutica sumamente interessante: interpretar as construções fantásticas do direito penal. Porém ao mesmo tempo também elude uma incumbência ética: a reflexão sobre as conseqüências destas construções para o ser humano que as sofre¹⁴.

Damásio Evangelista de Jesus¹⁵ anota que: “*é inegável, diz o Ministro JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, que o Promotor de Justiça detém parcela da autoridade emanada do Estado, razão pela qual os seus atos serão*

¹⁴ MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁵ JESUS, Damásio E. de. *Código de processo penal anotado*. 10ª. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

passíveis de controle e de correção judiciais quando afetados pelos vícios da ilegalidade ou do abuso de poder”.

O princípio do contraditório – diz Robert Wyness Millar¹⁶: “*é inseparável da administração de uma justiça bem organizada e encontra sua expressão na parêmia romana do audiatur et altera pars, pois o juiz deve ouvir ambas as partes para poder decidir e julgar*”.

Assim, temos como reluzente que “*as partes devem ser postas em condições de se contrariarem*” é o mínimo que o ordenamento jurídico pátrio deve prever sob pena de ferir o princípio do contraditório, e, com a ausência deste não há o devido processo legal.

Finalmente, não raras vezes, como já salientado alhures, o Procurador de Justiça em sua manifestação na segunda instância, trazendo novos arestos jurisprudenciais, entendimentos doutrinários e mesmo novos argumentos, induz a Câmara Criminal ao aumento da pena, bem como ainda a negar provimento a apelação manejada pelo réu.

Com a *permissa venia*, em respeito aos princípios ora debatidos, entendemos que deva ser pensado em uma etapa, uma fase a ser deferida à defesa, propiciando, quiçá, ao menos que se proceda a intimação da parte *ex adversa*, para fazer a contra oposição ao que foi em nosso entender indevidamente acrescido, alongado, ou seja, o que denominamos de “*acréscimos acusatórios*”; e, em caso de tratar-se de réu pobre, portanto sem recursos financeiros, como via de regra, possibilitar em respeito ao princípio do contraditório, da igualdade, etc., que a Defensoria Pública, se manifeste a respeito.

É o mínimo o que se poderia esperar de um Estado Democrático de Direito, onde haja Justiça e vigore princípios basilares da Constituição tal qual o *contraditório* e a *isonomia*.

*Ne Sutor ultra crepidam.*¹⁷

¹⁶ *Los principios formativos del procedimiento civil*, 1945, p. 47.

¹⁷ Não vá o sapateiro além das chinelas*

In: CALDAS, Gilberto. *Novo dicionário de latim forense*. Como traduzir e empregar o latim forense. São Paulo: Leud, 1984.

7. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA J, Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- CALDAS, Gilberto. *Novo dicionário de latim forense*. São Paulo: LEUD, 1984.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional – teoria do estado e da Constituição – direito constitucional positivo*. 13ª. Edição Revista, atualizada e ampliada conforme a Emenda Constitucional nº. 53/06. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.
- CRUZ, Roberto Schietti Machado. *Atuação do Ministério Público no processamento dos recursos criminais face aos princípios do contraditório e da isonomia*. São Paulo: Revista dos Tribunais 737/491.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 15ª. Edição. São Paulo: Editora Atlas, 1986.
- JESUS, Damásio E. de. *Código de processo penal anotado*. 10ª. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume IV, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965.
- MARSICO, Alfredo de. *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, 1915.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*, 1945.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Proceso penal*. 3ª. Edição. São Paulo: Editora Atlas, 1994.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 21ª. Edição. Atualizada até a EC 53/06. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 20ª. Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1990.
- PLATÃO. *Diálogos, Protágoras o de los sofistas*, México, Porrúa, 1996.

ASPECTOS ATUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Patrícia Cunha B. de Carvalho, bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Advogada. Pós-Graduanda do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais – UNISUL – IPAN – REDE LFG. Pós-graduanda do Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Público – UCAM.

RESUMO: Diante da necessidade de um efetivo controle de validade das normas infraconstitucionais perante as normas que detém supremacia, observa-se relevante transformação do controle de constitucionalidade brasileiro nos dias atuais através do surgimento de novos mecanismos, tais como as súmulas vinculantes.

A nova tendência também é revelada através da atribuição de eficácia geral e vinculante às decisões prolatadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, à semelhança do *stare decisis* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Além disso, acrescenta-se a nova compreensão da norma, através de mutação, em matéria de suspensão da execução de uma lei declarada inconstitucional incidentalmente, cuja tendência é limitar a resolução do Senado apenas para fins de atribuição de mera publicidade à decisão da Excelsa Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal; Mutação constitucional; Papel do Senado; Súmulas vinculantes.

ABSTRACT: Due to the need for an effective control of validity of infraconstitutional standards to the standards that holds supremacy, it is observed relevant processing control of current Brazilian constitutionality through the emergence of new instruments, such as binding overviews.

The new trend is also revealed through the allocation of general effectiveness general and bound by the decisions declared by the Federal Chamber of the Supreme Court like the stare decisis of the Supreme Court of the United States of America.

Also, add to the new understanding of the constitutional text, through the Constitutional change, in terms of suspension of a law incidentally declared unconstitutional, whose assignment was given to the Senate by the Constitution of 1934 and which is now limited to give mere publicity to the decision of the Supreme Court.

KEYWORDS: Control constitutionality; Supreme Federal Court; Constitutional mutation; Role of the Senate; Súmulas vinculantes (bound summary).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve histórico; 3. Tendência do Supremo Tribunal Federal; 4. O papel do Senado Federal e a mutação constitucional; 5. A criação de súmulas vinculantes e outros instrumentos de controle; 6. A pirâmide do controle de constitucionalidade e o grau de estabilidade das decisões; 7. Conclusão; 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Desde o momento em que o Estado avocou o monopólio da jurisdição, desalijando do particular a possibilidade de tutelar os seus interesses, houve, em contrapartida, a preocupação ingente a respeito da criação de mecanismos que incentivassem o acesso à justiça.

A crescente participação da sociedade nas relações econômicas, que gerou cada vez mais o aumento das demandas, também ensejou a necessidade de ampliação da capacidade estatal de tutelar o bem da vida de modo efetivo.

Com as mais recentes inovações tecnológicas, aliadas a uma gradual mudança de mentalidade do legislador e dos juízes brasileiros, estão sendo criados mecanismos para resolver a presente situação relativa à multiplicidade de demandas, resultante do fenômeno da massificação dos conflitos.

Diante deste panorama é que se verifica a tendência do Supremo Tribunal Federal em se atribuir efeitos *erga omnes*, mesmo que diante de decisão proferida em sede de controle difuso e concreto de constitucionalidade, que, em princípio, seria *inter partes*.

Como consequência disso, observa-se a ocorrência de verdadeira mutação constitucional quanto ao papel do Senado, cuja atribuição, nos moldes da Constituição de 1934, era e continuou sendo por muito tempo, a de conferir efeitos *erga omnes* a uma decisão proferida em controle difuso.

Ademais, a criação de súmulas vinculantes e outros instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade refletem verdadeira tentativa de contenção do fenômeno da massificação dos conflitos.

2. BREVE HISTÓRICO

No direito norte americano, em face da regra do *stare decisis*, os tribunais devem seguir os seus próprios precedentes e os das cortes superiores, especialmente aqueles emanados da Suprema Corte.

Sendo assim, declarada a inconstitucionalidade de uma lei, *incidenter tantum*, pela Suprema Corte americana, ainda que formalmente a lei inconstitucional permaneça em vigor, integrando o corpo legislativo do país, praticamente ela se transforma em uma normativa morta, despida de eficácia jurídica.

Já no Brasil, a tese da obrigatoriedade da decisão definitiva de inconstitucionalidade proferida pelo STF, em se tratando de controle difuso e incidental, originariamente, não teve o mesmo tratamento.

Os efeitos de tais decisões deveriam ser sempre *inter partes*, aplicando-se apenas ao caso concreto. Por tal razão, constata-se a possibilidade de existência de decisões diversas em processos distintos, que declaram a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos para uns e a constitucionalidade para outros, dependendo do convencimento motivado do juiz.

Para contornar esta lacuna, o legislador Constituinte de 1934 atribuiu ao Senado a competência para, em suspendendo a execução do ato normativo viciado, conferir efeito *erga omnes* à decisão definitiva da Excelsa Corte.

Procurou-se ampliar os efeitos da declaração a respeito da constitucionalidade da lei ou ato normativo, a fim de que a decisão não se restringisse ao caso particular, mas, ao contrário, que fosse aplicada a mesma interpretação em todos os casos semelhantes.

Tratou-se de elaborar um mecanismo que prevenisse a reprodução de tantas demandas quantos fossem os interessados maculados pelo ato inconstitucional.

Com isso, foi introduzido o efeito *erga omnes* no controle de constitucionalidade brasileiro, através da resolução do Senado e mediante a apreciação de um caso concreto, via controle difuso.

Somente depois, em 1946, é que foi instituída a Ação Direta de Inconstitucionalidade com possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes* à própria decisão do STF, proferida através da análise da lei ou ato normativo em tese, via controle concentrado, e com legitimidade restrita ao Procurador Geral da República.

Este fato revela grande evolução do sistema, já que impediria a coexistência de decisões contraditórias acerca da matéria posta em juízo, ao tempo em que aprimorava o sistema de freios e contrapesos.

O dispositivo foi mantido nas demais Constituições, com exceção da de 1937, e encontra-se hoje previsto no art. 52, inciso X, da Constituição de 1988.

Esta solução parece ter sido criativa e adequada, já que as circunstâncias demonstravam um temor a um “governo dos juízes” e em que se procurava manter sob controle as questões incidentais ao tempo em que se almejava a eficácia *erga omnes*.

Porém, necessário se faz perquirir sobre a permanência de tal modelo na Constituição de 1988, já que, nos dias atuais, não existe apenas e tão-somente o controle incidental e difuso, mas também o controle em tese, abstrato e principal, outrora inexistente, com poder de atribuir por si próprio eficácia *erga omnes* à decisão do STF .

3. TENDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante do quadro atual, portanto, denota-se uma grande transformação no cenário do controle de constitucionalidade brasileiro.

O momento revela a tendência do Supremo Tribunal Federal em se transformar numa verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, cujas decisões são capazes de gerar, ainda que em sede de controle difuso, concreto, efeitos *erga omnes*, desde que proferidas pelo Pleno.

Com isso, denota-se a progressiva retirada da competência do Senado quanto à suspensão do ato normativo inquinado de vício, implicitamente, através de mutação constitucional.

A norma com vício de constitucionalidade já não deverá ser aplicada a qualquer caso semelhante a partir da decisão do próprio STF e não mais em decorrência da resolução do Senado.

Paulatinamente, substitui-se o modelo atual por aquele praticado em outros países, em que se confere à decisão do órgão fiscalizador da constitucionalidade eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Com efeito, num sistema em que se adota um controle concentrado-principal de que derivam decisões de inconstitucionalidade que operam efeitos *erga omnes* e vinculantes, a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal prolatadas em sede de controle incidental se revela despicienda.

Questiona-se: se o STF pode, em sede de controle concentrado-principal, suspender liminarmente e em caráter geral a eficácia de uma lei e até mesmo de uma Emenda Constitucional, qual a *ratio* da limitação da declaração de inconstitucionalidade pronunciada pela Corte no controle incidental às partes do processo, condicionando a sua eficácia geral ao Senado?

À luz do Direito Constitucional Positivo brasileiro e examinando a jurisdição constitucional no controle difuso incidental, portanto, verifica-se que não persistem os motivos que ensejaram a atribuição ao Senado de tal prerrogativa.

É por isso que o tema, no dias atuais, ganha relevância e a tendência é que o STF seja transformado em Corte com competência para decidir e atribuir eficácia geral e vinculante, ainda que nos casos concretos, à semelhança do *stare decisis* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

4. O PAPEL DO SENADO FEDERAL E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Denota-se que existe no próprio STF pensamento no sentido de que seja atribuída eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle incidental e difuso, sem qualquer interferência do Senado.

A resolução do Senado passaria a servir apenas para conferir publicidade à decisão da Corte.

O referido movimento tem como nome de destaque o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que sugere a ocorrência de uma mutação constitucional em relação ao inciso X do art. 52 da Magna Carta, com a conseqüente nova compreensão do seu texto para fins de limitação do ato político do Senado à concessão de mera publicidade da decisão de inconstitucionalidade.

Defende ele que a decisão proferida pelo STF, em sede de controle de constitucionalidade difuso e incidental, reveste-se de eficácia geral e vinculante desde a publicação de sua ata e desde que proferida em sessão Plenária.

Na Reclamação Constitucional nº 4.335-5/AC, o Ministro Gilmar Mendes, como relator, votou no sentido de dar provimento e reconhecer a eficácia *erga omnes* da decisão prolatada pelo STF em sede de controle concreto.

Comungando do pensamento esposado pelo Ministro Gilmar Mendes e a partir do exame da jurisprudência e da legislação, denota-se que estão sendo consolidadas fórmulas que retiram, implicitamente, do Senado Federal a atribuição de suspender a execução de uma lei declarada inconstitucional incidentalmente, ao tempo em que conferem significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais às decisões proferidas pelo STF em casos concretos.

O que se verifica hodiernamente é que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do inciso X do art. 52 da Magna Carta.

O contexto normativo da suspensão retro pelo Senado é diferente daquele existente no momento de sua origem.

A natureza idêntica do controle de constitucionalidade difuso e concentrado, quanto às finalidades e procedimentos adotados, não mais legitima a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas, seja no controle direto ou incidental.

Está havendo uma nova compreensão do texto constitucional, uma autêntica mutação, ou seja, uma reforma da Constituição sem que haja uma efetiva modificação em seu texto.

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso, sem sombra de dúvidas, contribuiu muito para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do sistema.

Agora, as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a ser a regra quando prolatadas pelo Plenário do STF.

Sendo assim, o dispositivo que fundamenta a suspensão da execução de uma lei pelo Senado Federal, que em dias de outrora foi tão útil para atribuir a eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em caso concreto, está sendo objeto de mutação constitucional a fim de que se lhe aplique apenas o efeito de publicidade.

Simple assim. Se o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental de constitucionalidade, chegar à conclusão, em decisão definitiva, de que a lei é inconstitucional, poderá conferir efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal apenas para fins de publicidade.

Porém, não é mais a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. É a própria decisão da Corte que contém essa força normativa.

Isto talvez se apresente como o mais eficaz instrumento tendente a resolver o fenômeno da multiplicação de demandas, propiciando o acesso à Justiça.

5. A CRIAÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES E OUTROS INSTRUMENTOS DE CONTROLE

O sistema de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, portanto, vem sofrendo, na atualidade, mudanças bastante significativas.

A recente criação da súmula vinculante, com a Emenda Constitucional 45, constitui exemplo de um dos instrumentos criados

para conferir efetividade ao controle das leis e atos normativos inconstitucionais.

Outra mudança relevante consiste na tendência do STF de transformar o recurso extraordinário, que em regra é instrumento de controle difuso de constitucionalidade, como meio de efetivação de controle abstrato de constitucionalidade, fenômeno denominado pela doutrina de “objetivação” do recurso extraordinário.

O procedimento do recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais demonstra tal transformação, pois a decisão do STF neste recurso é vinculante para as Turmas Recursais.

Verifica-se, portanto, que é uma forma de controle em abstrato, exercida a partir de um caso concreto, em controle difuso e incidental.

A dispensa do prequestionamento em recurso extraordinário, excepcionalmente, também é mais um exemplo.

A Ministra Ellen Gracie Northfleet dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário sob o fundamento de que fosse conferida efetividade a posicionamento do STF sobre uma questão constitucional, adotado em julgamento de outro recurso extraordinário (AI n. 375.011, constante do Informativo n. 365 do STF).

A Ministra manifestou-se expressamente sobre a transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, e com base neste fundamento, dispensou o prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em matéria de controle de constitucionalidade.

Verifica-se que, devido à relevância da questão da constitucionalidade, despreza-se o meio em que ela está sendo discutida, levando-a à apreciação pelo Plenário do STF, que exercitará a defesa da supremacia de nossa Magna Carta.

E mais. À semelhança do que já acontece com o julgamento das referidas ações de controle concentrado, no julgamento do RE n. 298.694, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004, foi decidido sobre a possibilidade de julgamento de recurso extraordinário também com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo Tribunal recorrido.

Também no julgamento do RE 197.917/SP (publicado no DJU de 27.02.2004), o STF interpretou a cláusula de proporcionalidade

prevista no inciso V do art. 29 da Constituição Federal, que cuida da fixação do número de vereadores em cada município, através de um Recurso Extraordinário, ou seja, via controle difuso e incidental.

Diante deste julgamento, o TSE editou uma resolução adotando o posicionamento do STF, conferindo ao julgamento eficácia *erga omnes*. E esta resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade que foram rejeitadas.

O STF também admitiu no RE n. 416827/SC e RE n. 415454/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, publicado no Informativo n. 402 do STF, 19-23 de setembro de 2005, a possibilidade de sustentação oral de *amici curiae* em julgamento de recurso extraordinário, sendo que tal possibilidade é própria dos processos objetivos, até então somente exercido através das ações do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

E ainda que não se trate de um recurso extraordinário, verifica-se o fenômeno da objetivação do processo constitucional como um todo, em especial quando tiver por escopo o exame da constitucionalidade através do controle difuso e incidental.

No julgamento do HC n. 82.959, o Min Gilmar Mendes aplicou o art. 27 da Lei n. 9868/99, atribuindo eficácia não retroativa, ou seja, *ex nunc*, à decisão.

Ou seja, aplicou em sede de controle difuso de constitucionalidade um instrumento típico, em princípio, do controle concentrado, que é a possibilidade de o STF definir acerca da produção de efeitos de seu julgado, determinando se a decisão operará efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*, a denominada modulação dos efeitos em sede de controle de constitucionalidade.

A dispensa do reexame necessário, quando se está diante de uma sentença baseada em posicionamento emanado pelo Pleno do STF, mesmo que não sumulado e que não seja oriundo de um processo objetivo, também confere suma importância aos precedentes do STF.

Conclui-se também que, se estão sendo conferidos efeitos *erga omnes* e vinculantes em sede de controle difuso de constitucionalidade, em decisões tomadas pelo Pleno do STF, é coerente que se admita a reclamação constitucional, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante.

E o §3º do art. 103-A também permite o ajuizamento da reclamação constitucional para cassar a decisão judicial que contrariar súmula vinculante editada a partir de decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

Além do mais, o Min. Carlos Velloso entende que o controle difuso de constitucionalidade de lei pode ser exercido através dos variados remédios constitucionais, no juízo de primeiro grau, e incidentalmente, quando necessário para a decisão da hipótese concreta.

Mas isto somente quando a declaração de inconstitucionalidade for pleiteada como causa de pedir e não como pedido, por exemplo, de uma ação civil pública.

Não pode também o Mandado de Segurança ser utilizado como instrumento de controle concentrado, abrangendo casos gerais, impessoais e abstratos, conforme a Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal.

Com relação aos outros remédios constitucionais, como o mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data* e ação popular, todos eles também podem ser utilizados em sede de controle difuso de constitucionalidade.

6. A PIRÂMIDE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O GRAU DE ESTABILIDADE DAS DECISÕES

As decisões do STF, em matéria de controle de constitucionalidade e interpretação da Constituição, podem ser escalonadas de acordo com a sua força vinculante e extensão subjetiva dos seus efeitos em quatro espécies.

Existem as decisões proferidas por uma Turma, em controle difuso, que somente têm eficácia *inter partes* e se constitui em precedente jurisprudencial de menor importância, inclusive porque a outra Turma pode adotar posicionamento diverso, fato que ensejará a interposição de Embargos de Divergência.

Tais decisões possuem menor estabilidade, uma vez que uma Turma pode proferir julgamento diverso da outra e, sendo assim, podem ser interpostos Embargos de Divergência para dirimir a querela, cuja solução ensejará o descarte de uma das decisões pelo Plenário do STF.

De qualquer forma, são precedentes jurisprudenciais do STF que devem ser observados pelos demais Tribunais e Juízes de 1º grau, tanto assim que cabe a Reclamação Constitucional.

Seguindo a linha ascendente da pirâmide da estabilidade, depois das decisões emanadas das Turmas do STF, estão as decisões proferidas pelo Pleno, em controle difuso e ainda não consagradas pelo enunciado de uma súmula vinculante.

Tais decisões podem produzir efeitos *erga omnes*, sendo precedente jurisprudencial que acarreta grande natureza vinculativa.

Porém, ainda assim, não detêm estabilidade absoluta, pois podem ser revistas pelo próprio Plenário do STF, desde que surjam novos fundamentos, tendo em vista a evolução do pensamento a respeito do assunto.

As decisões consagradas em Súmula Vinculante revelam estágio bem mais avançado de estabilidade do posicionamento do STF, embora ainda possam também ser revistas de acordo com os pressupostos previstos no §2º do art. 103-A da Constituição Federal.

As decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, em ADI, ADC e ADPF, ficam imunes pela coisa julgada material, não podendo ser revistas sequer através de Ação Rescisória.

Trata-se do nível mais elevado de estabilidade com relação a um posicionamento do STF em tema de interpretação da Constituição Federal.

Dáí porque a sua força vinculante e extensão subjetiva dos efeitos também estão em grau máximo.

Tanto a evolução do papel do Senado, como a criação de novos instrumentos de controle e de atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes*, acarretam um novo perfil ao estudo do controle de constitucionalidade brasileiro, sendo relevante para os que militam na área jurídica, já que devem observar os preceitos da Corte Suprema.

A modulação temporal dos efeitos, a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o cabimento de Reclamação Constitucional, dentre outros, são institutos que agora podem ser aplicados tanto em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, como também em sede de controle difuso e incidental.

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso, sem sombra de dúvidas, contribuiu muito para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do sistema.

Agora, as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a ser a regra quando prolatadas pelo Plenário do STF.

É por isso que o tema, nos dias atuais, assume extrema relevância e a tendência é que o STF seja transformado em verdadeira Corte com competência para decidir com eficácia geral e vinculante, ainda que diante de casos concretos, à semelhança do *stare decisis* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

7. CONCLUSÃO

Enfim, variadas são as transformações em matéria de controle de constitucionalidade, principalmente com relação aos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

A nossa corte constitucional detém o dever de guarda da nossa Constituição Federal, dotada de força normativa e supremacia.

É imprescindível que o controle de constitucionalidade seja um instrumento eficaz no combate ao vício de inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais, preservando-se com isso o equilíbrio do ordenamento jurídico brasileiro.

Não se justifica mais o apego à forma, aos ideais de outrora.

O Poder Judiciário está migrando para um modelo de eficiência e celeridade processuais, e não pode mais se resumir tão-somente à legalidade.

Os juízes hoje devem pautar as suas decisões em fundamento constitucional, tendo em vista sempre a dignidade da pessoa humana e os princípios explícitos e implícitos que dela derivam.

Há um verdadeiro processo de filtragem constitucional, obtido através da supremacia e da força normativa da Constituição.

Ademais, deve sempre ser averiguada a dupla compatibilidade vertical, ou seja, a lei deve ser compatível não só com a Constituição Federal, mas também com o direito internacional.

A era é a da globalização e da democracia material.

Não basta a democracia formal, da maioria. Não basta a maioria aprovar a lei para que seja válida.

Antigamente, bastava a aprovação da maioria para que a lei fosse válida e esta situação perdurava até que outra lei a revogasse.

Hoje, uma lei vigente só é válida se compatível com os ditames da Constituição Federal e do direito internacional.

Daí a importância de serem preservados os princípios previstos na Constituição Federal e que seja realizado um efetivo controle de validade das normas infraconstitucionais, a fim de serem preservadas as normas que detêm supremacia.

Diante de tal necessidade, caminha bem o Brasil em direção a um controle mais efetivo, mais dinâmico e eficaz.

A tendência é a aproximação do modelo norte-americano, em que se tem a presença do *stare decisis*.

O STF, como guardião da Constituição Federal, tem um papel de suma relevância nesta tarefa evolutiva.

Através da mutação constitucional e outros mecanismos, o controle de constitucionalidade hoje no Brasil tem uma nova feição, muito diferente, a título de exemplo, daquela existente durante a vigência da Constituição de 1934.

A tendência é avançar ainda mais. E isto é só uma questão de tempo.

Então, aguardem-se os próximos capítulos da evolução do controle de constitucionalidade brasileiro.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, 3. ed. Salvador: JusPODIUM, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 13. ed. Malheiros.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 24. ed. Malheiros, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, 10. ed. São Paulo: Editora Método, março/2006.
- PAULO, Vicente, 1969. *Controle de constitucionalidade / Vicente Paulo & Marcelo Alexandrino*, 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito constitucional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005 – (Série manuais para concursos e graduação; v. 5/ coordenação geral Luiz Flávio Gomes)
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da constitucionalidade das leis penais*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da constitucionalidade das leis*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

O DANO MORAL E A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Daniela Patrícia dos Santos Andrade,
Bacharela em Direito pela Universidade
Tiradentes, Técnica Judiciária do Tribunal
de Justiça de Sergipe, exercendo a função
de Assessora de Juiz.

RESUMO: O presente texto tem a intenção de estimular a análise acerca da existência de direitos e interesses que extrapolam o âmbito da titularidade individualmente considerada, verificando a necessidade de que esses direitos e interesses sejam identificados e protegidos, não apenas sob o aspecto do direito posto, mas também pelos instrumentos de atuação estatal, efetivando o comando constitucional da tutela jurisdicional coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Dano moral; Direitos coletivos; Direito Processual; Direito Constitucional; Interesses difusos; Interesses coletivos; Interesses individuais homogêneos.

ABSTRACT: This text is intended to stimulate analysis about the existence of rights and interests that extrapolates the scope of ownership considered individually, noting the need for those rights and interests are identified and protected, not only on the aspect of the right post, but also by the instruments of State action, the command effective court protection of the constitutional conference.

KEYWORDS: Damage morality; Collective right; Procedural Law; Constitutional Law; Diffuse interest; Collective interests; Individual interest homogeneous.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O dano moral; 2. O dano moral coletivo; 3. A tutela jurisdicional coletiva; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Diante de uma ação que lhe cause prejuízo, o homem sente a necessidade de reagir de maneira a ver compensado o seu dano. Na verdade, o anseio de reagir a qualquer mal injusto cometido contra a pessoa é inerente à natureza humana.

É a Constituição Federal quem estabelece a possibilidade de reparação ao dano material e moral injustamente causado:

Art.5 – (...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Apesar de consagrado pela doutrina e jurisprudência modernas, o dano moral passou por um longo e conturbado caminho para a sua efetivação no mundo jurídico. Da mesma maneira, muitas foram as dificuldades enfrentadas para a caracterização da pessoa jurídica como sujeito passível de sofrer dano moral.

Como a sociedade, o Direito nunca pára, vive em constante transformação e evolução. Desta feita, pacificada, hoje, a questão do dano moral à pessoa física e jurídica, surge outra, mais abrangente, que envolve toda a coletividade, que é o chamado dano moral coletivo.

1. O DANO MORAL

Analisando a maneira de agir da sociedade antiga, percebe-se que as pessoas reagiam de maneira violenta diante da ocorrência de uma ação que lhes causasse prejuízos. A Lei de Talião – “olho por olho, dente por dente” – demonstrava uma forma utilizada na antiguidade para reparação dos danos.

Dentre as normas que versavam sobre a reparação de danos causados, apresenta-se com extrema importância a Lex Aquilia, a ponto de Silvio de Salvo Venosa (2003, p.18) considerá-la como o “[...] divisor de águas da responsabilidade civil [...]”. A Lex Aquilia foi um plebiscito aprovado na Roma Antiga, em meados do século III a.C., que possibilitou a exigência de uma penalidade em dinheiro a ser paga ao titular de bens que viesse a tê-los destruídos e/ou deteriorados, e para estipular esse valor pecuniário observava-se a intensidade da culpa. A época de Justiniano, esse diploma atingiu uma maior dimensão, aplicando-se genericamente. Funda-se na Lex Aquilia a origem da responsabilidade extracontratual.

Com o desenvolvimento da humanidade, a idéia da reparação de dano também se desenvolveu. Foi no século XVII, na Escola de Direito Natural, que houve uma ampliação do conceito da Lei Aquilia. Percebeu-se, então, que o fundamento da responsabilidade civil situava-se na quebra, em virtude do dano, de uma situação preexistente. Por tal motivo, não se poderia basear-se na intensidade da culpa para qualificação da reparação, mas sim na intensidade do dano sofrido. Na verdade, somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar efetivamente o dano.

Contudo existem danos que ultrapassam a esfera patrimonial ou, simplesmente, não a alcançam. Existem condutas que ocasionam danos que acarretam prejuízos diversos, não patrimoniais.

“Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável [...]” (VENOSA,2003,p. 33)

Durante muito tempo foi defendida a exclusividade da pessoa física como vítima de um dano moral. Entendia-se que para tal ocorrência fazia-se mister a pessoalidade, pois a lesão afetaria, necessariamente, a integridade psíquica do ser humano, atingindo a razão da esfera subjetiva ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando aspectos íntimos da personalidade humana ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou a ampliação do pólo ativo nas ações de indenização por danos morais, afirmando não possuir a pessoa física o monopólio do direito de reparação desse tipo de

lesão. O Ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Recurso Especial nº 60.033-2MG, estabeleceu que:

(...) a pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode parecer, porém, ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo cível ou comercial onde atua (...)

Consagrou-se, assim, a ampliação da tutela dos valores morais, agora não mais restritos aos indivíduos (pessoas físicas), pois outros entes possuem valores morais próprios que merecem proteção e, em sendo lesados, devem ser reparados.

2. O DANO MORAL COLETIVO

Conforme anteriormente mencionado, os direitos coletivos já eram conhecidos e tutelados pelos romanos, havendo ações específicas para a sua proteção. Não obstante tal fato, esses direitos passaram muito tempo esquecidos, ressurgindo somente em meados do século passado com os chamados direitos metaindividuais.

Foi na Itália, no começo dos anos 70, em que floresceu o estudo sobre os interesses coletivo e difuso. Em 1974, acontece o Congresso de Paiva onde foram discutidos aspectos fundamentais acerca do assunto, destacando-se, por exemplo, as características inerentes aos interesses coletivos que diferenciavam dos individuais. Essa concepção difundiu-se sobremaneira a ponto de, em pouco tempo, surgir uma nova categoria política e jurídica, diversa das anteriormente conhecidas.

A nova categoria, chamada de interesses sociais, é considerada comum a um conjunto de pessoas, ocasionando interesses de massa em virtude da existência de ofensas de massa.

Com o reconhecimento desses interesses, surge a necessidade de tutelá-los, inclusive quando das atuações estatais, pois o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitada pela soberania social atribuída aos grupos naturais

e históricos que compõem a nação, o que ocasionou a reformulação da configuração política do Estado. Os interesses sociais passam a incorporar a gestão estatal.

Em consequência disso, à teoria das liberdades públicas é incorporada uma nova “geração” de direitos fundamentais. Os direitos de primeira geração, próprios do Estado liberal, são representados pelas liberdades negativas do Estado, com correspondente dever de abstenção; os direitos de segunda geração apresentam caráter econômico-social e correspondem as liberdades positivas com o dever do Estado de “dar, fazer e prestar”; já os direitos de terceira geração representariam os direitos de solidariedade que decorrem dos interesses sociais.

Foi o Código de Defesa do Consumidor que, além de conceituar e delinear suas características, ampliou no direito brasileiro os horizontes dos direitos difusos e coletivos, sem restringir a sua abrangência, bem como incluindo os direitos individuais homogêneos na esfera de proteção coletiva.

Importante ressaltar que os interesses individuais homogêneos são, como o próprio nome diz, individuais, sendo o seu objeto divisível, não sendo tecnicamente interesses metaindividuais. O legislador incluiu esses direitos no art. 81 parágrafo único do CDC por elegê-los como interesse que também pode ser defendido em juízo por meio de ação coletiva.

Para que um interesse seja considerado difuso é necessário que haja indeterminação dos sujeitos titulares, indivisibilidade do objeto em questão e inexistência de vínculo jurídico entre as partes. Em sendo indetermináveis as pessoas lesadas na ocorrência de um dano a direitos difusos, impossível a quantificação desse dano individualmente.

Verifica-se a ocorrência do dano na ordem coletiva quando há a indivisibilidade do objeto, a existência de sujeitos determináveis e vínculo jurídico ligando os integrantes do grupo entre si ou com a parte contrária. Os direitos coletivos são aqueles que dizem respeito ao homem socialmente vinculado, membro de grupos autônomos e juridicamente definidos.

O prof. Ricardo Carneiro entende que “os interesses individuais homogêneos nada mais são do que um feixe de interesses individuais,

de origem comum, cujos titulares são perfeitamente identificáveis sem maior esforço” (CARNEIRO, 2002). Portanto, são aqueles que dizem respeito a um número determinado de pessoas, titulares de objetos divisíveis e que estão ligados entre si por um vínculo fático decorrente da origem como das lesões.

É inquestionável o dano coletivo ocasionado por uma empresa que faz propaganda enganosa de seus produtos. Do mesmo modo, quando determinado banco desconta injustificadamente de todos os correntistas R\$ 0,50 (cinquenta centavos) por mês durante três anos, ou ainda, quando há um derramamento de óleo em um rio.

A lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade, a violação da honra da comunidade negra ou indígena, a utilização de trabalho escravo por determinado fazendeiro, o desrespeito às regras de saúde e segurança no ambiente de trabalho são alguns dos inúmeros exemplos de danos morais coletivos.

Os danos morais coletivos ocorrem nos diversos ramos do direito, sendo bastante perceptíveis em todas as áreas.

3. A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Não obstante os direitos coletivos ocasionarem, atualmente, inúmeras análises, discussões e estudos, eles não podem ser consideradas “novidades” jurídicas. Conforme nos ensina Nelson Nery Júnior “o fenômeno da existência dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) não é novo, pois já era conhecido dos romanos.” (NERY JÚNIOR, 2001, P.557)

As chamadas *actiones populares* destinavam-se à proteção dos interesses da sociedade, sendo que qualquer do povo poderia ajuizá-la, agindo como membro, como defensor do interesse público. Eram considerados direitos havidos como difusos o direito ao meio ambiente, o culto à divindade, o direito à liberdade etc. Existiam vários tipos de *actiones populares*, como por exemplo a ação de *albo corrupto*, que tinha o objetivo de punir civilmente aquele que alterasse o escrito do pretor; a ação de *sepulchro violato*, cujo intento era proteger o direito comum de não ter violada a sepultura, dentre outras.

Mesmo sendo bastante conhecida e utilizada pelos romanos, a defesa dos direitos metaindividuais somente passou a despertar o interesse

dos juristas modernos na segunda metade do século XX. Com o interesse, aparece a necessidade da análise da situação dos direitos coletivos no mundo jurídico daquele momento. Foi, então, que se constatou a inexistência de tratamento jurídico que previsse a garantia desses direitos e a sua efetiva proteção.

O Código de Processo Civil, aprovado em 1973 e em vigor desde 1974, apresenta-se como um diploma exclusivamente individualista, posto que versa, eminentemente, sobre as soluções para as lides individualmente consideradas.

Isso pode ser constatado ao analisar, por exemplo, os artigos que dispõem sobre a legitimidade *ad causam* e a capacidade para agir em Juízo, quando afirma que ninguém poderá pleitear, em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado em lei (art.6º) e elegendo quem representará determinadas pessoas ou entes quando em juízo (artigos 7º, 8º e 9º). Observa-se que situações descritas não incluem pleitos de interesses coletivos.

Há, contudo, situações que decorrem das relações jurídicas de massa, transindividuais, que não se encontram previstas no Código de Processo Civil, mas que reclamam acesso jurisdicional para as suas soluções. Por esse motivo, sobrevieram normas legais destinadas a proporcionar soluções para as lides coletivas, ficando o Código de Processo Civil como norma de aplicação subsidiária para essas questões, no que for compatível.

A primeira vez que o direito brasileiro dispôs sobre essa questão foi no âmbito do processo do trabalho com a ação de dissídio coletivo, ressaltando-se a “limitação” desses dispositivos em relação à imensa amplitude dos direitos metaindividuais. A CLT tutela apenas os direitos coletivos que se enquadram nas hipóteses de dissídio coletivo (art.856 e ss) e de ação de cumprimento (art.872). Outras situações não previstas nos dispositivos fiaram a margem da proteção jurisdicional.

Em 1977, com a reforma da lei de Ação Popular, passou-se a considerar como “patrimônio público” os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico. Diversas ações populares em defesa aos interesses coletivos foram ajuizadas, porém esses tipos de ações não tinham condições de compor o amplo espectro da tutela dos interesses coletivos. Além disso, somente era passível de punição a

ilegalidade proveniente do Poder Público, comissiva ou omissivamente, deixando à margem os entes privados que, frequentemente, eram os causadores de ameaças ou violações dos direitos coletivos.

Em 1981, a Lei Ambiental nº 6.938 estabeleceu a legitimação do Ministério Público para propor ações visando a responsabilização penal e civil pelos danos causados ao meio ambiente.

Em 24 de julho de 1985 entra em vigor a Lei de Ação Civil Pública, primeira a regulamentar de forma sistemática a defesa dos direitos coletivos. Além de apresentar os direitos coletivos devidamente protegidos, inicialmente indicando como tutelados apenas o meio ambiente e o consumidor, dispõe sobre os meios processuais que devem ser seguidos para a efetivação da tutela desses direitos.

Em 05 de outubro de 1988, foi aprovada a Constituição da República Federativa do Brasil, inserindo oficialmente no sistema jurídico do país a defesa aos interesses sociais e aos direitos coletivos como garantias fundamentais, bem como elegendo o Ministério Público como “tutor” de tais direitos, permitindo que esta defesa possa ser promovida, também, por terceiros, desde que autorizados por lei. A Carta Magna não se reportou a qualquer ramo do direito ou a situações jurídicas específicas ao referir-se à proteção dos direitos coletivos, ampliando a proteção anteriormente restrita ao meio ambiente e ao consumidor.

A Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do adolescente, elenca, dentre outros dispositivos, normas processuais de ordem coletiva, podendo, e devendo, ter aplicação subsidiária em qualquer ação de natureza metaindividual.

Em 11 de setembro de 1990, surge o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, que dá continuidade, de maneira eficiente, ao pensamento do legislador constituinte. Este diploma legal estabelece, em seu art.81, a defesa do consumidor em juízo, incluindo a coletividade também como consumidora. Especificamente quanto a isso, não trouxe o CDC nenhuma novidade posto que a Ação Civil Pública já previa a possibilidade da defesa em juízo dos interesses coletivos em relação aos consumidores.

Ao prever e garantir tutela aos direitos coletivos decorrentes da relação consumeirista, o Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre as regras processuais a serem seguidas para efetivação dessa

defesa. Diversos artigos, como por exemplo, os artigos 6º, inciso VIII, 82, 85, 93, 94, 95, 98, dentre outros, estabelecem o modo de proceder processualmente nas ações que buscam a solução dos conflitos coletivos, instrumentalizando o acesso à Justiça e a efetiva atuação jurisdicional do Estado.

Evidente e admirável a revolução jurídica trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, transformando completamente as situações decorrentes das relações de consumo, adaptou todo o sistema jurídico às novas tendências, dispendo em seu art.117 quanto a alteração da Lei de Ação Civil Pública, de maneira que esta deixou de referir-se apenas ao Direito Ambiental e Consumidor, passando a tutelar e instrumentalizar a defesa dos interesses coletivos de maneira ampla.

Pode-se afirmar, por certo, que os processos coletivos estão transformando todo o direito processual, agora vinculado à realidade social e política subjacente e às controvérsias que constituem seu objetivo, conduzindo-o pela via da eficácia e da efetividade. Por intermédio dos processos coletivos, a sociedade poderá afirmar e exigir, de maneira articulada e eficaz, o respeito e a proteção aos seus direitos de cidadania.

4. CONCLUSÃO

Verifica-se, então, que o patrimônio moral não está adstrito a valores individuais da pessoa física e jurídica. A coletividade, ente despersonalizado que é, possui valores morais e um patrimônio ideal que merece proteção e reparação quando lesado.

Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade, maior ou menor, seja indeterminada, determinável ou determinada, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico.

Conscientes de tal circunstância, os legisladores cumpriram o seu papel, adequando o ordenamento jurídico vigente à sociedade moderna, providenciando as regras legais de tutela e meios jurisdicionais necessários para a efetiva viabilização dessa proteção.

Cabe, agora, ao Ministério Público e aos demais legitimados proporem as ações pertinentes, e ao Poder Judiciário processar e julgar as lides de massa, observadas as regras de competência de acordo

com respectivas matérias, viabilizando a reparação aos danos que atingem os interesses coletivos, e efetivando as garantias e direitos constitucionalmente previstos.

5. BIBLIOGRAFIA

- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CARNEIRO, Ricardo José das Mêrces. *Transação em sede de ação civil pública no processo do trabalho*. Aracaju, SE, 2003. Dissertação (pós-graduação em Direito Constitucional Processual). Universidade Federal de Sergipe, UFS.
- DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A reparação dos danos morais*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrine et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MORAIS, Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*. 6ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- RAMOS, André de Carvalho. *A ação civil pública e o dano moral coletivo*. [online] Disponível na Internet via www.google.com.br Capturado em 07 de março de 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional*. 9ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- PEDROTTI, Irineu Antônio. *Compêndio de responsabilidade*. São Paulo: Universidade de Direito, 1992.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – responsabilidade civil*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS AMBIENTAIS DECORRENTES DE ATIVIDADES LICENCIADAS

Luciana Duarte Sobral Menezes,
bacharela em Direito pela
Universidade Federal de Sergipe.

RESUMO: O tema central do presente artigo jurídico é a responsabilidade civil por danos ambientais decorrentes de atividades licenciadas. Defender-se-á a responsabilidade civil objetiva pelos danos ambientais como regra absoluta, sem exceções, no entanto, com fundamento diverso a depender de quem seja o causador do dano e da atividade por este exercida. Sustentar-se-á também a aplicação da teoria do risco integral como regra geral, mas desta vez admitindo uma exceção: quando o Estado é o causador do dano ambiental, a depender da natureza da atividade estatal da qual adveio o dano, o fundamento da responsabilidade objetiva poderá não ser o risco integral e sim o risco administrativo, propondo-se um novo regime de responsabilização estatal por esses danos. Finalmente, será tratada a responsabilidade civil pelos danos ao ambiente advindos de atividades licenciadas, sugerindo-se um artifício processual que, ao lado do regime *sui generis* de responsabilização estatal pelos danos ambientais, tem o escopo maior de arredar a injusta socialização do prejuízo ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; Danos ambientais; Teoria da responsabilidade objetiva; Teoria do risco integral; Atividades licenciadas.

ABSTRACT: The main theme of this study is the civil responsibility of environment damages resulting from licentiate activities. It will be defended the responsibility without fault's doctrine, without any exceptions, however with different bases depending on the person who damnify the environment or the activity that causes the damage. It also will be defended the entire risk's doctrine, but in here admitting an exception: when the State causes the environment damage, the accepted theory is the administrative risk depending on the State's

activity. It will be suggested in this study a new and softer regime of State's responsibility. Finally, it will be treated the civil responsibility of environment damages resulting from licentiate activities, when it will be proposed a processual practice to the effect to repel the environment damages socialization.

KEYWORDS: Civil responsibility; Enviroment damages; Responsibility without foul'ts doctrine; Entire risk's doctrine; Licentiate activities.

1. INTRODUÇÃO

Imagine acordar um dia e se deparar com as seguintes notícias:

Uma série de alterações climáticas modificam drasticamente o planeta, fazendo com que milhões partam rumo ao sul. [...] A Terra sofre alterações climáticas que modificam drasticamente a vida da humanidade. Com o norte se resfriando cada vez mais e passando por uma nova era glacial, milhões de sobreviventes rumam para o sul.¹

Uma interrupção climatológica de proporções inconcebíveis destrói o mundo, enviando milhões de sobreviventes apavorados para o sul. [...]²

Tornados arrasam Los Angeles; uma violenta tempestade de neve assola Nova Deli; granizo do tamanho de melões atinge Tóquio; e em New York, a temperatura vai do calor tórrido ao frio glacial no mesmo dia; [...] uma mudança climática abrupta traz efeitos catastróficos para todo o planeta. [...]³

¹ Sinopse do filme "O dia depois de amanhã" extraída de <http://adorocinema.cidadeinternet.com.br/filmes/dia-depoisdeamanha/diadepoisdeamanha.asp#Sinopse>.

² Sinopse do filme "O dia depois de amanhã" extraída de <http://www.cinepop.com.br/filmes/diadepois.htm>.

³ Sinopse do filme "O dia depois de amanhã" extraída de <http://www.tredayaftertomorrow.com>.

Parecem absurdas e de fato o são se forem pensadas num futuro próximo. Entretanto, no ritmo em que anda a devastação ambiental, isso poderá não ser mais tão absurdo assim se pensado a longo prazo. As notícias com as quais nos deparamos hoje já são alarmantes o suficiente para sinalizar que, nesse passo, o futuro do ambiente em níveis nacional e internacional não é nada bom.

Não estamos ainda numa nova era glacial. Contudo, as notícias ambientais de hoje são bastante preocupantes e demonstram que pensar numa futura era do gelo pode não ser um disparate ou simplesmente tema de histórias de ficção, mas previsão científica. Eis as atuais notícias:

[...] É sabido que a contaminação da atmosfera está a provocar graves danos na saúde e no meio ambiente. A situação está a tornar-se insustentável para a vida no planeta. Cerca de 3 milhões de pessoas morreram em 2002 devido à contaminação do ar. A principal factura está a chegar: o aquecimento da atmosfera, provocado pela poluição. Promete ser profundamente devastadora.⁴

O planeta está a ficar sem florestas. Em África a situação é calamitosa. O grande pulmão da Humanidade que é a Amazónia está seriamente ameaçado. Pouco parece que tem servido os sucessivos alertas mundiais. O dinheiro fala mais alto.⁵

Os oceanos estão doentes. Os recursos marítimos estão em regressão. Inúmeras espécies estão em vias de extinção. Os motivos são sempre os mesmos: poluição, sobre-exploração pesqueira, etc.⁶

⁴ <http://confrontos.no.sapo.pt/page3.html>.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

A mistura é explosiva: se ao aumento da temperatura do ar devido à poluição, juntarmos a desflorestação e o crescimento demográfico, temos um cenário devastador para o futuro da humanidade: calcula-se que cerca de 2 mil milhões de pessoas estarão em perigo de sobrevivência devido a inundações causadas por estes três fatores conjugados.⁷

O século XXI se inicia com uma nota catastrófica, com um grau sem precedentes de desastres ecológicos e uma ordem mundial caótica, cercada por terror e focos de guerras localizadas e desintegradoras, que se espalham como uma gangrena pelos grandes troncos do planeta – África Central, Oriente Médio, América do Sul e do Norte –, ecoando por todas as nações.⁸

O maior desafio dos pesquisadores é prever o que vai acontecer com a Amazônia. Uma característica surpreendente da seca atual é que ela atinge principalmente a porção noroeste da região, com as bacias dos rios Solimões e Negro, que inclui o coração do Estado do Amazonas. Parece uma contradição, pois esta é a parte mais bem preservada da Amazônia. Até então, a onda de desmatamento e fogo tinha corroído em especial a floresta que inclui Pará, Mato Grosso e Rondônia. Inclusive as simulações climáticas feitas pelos pesquisadores nos últimos anos revelavam que as estiagens seriam mais acentuadas nessas áreas degradadas. Agora, aumenta o espectro de floresta que pode, nas próximas décadas, perder vigor e queimar. Para ter uma idéia de como a seca pode enfraquecer a selva, um estudo realizado pelo Instituto de

⁷ Ibid.

⁸ http://www.associacaocaete.org.br/textos/manif_ecossoc_intern.doc

Pesquisa Ambiental da Amazônia (Ipam) revela que, em anos de seca acentuada, 31% da área total de floresta perde tanta umidade que as árvores deixam cair um quarto de sua cobertura de folhas. Isso deixa o chão da mata inflamável.⁹

A degradação do ambiente para atender as necessidades e vontades do homem não é fenômeno novo; vem desde os primórdios da humanidade. A preocupação com a manutenção do equilíbrio ambiental e sua percepção jurídica, entretanto, é recente, motivo pelo qual as questões relacionadas ao ambiente estão tão em voga. Desta preocupante e atual conjuntura do ambiente e da atualidade das questões de direito ambiental avulta a importância do tema ventilado neste trabalho: a responsabilidade civil pelos danos ambientais, com enfoque especial nos danos decorrentes de atividades licenciadas.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS AMBIENTAIS

2.1 A ADOÇÃO DA TEORIA DO RISCO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

A responsabilidade civil por dano ambiental é, na grande maioria dos casos, de natureza extracontratual ou aquiliana. No Direito brasileiro, adota-se, como regra geral, a responsabilidade aquiliana fundada na idéia de culpa *latu sensu*, isto é, a responsabilidade civil subjetiva. No Direito Ambiental, todavia, o regime da responsabilidade civil é o da responsabilidade objetiva. Fundada na idéia de risco e calcada na dispensabilidade da culpa do agente, tal regime prega que a responsabilidade do causador do dano não é aferida mediante a apreciação subjetiva de sua conduta, mas dos resultados danosos ao ambiente decorrentes da mesma.

No âmbito do direito do ambiente, a teoria do risco ganha força com a intensificação das preocupações com a preservação do meio e

⁹ <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT1057909-1664,00.html>

a justa reparação dos danos ambientais. Gradativamente, foi-se percebendo que o regime da responsabilidade subjetiva, tradicionalmente adotado pelo direito brasileiro, não seria o mais adequado para a reparação dos danos ambientais sofridos individual e coletivamente pelo ser humano. E a principal razão disto é a dificuldade – às vezes, impossibilidade – de comprovação exata do grau de culpa de seus agentes causadores, que são, em regra, grandes corporações econômicas ou órgãos do próprio Estado e estão, não raro, sob o escudo de alvarás, licenças ou autorizações administrativas.

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 6.938/81, que institui a responsabilidade objetiva do poluidor pelos danos causados ao ambiente e a terceiros em decorrência de sua atividade. Tal responsabilidade vem consagrada em seu art. 14, §1º, segundo o qual *“o poluidor é obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”*.

A Constituição Federal, notadamente no §3º de seu art. 225,¹⁰ recepcionou plenamente a Lei nº 6.938/81 no que diz respeito à responsabilidade civil objetiva do poluidor, bem como à obrigação de reparar integralmente o dano ambiental. O legislador constituinte, além de deixar intacta a responsabilização objetiva do causador do dano ambiental, não estabeleceu qualquer limitação à reparação deste, o que conduz à sua reparação integral.¹¹ Consagrou-se em nível constitucional, ao lado da responsabilidade civil objetiva por danos ambientais, o princípio da reparabilidade integral do dano ambiental.

Pelo regime da responsabilidade objetiva, todo aquele que desenvolve alguma atividade, seja esta lícita ou ilícita, responde pelos riscos a ela inerentes. Não há que se perquirir, para fins de se estabelecer o dever de reparar o dano, qualquer espécie de culpa do agente causador. A vítima, seja ela o homem individualmente considerado ou

¹⁰ Art. 225 [...] §3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

¹¹ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 134; e MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 297.

a coletividade, precisa provar apenas o dano e o nexo causal entre este e a conduta ou atividade lesivas.¹² Em outros termos, não tem relevância alguma para a caracterização da responsabilidade civil pelos danos ambientais, uma vez que esta prescinde de qualquer análise subjetiva, a licitude ou ilicitude da conduta ou atividade lesivas, bastando que decorra destas um dano grave, anormal e intolerável ao ambiente.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao abraçar a teoria do risco e o regime de responsabilidade objetiva, pressupõe que todos aqueles que se dedicam a atividades potencialmente nocivas ao ambiente prevêm a possibilidade de ocorrência de danos e aceitam a responsabilidade por aqueles que decorrem, direta ou indiretamente, da sua atuação, assumindo verdadeira posição de garantidor da incolumidade do ambiente. Com efeito, a adoção de tal regime no âmbito do direito ambiental constitui um avanço, à medida que supre a necessidade de reparação de danos ambientais não passíveis de serem reparados pelo critério da culpa. Além disso, estimula os potenciais causadores desses danos a estruturarem-se e adquirirem equipamentos visando a evitar ou diminuir ao máximo os danos ao ambiente decorrentes de suas atividades.¹³

Todavia, a simples adoção da responsabilidade objetiva em detrimento da subjetiva, embora facilite a proteção das vítimas dos danos ambientais, não as deixa em situação totalmente confortável, haja vista a grande dificuldade de comprovação do nexo causal entre a atuação do agente responsável e o prejuízo sofrido.¹⁴ A depender da teoria de fundamentação teórica que se adote, a prova do nexo causal pode constituir enorme obstáculo à plena e efetiva reparação dos danos ambientais. Diante disto, defender-se-á a seguir uma flexibilização do conceito do nexo de causalidade na seara do Direito Ambiental, de modo a abranger não apenas a relação direta de causa e efeito entre o fato e o dano.

Em face da dificuldade mencionada, sustenta-se a aplicação da teoria do risco integral como alicerce da responsabilidade civil pelos danos

¹² LEITE, op. cit. p. 130.

¹³ Ibid. p. 129/131.

¹⁴ Ibid. p. 132.

ambientais. O risco integral, que encontra apoio na teoria da equivalência das condições sobre o nexos causal, conduz à chamada teoria da responsabilidade objetiva agravada, para a qual basta a existência de uma mera conexão entre o fato e o dano para que surja o dever de reparar.

2.2 A TEORIA DO RISCO INTEGRAL E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA AGRAVADA

2.2.1 AS TEORIAS DE FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Atualmente, existem na doutrina pátria três principais correntes de fundamentação teórica da responsabilidade objetiva por dano ambiental: a teoria do risco-proveito, a teoria do risco-criado e a teoria do risco integral.

A teoria do risco-proveito, alicerçada sobre o princípio do poluidor-pagador,¹⁵ prega que, para a caracterização da responsabilidade civil pelos danos ambientais, imperioso se faz a comprovação, além do efetivo prejuízo e do nexos causal, de ter o degradador auferido alguma vantagem ou proveito da atividade lesiva ao ambiente.¹⁶ Vigora aqui a máxima *quem aufere o bônus, deve arcar com o ônus* ou, em outras palavras, aquele que lucra com determinada atividade – no caso, o poluidor – deve responsabilizar-se pelos riscos e prejuízos dela oriundos. Para seus adeptos, o caso fortuito e a força maior,¹⁷ a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, o fato de terceiro e, em alguns casos, a licitude da atividade poluidora constituem fatores de redução e/ou exclusão da responsabilidade por danos causados ao ambiente.¹⁸ Crítica pertinente

¹⁵ Tal princípio obriga o poluidor a pagar a poluição que pode ser causada ou que já foi causada em razão da sua atuação. Nesse sentido: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 53.

¹⁶ KRELL, Andréas Joachim. Concretização do dano ambiental: objeções à teoria do “risco integral”. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1720>>. Acesso em: 25 mar. 2006.

¹⁷ Frise-se que as expressões *caso fortuito* e *força maior* são utilizadas ao longo deste trabalho como sinônimas, sempre significando eventos imprevisíveis, decorrente de fatos naturais ou humanos, internos ou externos.

¹⁸ KRELL, op. cit.

que se faz à teoria em comento é que o conceito de *proveito* é aberto, permitindo uma gama de interpretações, o que causa enorme divergência doutrinária e dificulta, em certos casos, a responsabilização uniforme pelos danos causados ao ambiente.¹⁹

A teoria do risco criado, por sua vez, é um meio-termo entre as outras teorias ora tratadas e defende que, para que surja o dever de reparar o dano ambiental, basta ter este resultado da atividade exercida pelo poluidor, desde que seja tal atividade considerada de risco. Não se faz necessária aqui a comprovação de proveito algum auferido pelo agente. Foi a teoria adotada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro, mas que, por outro lado, não foi abraçada pela Lei nº 6.938/81 em seu art. 14, §1º.

Estabelece essa teoria a responsabilidade civil objetiva levando em consideração o exercício de uma atividade perigosa, seja esta lícita ou não. Segundo seus defensores, aquele que desempenha atividade tal responde pelos danos dela decorrentes, independentemente de culpa, com base tão-somente nos riscos criados pelo seu exercício.²⁰ Fundase, portanto, na idéia de *perigo*, aliando-se à teoria da causalidade adequada, segundo a qual, as clássicas causas de exclusão da responsabilidade civil rompem o nexo causal, afastando o dever de reparar o dano.²¹

A idéia central da teoria do risco integral é essencialmente a mesma da teoria do risco criado, tendo sede a única distinção no fato de que a primeira não admite a existência de causas excludentes ou de redução da responsabilidade. Proclama a teoria do risco integral que o causador do dano ambiental é responsável pela sua reparação, independentemente da existência de culpa e sem se perquirir sobre as circunstâncias do fato ou atividade causadores.²² Se o dano ocorre no curso ou em razão de sua atuação, responde ele pelo prejuízo, podendo ressarcir-se junto a terceiros, se for o caso.²³

¹⁹ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 63/64.

²⁰ *Ibid.* p. 66.

²¹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 199/200.

²² ALONSO, op. cit. p. 57.

²³ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 94.

É dizer, além da culpa, pouco importa também para a caracterização da responsabilidade objetiva pelo risco integral se o fato decorreu de caso fortuito ou força maior, de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, de fato de terceiro ou até da ilicitude da atividade exercida. Os tradicionais fatores que reduzem ou excluem a responsabilidade civil, para os militantes da teoria do risco integral, não são aptos a romper o nexos causal entre o fato ou a atividade do poluidor e o dano ambiental. Isso porque a noção de nexos causal, no âmbito do Direito ambiental, tem uma elasticidade muito maior do que no regime da responsabilidade civil comum, regida pelo Direito privado.

2.2.2 A OPÇÃO PELA TEORIA DO RISCO INTEGRAL E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente não fez restrição alguma quanto à incidência do regime da responsabilidade objetiva na seara ambiental. Tampouco vinculou tal responsabilidade às atividades perigosas ou à obtenção de qualquer proveito pelo causador do dano, repelindo as teorias do risco criado e do risco proveito. Adotou, senão, a teoria do risco integral.

Não bastasse a ausência de qualquer restrição na lei à responsabilidade objetiva, o que já é um forte argumento a favor da teoria do risco integral, justifica também – e principalmente – a adoção desta teoria o fato de ter sido o ambiente equilibrado elevado ao patamar de direito humano fundamental pela Constituição em vigor. Tal circunstância exige uma incidência ampla da responsabilidade objetiva consagrada na lei, tanto sobre os danos ambientais decorrentes de atividades perigosas, quanto sobre aqueles oriundos duma atividade profissional qualquer;²⁴ tanto em relação aos poluidores que aferiram alguma vantagem com o evento danoso, quanto àqueles que nada lucraram.

A função social da propriedade, que integra a função social ambiental, é valor consagrado constitucionalmente e também deve ser levado em consideração para a fixação do regime de responsabilidade civil pelos danos ambientais. Aquele que exerce atividade geradora de danos ao

²⁴ STEIGLEDER, op. cit. p. 201.

ambiente, mesmo que não incorra em culpa em relação a estes, não exerce, como manda a Constituição Federal, a função social de sua propriedade. Logo, não exerce a função social ambiental.

Diante do tratamento dado pela Magna Carta ao ambiente equilibrado, é imperiosa a adoção de um sistema rigoroso de responsabilização pelos danos ambientais, como forma de assegurar o equilíbrio ambiental para as presentes e futuras gerações. Do contrário, é provável que nossos filhos não tenham uma qualidade ambiental digna e que nossos netos ou bisnetos, num futuro não tão remoto, venham a ter sérios problemas em razão da intensa degradação do ambiente. A preocupação em estabelecer um sistema de responsabilidade tão severo para os danos ambientais é inclusive decorrente deste flagrante quadro de estrago ambiental que se assiste no Brasil e no mundo.²⁵

Uma das conseqüências mais importantes da adoção de um sistema rigoroso, fundado na teoria do risco integral, é a negação, no âmbito da reparação dos danos ambientais, da *privatização dos lucros e socialização dos prejuízos*. Não é nada razoável defender que a própria coletividade arque com a reparação dos danos ambientais, cuja principal vítima, via de regra, é ela própria. Corolário da adoção da teoria do risco integral, tem-se a responsabilidade civil agravada pelos danos ambientais, modalidade excepcionalíssima,²⁶ também fundada na idéia de risco da atividade, porém num risco bem mais específico, que possa ser considerado como um *risco próprio, típico ou inerente à atividade*.²⁷

Na responsabilidade objetiva agravada, prescinde-se de um nexo de causalidade adequada entre o fato do responsável e o dano, bastando que este guarde *estreita conexão* com a atuação de seu causador.²⁸ Daí se conclui que, em casos tais, a noção de nexo causal é demais ampla, especialmente em comparação com o nexo causal na responsabilidade

²⁵ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 428.

²⁶ Sobre a excepcionalidade da responsabilidade objetiva agravada, afirma Noronha (NORONHA, op. cit. p. 638) que, se a responsabilidade objetiva comum já é excepcional, a responsabilidade objetiva agravada é excepcionalíssima.

²⁷ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 638.

²⁸ Loc. cit.

objetiva comum. A teoria do risco integral alia-se à teoria da *condicio sine qua non* ou da equivalência das condições, a qual atenua o rigor do nexo de causalidade à medida que não exige para sua configuração que o evento danoso seja consequência necessária, direta e imediata da atuação do agente, mas apenas que haja mera conexão entre ambos.²⁹

Esclarecedoras são as lições de Noronha acerca da responsabilidade objetiva agravada e suas causas excludentes:

[...] Nesta responsabilidade, que diz respeito unicamente a determinadas atividades e a certos riscos que são específicos delas, não é a demonstração de ocorrência de qualquer caso fortuito ou de força maior que liberará o indigitado responsável: aqueles casos fortuitos e de força maior que puderem ser considerados riscos típicos da atividade não excluirão a obrigação de indenizar. Não seria errado afirmar que nestas hipóteses estamos perante uma nova categoria de responsabilidade, a par da responsabilidade subjetiva (fundada na culpa) e da objetiva (fundada no risco, mas exigindo nexo de causalidade entre a atividade do responsável e o dano).³⁰

Como dito antes, as conhecidas causas excludentes da responsabilidade objetiva comum nem sempre irão afastar o dever de reparar o dano nos casos de responsabilidade objetiva agravada. Interessante notar que a força maior e o caso fortuito, em casos de responsabilidade objetiva agravada, jamais rompem o nexo de causalidade, sejam eventos internos ou até externos. Explique-se: mesmo nos casos de eventos externos – quando a ocorrência do evento fortuito não guarda nenhuma relação com a atividade, ou seja, é imprevisível e totalmente estranho a esta³¹ – surge o dever de reparar o dano para o poluidor, desde que haja a estreita conexão entre o dano e a atividade

²⁹ STEIGLEDER, op. cit. p. 201/202.

³⁰ NORONHA, op. cit. p. 638.

³¹ GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no código civil de 2002*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 59.

por ele exercida. Para se libertar de tal obrigação, a única saída para o poluidor é provar que inexistente a mencionada conexão entre o prejuízo ambiental e sua atuação, ou seja, que o fato lesivo não se insere no âmbito dos riscos típicos inerentes à sua atividade.³²

Em suma, adotando-se a teoria do risco integral, a responsabilidade civil do poluidor é do tipo objetiva agravada, decorrendo ela exclusivamente dos riscos típicos inerentes à atividade por ele exercida. Provando-se a ocorrência do evento danoso e o nexo de causalidade – bastando para tanto a existência de estreita conexão entre o prejuízo e a atividade – deve o poluidor reparar integralmente o dano, sem poder alegar nenhuma das tradicionais causas eximentes de responsabilidade.

Pode parecer, à primeira vista, um rigor excessivo para com os indigitados responsáveis. Tal atitude, contudo, é plenamente aceitável – ou melhor, é a mais adequada – diante do regime constitucional dispensado ao ambiente e diante do atual quadro de degradação ambiental visto em proporções alarmantes.

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS DANOS CAUSADOS AO AMBIENTE

O art. 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81³³ enxerta o Estado no conceito legal de poluidor, afastando qualquer objeção à responsabilização estatal pelos danos ambientais. Que o Estado responde pelos danos ambientais decorrentes de sua atuação não há dúvidas. A divergência tem sede no regime a ser adotado para esta responsabilidade.

É possível distinguir três situações em que o Estado pode ser responsabilizado pelo dano ambiental. A primeira ocorre quando o

³² STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Áreas contaminadas e a obrigação do poluidor de custear – um diagnóstico para dimensionar o dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 25. Ano 7. Editora Revista dos Tribunais, Jan.-mar. 2002. p. 70.

³³ Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] IV - poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

dano é decorrente da ação dos agentes públicos³⁴. A segunda, quando o dano é decorrente de omissão estatal. E a terceira, resulta da responsabilidade estatal comissiva por omissão.³⁵

Em relação ao dano ocasionado pela ação dos agentes públicos, é fácil concluir que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com espeque no art. 37, §6º, da Constituição Federal.³⁶ Este dispositivo estabelece genericamente o regime da responsabilidade objetiva do Poder Público para danos de qualquer ordem causados pela ação daqueles que representam a vontade estatal. Os danos ambientais não fogem à regra.

No que toca aos danos ambientais decorrentes de omissão pura do Poder Público, a divergência doutrinária é acirrada. Em matéria ambiental, as omissões estatais consubstanciam-se, basicamente, na deficiência no exercício do poder de fiscalização da administração pública sobre as atividades poluidoras e na concessão de autorizações administrativas e licenças ambientais.³⁷ Não há consenso na doutrina no que toca ao regime da responsabilidade estatal em casos tais.

Parcela da doutrina administrativista entende que, no caso de dano decorrente de omissão estatal, a responsabilidade do Estado é subjetiva, sob o argumento de que a hipótese não é abarcada pelo §6º do art. 37 da Carta Política.³⁸ Ao lado dos adeptos da teoria subjetiva clássica, que exige a culpa do agente público, militam adeptos da teoria da culpa administrativa, culpa anônima ou *faute de service*, que vem sendo

³⁴ A expressão *agente público* é aqui empregada em amplo lato, abrangendo todas as pessoas que atuam em nome do Estado, direta ou indiretamente, englobando inclusive aqueles investidos de forma irregular no serviço público, os chamados funcionários de fato.

³⁵ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 223.

³⁶ Art. 37. [...] §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³⁷ STEIGLEDER, op. cit. p. 220.

³⁸ Entre outros, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 623-624; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005. p. 436.

adotada pelo Supremo Tribunal Federal para os atos omissivos do Poder Público.³⁹ Outra parcela dos administrativistas entende que a responsabilidade estatal é sempre objetiva, por atos comissivos e omissivos, bastando que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público.⁴⁰

Essa discussão não tem maiores repercussões no âmbito do Direito Ambiental, uma vez que a responsabilidade do Estado pelos danos desta natureza, sejam estes decorrentes de atos comissivos ou omissivos, é sempre objetiva. Isto porque rege a responsabilidade civil ambiental não apenas o mencionado §6º do art. 37 da Carta da República, como também, e mais especificamente, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Esta, em seu art. 14, §1º, consagra a responsabilidade civil objetiva e, no art. 3º, inciso IV, inclui o Poder Público no conceito legal de poluidor.

Já a responsabilidade comissiva por omissão, terceira hipótese citada, acontece quando o Estado tem o dever legal de prestar um determinado serviço público essencial e é omissivo, de sorte que esta omissão ocasiona diretamente um dano ambiental.⁴¹ Aqui, por certo, a responsabilidade estatal também deve ser objetiva, pois o prejuízo ao ambiente é consequência direta da omissão estatal.⁴² Aplica-se, sem espaço para dúvidas, a regra encartada no art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81.

Como se percebe, a responsabilidade estatal pelos danos ambientais é invariavelmente objetiva. E o fundamento legal desta responsabilidade é não apenas o §6º do art. 37 da Carta da República, mas especialmente o art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81. Fixada tal premissa – de que a responsabilidade estatal pelos danos ao ambiente é sempre objetiva,

³⁹ Ver RE 179.147, Rel. Min. Carlos Velloso. Segundo a novel teoria, não é necessário individualizar a culpa estatal, podendo esta ser atribuída de forma genérica ao serviço público, com a simples demonstração da falta ou deficiência na sua prestação e o nexo causal entre a omissão e o dano.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 630; HARADA, Kiyoshi. *Responsabilidade civil do Estado*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=491>>. Acesso em: 25 mar. 2006. Grifo nosso.

⁴¹ STEIGLEDER, op. cit. p. 223. A autora traz como exemplos a omissão na destinação do resíduo sólido urbano, na conservação das rodovias ou no tratamento de esgoto.

⁴² Loc. cit.

passa-se à discussão de qual seria o substrato da responsabilidade estatal, se o risco administrativo ou o risco integral.

A maioria esmagadora da doutrina administrativista defende a responsabilidade civil objetiva do Estado com sustentáculo na teoria do risco administrativo.⁴³ Essa teoria estabelece a responsabilidade objetiva com fundamento nos riscos que o Estado gera para os administrados no cumprimento de suas finalidades, admitindo as tradicionais causas eximentes da responsabilidade (caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima etc.).⁴⁴ Fundamenta-se a adoção dessa teoria no art. 37, §6º, da Constituição Federal, que estabelece a responsabilidade estatal objetiva, mas faculta ao Estado ajuizar ação regressiva em face do verdadeiro causador do dano – o agente público responsável pelo ato ou omissão lesivos, se agiu com dolo ou culpa.⁴⁵

No entanto, em matéria de dano ambiental – repita-se – a responsabilidade civil é regida especificamente pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, a qual impõe um tratamento diferenciado para a responsabilidade civil objetiva estatal. Não merece acolhida o entendimento de que a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos ambientais é sempre fundada no risco administrativo, pois tal posicionamento, além de não levar em consideração os dispositivos legais específicos sobre a matéria, é fulcrado num único dispositivo constitucional, o §6º do art. 37 da Constituição Federal. Face ao tratamento dispensado pela Lei Maior ao ambiente equilibrado, qualificando-o como direito humano fundamental a ser preservado conjuntamente pelo Estado e pela sociedade para as presentes e futuras gerações, não há que se igualar o regime da responsabilidade civil estatal pelos danos ambientais ao regime de sua responsabilidade por um dano qualquer.

Também não há que se diferenciar o regime da responsabilidade civil do Estado pelos danos ambientais daquele adotado para os

⁴³ Nesse sentido: BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 186/187; CARVALHO FILHO, op. cit. p. 424; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 258; HARADA, op. cit.

⁴⁴ HARADA, op. cit.

⁴⁵ JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. *Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 56.

particulares em relação aos mesmos danos, em respeito ao princípio constitucional da igualdade, já que, não tão raro, o Estado exerce também o papel de empreendedor, ao lado da iniciativa privada. E porque ambos, Estado e particular, podem incidir no conceito legal de poluidor, previsto no art. 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81. Totalmente descabidas, pois, as alegações daqueles que defendem que a responsabilidade civil do Estado por danos ao ambiente obedece invariavelmente à teoria do risco administrativo.

Contudo, isto não significa que deve ser adotado o regime da responsabilidade objetiva fundada no risco integral para todo e qualquer dano ambiental causado pelo Poder Público. A adoção da teoria do risco integral implica a responsabilização estatal, invariavelmente, mesmo em casos de caso fortuito e força maior, fato de terceiro etc. E isto implica na consagração de enorme injustiça. Não se pode esquecer que o ônus financeiro da assunção pelo Estado da responsabilidade objetiva é suportado pela sociedade, que provê os cofres públicos através de tributos, pagos inclusive para indenizar os danos causados aos administrados no desempenho das atribuições estatais.⁴⁶

Considerando que a sociedade é quem mais sofre com os impactos de ordem ambiental, seria uma iniquidade responsabilizá-la tão intensamente pelos danos causados ao ambiente, ainda que apenas de forma reflexa. Não se pode querer responsabilizar sobremaneira o Poder Público, pois os custos com a reparação irão sair do bolso do contribuinte. Em situações tais, diante da peculiaridade de que a sociedade é a principal vítima desses danos, não é nada justa a socialização dos prejuízos, mediante a responsabilização estatal.

Dessa forma, colocando na balança os argumentos prós e contra a adoção da teoria do risco integral como fundamento da responsabilidade civil do Estado, tem-se, de um lado, o princípio da igualdade e a legislação infraconstitucional em matéria ambiental, que impõem a adoção da tese do risco integral também para o Estado, poluidor em potencial assim como o particular, além do argumento fático da intensa degradação do ambiente nos últimos tempos e do tratamento especial propiciado pela Constituição Federal ao equilíbrio

⁴⁶ HARADA, op. cit.

ambiental. De outro, pesa o fato de que a responsabilização ferrenha do Poder Público decorrente da adoção da tese do risco integral acarreta a socialização dos prejuízos ambientais, o que se revela uma gritante injustiça, tendo em mente que é a sociedade quem mais sofre com os impactos ambientais e é ela quem paga pela sua reparação quando o Estado é o responsável pelo dano.

Dos dois lados figuram fortíssimos argumentos, todos amparados pela Constituição Federal, não podendo nenhum deles ser desprezado. Por isso, deve-se buscar uma situação intermediária, que evite ao máximo a injustiça e, ao mesmo tempo, não desprestige o sistema de responsabilidade civil objetiva adotado constitucional e infraconstitucionalmente para os danos ambientais.

Em que pese não ter sido encontrado nenhum posicionamento semelhante na bibliografia consultada, propõe-se no presente trabalho a responsabilização objetiva do Estado pelos danos ambientais em toda e qualquer circunstância. Entretanto, tal responsabilidade seria fundada no risco integral apenas quando o Poder Público desse causa ao dano no exercício de atividades atípicas. Se no exercício de atividades que lhe são típicas, como, por exemplo, o licenciamento ambiental, sua responsabilidade seria fundada no risco administrativo.

É sabido que Estado exerce atividades típicas e atípicas, e, no exercício destas últimas, atua como empreendedor, exercendo atividades próprias da iniciativa privada e degradando com frequência o ambiente na mesma medida que os particulares. Neste caso, não se pode deixar de reconhecer a sua responsabilidade objetiva na modalidade do risco integral. Porém, não é razoável que responda com espeque no risco integral quando atua no exercício de atividades que lhe são próprias, sob pena de se ver transferido injustamente o ônus da reparação do dano ambiental para sua principal vítima.

Portanto, no caso de danos ambientais decorrentes de atividades típicas do Estado, deve-se adotar o risco administrativo como base teórica da responsabilidade pública. Significa, em termos práticos, que o Poder Público tem a possibilidade de alegar alguma causa que o isente de responsabilidade, como o caso fortuito e a força maior, por exemplo. Já na hipótese de danos ambientais decorrentes de atividades atípicas, não existe essa possibilidade, devendo o Estado arcar com a

reparação dos danos ao ambiente mesmo em casos fortuitos e de força maior, sozinho ou em regime de solidariedade com o particular.

À primeira vista, a solução proposta pode parecer violadora da isonomia. Mas não o é, se pensado o princípio sob um enfoque material. Justificam a distinção de tratamento entre o Estado e o particular, nos casos em que juridicamente isto é possível,⁴⁷ os diferentes graus de sofrimento entre os responsáveis pela reparação com os abalos ambientais. Quando o particular ocasiona o dano, a sociedade sofre, ele quase sempre lucra e, logicamente, é ele quem deve arcar com a reparação. Mas será justo que, quando é o Estado quem ocasiona o dano, a coletividade sofra e ainda deva arcar com a reparação? A resposta é não, o que legitima o tratamento diferenciado.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS AMBIENTAIS DECORRENTES DE ATIVIDADES LICENCIADAS

No contexto da responsabilidade civil pelos danos ambientais, aflora a seguinte questão: de quem seria a responsabilidade pela reparação dos danos ambientais decorrentes de atividades licenciadas? Neste contexto, vislumbram-se três situações distintas. E para responder à questão posta é preciso analisar detalhadamente cada uma dessas situações.

A primeira delas é a hipótese em que o licenciamento é lícito, mas a atuação do licenciado é ilícita. A licença ambiental é expedida regularmente pelo Poder Público, seguindo-se as normas jurídicas postas sobre os limites de tolerabilidade do ambiente, como, por exemplo, as normas acerca dos padrões de emissão duma determinada substância. Mas, não obstante, o detentor da licença regular abusa dos poderes concedidos pela mesma.

Sabe-se que o empreendedor tem que atuar em consonância com os limites estipulados na licença ambiental concedida pelo Poder Público. O abuso de poder por parte do detentor da licença, se for apto a

⁴⁷ Ou seja, sem afronta ao Direito; nos casos em que o Estado atua no exercício de atividades estatais típicas.

ocasionar danos ao ambiente, ainda que potenciais, gera, inevitavelmente, a sua responsabilização civil. À medida que extrapola os limites impostos pela licença, a atuação do empreendedor se torna ilícita e revela a sua culpa *lato sensu*.

É verdade que, para a apuração da responsabilidade do empreendedor pelo dano ambiental decorrente de sua atuação, seja ele o Estado ou o particular, não terá relevância alguma a dita culpa. Isto porque a responsabilidade pelos danos ambientais é objetiva e, nesse caso, na modalidade do risco integral. Entretanto, a comprovação ou não da culpa do empreendedor terá importância para a aferição da responsabilidade do Estado, na qualidade de órgão licenciador.

Já foi dito que a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos ambientais decorrentes de atividades típicas é fundada no risco administrativo. É o que ocorre no licenciamento ambiental. Neste caso, provada a culpa do empreendedor na causação do dano, é dado ao Poder Público alegar fato de terceiro – o abuso de poder do empreendedor. Com isso, exclui-se, *a priori*, a responsabilidade estatal pelo dano ambiental e evita-se a socialização do prejuízo.

É de se atentar, porém, para o dever de fiscalização do Estado sobre as atividades potencialmente poluidoras. Para que o Poder Público se exima completamente da responsabilidade civil pelo dano ambiental, deve demonstrar que a ausência ou deficiência de fiscalização em nada contribuiu para o prejuízo. Isto porque a responsabilidade estatal pelos danos ambientais é sempre objetiva, inclusive quando decorre de omissão.

A fiscalização de atividades potencialmente poluidoras é uma função típica e essencial do Poder Público, o que implica ser a sua responsabilidade, neste caso, fundada na teoria do risco administrativo. Desse modo, provando o Estado que a ausência/deficiência de fiscalização não tem vínculo causal algum com a ocorrência do dano, afasta-se a responsabilidade. Se, porém, restar demonstrado que a efetiva fiscalização poderia ter evitado a consumação do dano, responderá o ente público solidariamente com o empreendedor pelo dano causado, com espeque no art. 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81 e nos moldes do art. 942 do Código Civil Brasileiro. Em resumo, o Estado só estará

livre da responsabilidade se comprovar a quebra do nexo causal, ou melhor, se demonstrar que a ausência/deficiência de fiscalização não foi causa adequada do dano.

A segunda situação sobre os danos ambientais decorrentes de atividades licenciadas é aquela em que a licença é ilegal, em razão do mau desempenho dos órgãos competentes para o licenciamento. Se o empreendedor atua de acordo com essa licença, prejudicando o ambiente, é impossível afastar a responsabilidade estatal pelo dano ambiental. Não há, em tese, como provar alguma causa eximente de sua responsabilidade, como o fato de terceiro ou o caso fortuito e a força maior, eis que o dano decorre, dentre outros fatores, do mau desempenho da atividade licenciadora.

Por outro lado, o empreendedor não pode se escorar no deslize do órgão licenciador para afastar a sua responsabilidade, que é objetiva, fundada no risco integral e, portanto, não é excluída pelo fato de terceiro. Isto se justifica, em meio aos demais argumentos elencados nos tópicos anteriores, pelo fato de que a Constituição Federal, elevando o ambiente equilibrado ao status de direito humano fundamental, impôs não só ao Estado, mas a toda a coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para estas e as próximas gerações. O empreendedor, na qualidade de integrante da coletividade, tem o dever de preservação ambiental, consubstanciado na tarefa de sempre procurar saber se sua atividade, a despeito de licenciada, está causando danos ao ambiente. Logo, em casos tais, a responsabilidade civil pelos danos ambientais é solidária entre o Estado, que emitiu ilegalmente a licença, e o empreendedor, de cuja atividade decorreu diretamente o dano.

Finalmente, a terceira situação verifica-se quando a licença administrativa é legal – emitida segundo as normas postas acerca do limite de tolerabilidade do ambiente – e, mesmo atuando o detentor da licença nos estritos limites desta, acontece um dano ambiental. É em torno desta hipótese que transitam as intensas discussões e divergências doutrinárias sobre o tema.

Existem doutrinadores que defendem a não responsabilização civil de empreendedores que exercem atividades regularmente licenciadas. Argumentam que as atividades exercidas são lícitas, já que degradam o

ambiente dentro dos limites legalmente estabelecidos. A licitude da atividade excluiria o dever de reparar os danos ambientais e só haveria responsabilidade civil quando provada a ilegalidade da licença, e mesmo assim ela seria exclusiva do Estado.⁴⁸

De acordo com tal entendimento, aqueles que exercem atividades regularmente licenciadas não teriam que responder objetivamente pelos danos ambientais causados, já que suas atividades não são vedadas pela lei. E a responsabilidade pelos danos ambientais, então, de quem seria nesse caso? Do Poder Público ou não haveria responsabilidade? Qualquer que seja a resposta o prejuízo será invariavelmente arcado pela coletividade, que pagará sozinha por um prejuízo cuja principal vítima é ela própria ou ficará de mãos abanando no que se refere à reparação do dano sofrido.

Diferente, porém não ainda digna de aplausos, é a posição intermediária de Krell, segundo quem os detentores de licenças legalmente concedidas e que atuam de acordo com a mesma só poderiam ser responsabilizados pelos danos ambientais individuais. Alega o autor que estes danos acarretam sacrifício especial de interesses individuais em prol da coletividade, o que justificaria a responsabilização do empreendedor. O mesmo raciocínio não seria aplicável aos danos ambientais difusos, sob o argumento de que é a Administração Pública que deve zelar e defender o interesse coletivo.⁴⁹ Em suma, defende ele que os fins – o desenvolvimento socioeconômico e os benefícios dele decorrentes – justificam os meios – a atuação sem maiores cuidados do que uma simples licença administrativa, com a possibilidade, ou melhor, a probabilidade de ocasionar impactos ambientais.

Não são dignos de prevalecer nenhum dos entendimentos acima espostos. Os empreendedores detentores de licenças administrativas válidas devem sim responder pelos danos ambientais decorrentes de suas atividades, sejam estes danos individuais ou – e principalmente – difusos. É o que se irá defender a seguir, com suporte na teoria do risco integral.

⁴⁸ Nesse sentido, ALONSO, op. cit. p. 105; STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 841.

⁴⁹ KRELL, op. cit.

Sobre o fato de ser objetiva a responsabilidade pelos danos ambientais, nestes e em qualquer outro caso, não há o que se discutir. Tampouco acerca da fundamentação teórica dessa responsabilidade, que é a teoria do risco integral para os empreendedores. Não há motivos plausíveis para que a responsabilidade de empreendimentos licenciados fuja à regra geral. A questão agora é elencar os fundamentos dessa responsabilidade, calcados nos ditames da teoria mencionada, mostrando que a aparente licitude da atividade não basta para a exclusão da responsabilidade do poluidor que detém licença administrativa válida pelos danos ambientais decorrentes de sua atuação.

Krell está coberto de razão quando menciona que cabe à Administração Pública zelar pela preservação ambiental. Mas esquece ele, talvez por tratar-se de um caso único no texto constitucional, que a Lei Maior impôs também à coletividade o dever de preservação do ambiente. O direito ao ambiente equilibrado é o único direito fundamental cuja proteção cabe também ao cidadão comum, por expressa disposição constitucional. Segundo o art. 225 da Constituição Federal, não é só o Poder Público que tem o dever de defender e preservar o ambiente, mas também a coletividade, representada por todos e cada um de seus componentes. Esse dever constitucional repousa na idéia de solidariedade, não só em seu sentido técnico-jurídico, mas também no sentido comum.

Também não é correto alegar os efeitos positivos para a sociedade como forma de tirar do caminho a responsabilidade daqueles que exercem atividades licenciadas. Até porque os empreendedores também se beneficiam diretamente com o exercício de suas atividades. Com efeito, é mais que justo – justíssimo – que se repasse ao particular o ônus da reparação de um dano ambiental decorrente de sua atividade, pois, na grande maioria das vezes, essa atuação lhe garante inúmeros benefícios diretos, não apenas de ordem econômica. Não que tais benefícios sejam condição essencial para a responsabilização pretendida, eis que se adota a teoria do risco integral e não a do risco proveito, mas é algo a mais a ser sopesado – um argumento extra; prescindível, mas que deve ser considerado.

O que não é nada justo é que o Estado, como órgão ambiental licenciador, arque quase sempre sozinho com os prejuízos ambientais, sob pena de se transferir indiretamente o ônus da reparação do dano

ambiental para sua própria vítima: a coletividade. Menos justo ainda é que, descartando-se a possibilidade de responsabilização do Poder Público, o dano ambiental decorrente de atividades licenciadas fique indene. Revela-se insustentável a alegação de que, porque a atividade é “lícita”, operante nos limites de licença administrativa regularmente concedida, o empreendedor que a exerce não tem o dever de reparar os danos ambientais decorrentes da mesma.

De fato, aparentemente a atividade do empreendedor é lícita, porque amparada por uma licença válida. Mas é só aparentemente. À medida que degrada o ambiente, passa ela a ser ilícita, por violar o dever constitucional de todos de não poluir. A existência do licenciamento regular e a observância dos limites de tolerabilidade do ambiente impostos pelas normas administrativas pertinentes não são, pois, fatores aptos a arredar a responsabilidade objetiva pelos danos ambientais.

O empreendedor deve se preocupar, em verdade, com o limite de tolerância real do ambiente, e não com os limites de tolerabilidade (su)postos nas leis e regulamentos administrativos. Isto porque, diante das incertezas científicas que norteiam a matéria, a observância destes limites não garantem a não ocorrência de danos. Há enorme dificuldade de se estabelecer esse real limite de tolerância do ambiente, razão pela qual os limites constantes nas ditas normas não devem ser tidos como valores certos e soberanos, e sim como um *limite extremo de perigo*.⁵⁰ Além disso, muitas vezes as normas acerca dos padrões de poluição podem estar baseadas em conhecimentos puramente tecnológicos, orientados a não onerar em excesso os empreendedores, sem correspondência exata com a manutenção do ambiente sadio e equilibrado.⁵¹

Cumpre ainda lembrar que o Estado, muitas vezes, nivelando-se ao particular, é também empreendedor e, nesse caso, as pessoas do licenciador e do licenciado se confundem, gerando a situação vacilante do autolicensing ambiental. Este, à medida que afasta a neutralidade necessária ao órgão licenciador e fere, não raro, a

⁵⁰ MIRRA, op. cit. p. 102.

⁵¹ Ibid. p. 102/103.

moralidade administrativa,⁵² constitui mais um argumento a favor do que ora se defende: o empreendedor, seja ele quem for, o Estado ou o particular, não pode jamais se esquivar da responsabilidade civil pelos danos ambientais com base em uma licença ambiental administrativa.

Em perfeita sintonia com o entendimento aqui esposado, merece destaque a lição de Machado:

Equivocadamente poderia supor-se que o Poder Público pudesse ter o direito de consentir na agressão à saúde da população através do controle exercido pelos seus órgãos.

A intervenção estatal no domínio econômico visa preservar a saúde pública e ordenar as atividades produtoras. Não se pode esquecer que muitas vezes o Poder Público, ao baixar normas de emissão e elaborar padrões de qualidade, age em causa própria, pois ele, Poder Público, também exerce algumas atividades iguais às dos particulares (siderurgia, petroquímica...). Dessa forma, nem sempre os parâmetros oficiais são ajustados à realidade sanitária e ambiental, decorrendo daí, que, mesmo em se observando essas normas, as pessoas e a natureza sofrem prejuízos.

Além disso, **a existência das normas de emissão e os padrões de qualidade representam uma fronteira, além da qual não é lícito passar. Mas, não se exonera o produtor de verificar por si mesmo se sua atividade é ou não prejudicial.**⁵³

Os empreendedores não devem ser, por conseguinte, tão confiantes em suas licenças ambientais, devendo sempre adotar as medidas cabíveis para que suas atividades não degradem o ambiente. Trata-se, em última análise, dum desdobramento do dever constitucional de preservação

⁵² FINK, Daniel Roberto e outros. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 43/66 passim.

⁵³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 5 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 233. Grifos nossos.

do meio. Igualmente, não podem também alegar ausência de conhecimentos técnicos ou científicos como forma de desviar a sua responsabilidade, pois os riscos do desenvolvimento, resultantes da industrialização crescente e dos avanços tecnológicos, são reputados pela teoria do risco integral como riscos inerentes à atividade.⁵⁴

O detentor de licença administrativa válida responde integralmente pelos impactos ambientais oriundos de sua atuação. Em razão de ser sua responsabilidade pelos danos ao ambiente da modalidade agravada, é-lhe vedada a alegação de qualquer causa eximente da responsabilidade civil. Inteiramente justificável, logo, que todo e qualquer dano ambiental decorrente de atividade licenciada deve ser reparado, mesmo no caso em que o licenciamento é regular e o empreendedor atua nos estritos limites da licença.

Resta saber, então, se o Estado também é civilmente responsável nesta última situação e, se o for, em que medida deverá contribuir para a reparação dos prejuízos. A hipótese de responsabilização estatal exclusiva, por tudo o que fora dito, não deve ser cogitada. Rechaça-se, como já afirmado e reafirmado, a socialização do prejuízo ambiental. Ademais, não é justo, na situação ora tratada, que o Estado responda civilmente sempre na mesma medida que o empreendedor que exerce a atividade licenciada, uma vez que foi este quem assumiu os riscos inerentes ao exercício dessa atividade e é desta que decorrem de forma mais direta os danos ambientais.

É verdade que o art. 3º, inciso IV, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente não faz distinção alguma ao enquadrar os causadores diretos e indiretos do dano ambiental no conceito legal de poluidor. Também é verdade que o art. 14, §1º, da mesma lei estabelece para o Estado e para o particular a responsabilidade civil objetiva. Cumpre lembrar, contudo, que se defende neste estudo a responsabilidade objetiva agravada (fundada no risco integral) apenas para os empreendedores – sejam eles entes estatais no exercício de atividades atípicas ou particulares – e a responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo para o Estado quando no exercício de suas atividades típicas.

⁵⁴ STEIGLEDER, op. cit. p. 215.

A princípio, tendo por base o conceito legal de poluidor, o Estado, na qualidade de órgão licenciador, responderia sempre solidariamente com empreendedor pelos danos ambientais decorrentes da atividade regularmente licenciada. Isto porque, também a princípio, são aptas a ensejar a responsabilidade civil objetiva tanto o liame entre a atividade poluidora e o dano dela decorrente, quanto aquele existente entre este e a atividade de licenciamento do Estado. Entretanto, adotando-se a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade estatal pelos danos ao ambiente, possibilita-se ao Poder Público alegar em sua defesa as clássicas causas de exclusão da responsabilidade.

Aqui também aflora a questão do dever de fiscalização do Poder Público em relação às atividades potencial ou efetivamente degradadoras do ambiente. Vale, nesse ponto, tudo o que fora dito quando se tratou da situação em que o licenciamento é regular, mas o empreendedor extrapola os limites da licença administrativa e vem a causar um dano ambiental. Nem sempre o Estado licenciador ou fiscalizador responderá solidariamente com o empreendedor pelos danos ambientais, considerando que o fundamento de suas responsabilidades são diversos.

A função estatal fiscalizadora é função típica do Poder Público e, por isso, responde civilmente este pelos danos ambientais dela decorrentes com base na teoria do risco administrativo. Dessarte, o Estado se exime por completo de sua responsabilidade civil se demonstrar que a ausência de fiscalização em nada contribuiu para o prejuízo, rompendo o nexo de causalidade adequada entre a ausência de fiscalização e o prejuízo gerado. No entanto, se restar provado que a fiscalização estatal teria ou poderia ter afastado a ocorrência do dano ou ao menos diminuído os seus efeitos, responderá solidariamente o Poder Público com o empreendedor.

A solução aqui proposta não resolve completamente a questão da injustiça da socialização dos prejuízos ambientais, pois é impossível afastar a responsabilidade civil do Estado em todas as situações de dano ambiental sem violar a Ordem Jurídica posta. Mas ao menos diminui, sem violação do Direito, as hipóteses de incidência da responsabilidade estatal, minorando também, por via reflexa, o problema combatido. Não é apenas a responsabilização estatal fundada no risco administrativo, contudo, que se propõe neste trabalho com o

intuito de amortecer a socialização dos prejuízos ambientais. Há ainda uma manobra processual que não afasta, mas dificulta a responsabilização estatal por estes danos.

Não se desconhece que tanto o Estado, seja ele causador direto ou indireto do dano ambiental, quanto o particular podem figurar no pólo passivo da demanda coletiva ambiental, inclusive conjuntamente, quando a responsabilidade entre eles for solidária, calcada no conceito amplo de poluidor do inciso IV do art. 3º da Lei nº 6.938/81.⁵⁵ O Estado, à medida que licencia uma atividade que gera danos ao ambiente, insere-se no conceito legal de poluidor, sendo responsável, mesmo que indiretamente, pelo dano decorrente daquela atividade, o que o legitima passivamente para a ação civil pública ambiental.⁵⁶ Diz-se que a solidariedade implica a legitimidade autônoma, concorrente e disjuntiva no pólo passivo da relação processual,⁵⁷ ressalvado sempre o direito de regresso do co-obrigado acionado em face dos demais.

Nos casos em que a responsabilidade civil pelos danos ao ambiente é solidária entre o Estado e o empreendedor particular,⁵⁸ como é o caso das atividades licenciadas exercidas por particulares, é perfeitamente possível que se demande apenas, na ação civil pública ambiental, o empreendedor. Tal conduta afasta – ao menos inicialmente – a responsabilização estatal pelos danos ambientais e a conseqüente socialização do prejuízo. Trata-se de artifício processual arrimado no art. 275 do Código Civil brasileiro, o qual permite, ao menos *a priori*, que o empreendedor assuma sozinho os custos com a reparação dos danos ambientais oriundos de sua atividade. É-lhe ressalvado, todavia, o direito de regresso em face do Estado licenciador, nos moldes do art. 283 do mesmo código.

Poder-se-ia então alegar que, ao final de tudo, desde que o Estado fosse acionado regressivamente, daria no mesmo se a propositura da

⁵⁵ MIRRA, op. cit. p. 203/204.

⁵⁶ Ibid. p. 208.

⁵⁷ Loc. cit.

⁵⁸ Em que pese a possibilidade do Estado de ser empreendedor, assim como o particular, refere-se essa parte do trabalho apenas aos empreendedores particulares, haja vista que o que se pretende com a manobra processual proposta é arredar a socialização do prejuízo ambiental, o que não é possível nas hipóteses em que o Poder Público é o empreendedor.

ação fosse feita em face de ambos, pois, de qualquer forma, haveria a socialização da metade do prejuízo. Não é o que se pensa aqui. O fato de existir a possibilidade de o empreendedor ter que reparar sozinho, ainda que só de início, o dano ambiental, já causa certo temor àqueles que exercem atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, principalmente diante da morosidade das ações interpostas em face da Fazenda Pública. Faz-se com que os empreendedores aumentem suas preocupações com a prevenção dos danos ambientais.

Nesse diapasão, revela-se de suma importância a atuação dos órgãos e entidades com legitimação ativa para a ação civil pública ambiental, entre eles o Ministério Público, curador do ambiente. Se demandarem a reparação, preferencialmente, em face apenas dos empreendedores particulares, estarão induzindo os mesmos a não serem tão confiantes nas licenças administrativas e redobram esforços e investimentos na prevenção de futuros danos ambientais.

Por fim, é de bom alvitre salientar que a ação civil pública ambiental está imune a qualquer forma de intervenção de terceiros, o que favorece a manobra processual proposta. No âmbito da ação civil pública ambiental, poder-se-ia cogitar da denúncia da lide na modalidade prevista no inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil e do chamamento ao processo na modalidade do inciso III do art. 77 do mesmo diploma legal.⁵⁹

A denúncia da lide prevista no art. 70, inciso III, permite o exercício do direito de regresso do denunciante, na eventualidade de sucumbir na ação, em face de um terceiro – o denunciado – no bojo do próprio processo em que aquele é demandado.⁶⁰ Nesse ponto, adere-se *in totum* ao entendimento de Mirra, segundo quem a simples

⁵⁹ Por escapar do tema central deste trabalho, não se irá discutir aqui qual a modalidade da intervenção de terceiros que tecnicamente seria cabível ao caso – de solidariedade entre o Estado e o empreendedor –, se a denúncia da lide ou o chamamento ao processo. Diante da divergência doutrinária existente sobre o assunto (Nesse sentido, consulte-se CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 203), limitar-se-á a afastar a incidência dessas duas modalidades, passível de discussão na ação civil pública ambiental.

⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 199/202 *passim*.

existência do direito de regresso não abre caminho para a denunciação da lide, não podendo esta implicar a introdução de fundamento jurídico novo na demanda originária, com discussão paralela entre denunciante e denunciado em prejuízo do andamento regular – e mais rápido – do processo.⁶¹ No caso específico ora tratado, é impossível a denunciação da lide ao Estado pelo empreendedor particular sem que seja introduzido fundamento jurídico novo do processo, haja vista que o fundamento de suas responsabilidades objetivas, nesse caso, são diversos. Isto afasta de vez qualquer chance de incidência do instituto na ação civil pública ambiental.

O chamamento ao processo, por sua vez, é modalidade de intervenção de terceiros que faculta ao réu, no prazo de resposta, trazer à lide os demais co-obrigados na relação jurídica deduzida em juízo.⁶² No caso do inciso III do art. 77 do Código de Processo Civil, a co-obrigação decorre da solidariedade. Afasta-se também a sua incidência na ação civil pública ambiental, socorrendo-se para tanto novamente dos ensinamentos de Mirra:

Admitida que está, como visto, no ordenamento jurídico em vigor, a responsabilidade solidária dos degradadores do meio ambiente, havendo mais de um causador do dano ambiental (art. 1.518, *caput*, segunda parte, do CC – novo Código Civil, art. 942), não há como afastar *a priori* o cabimento do chamamento ao processo na demanda coletiva reparatória. Impõe-se, porém, que a posição de co-responsável esteja bem caracterizada, no caso concreto, não se podendo conceber discussão paralela entre chamante e chamado quanto à obrigação solidária deste último, em detrimento do regular andamento do processo para a apuração da responsabilidade civil do réu originário, a quem o autor endereçou a demanda inicialmente com exclusividade.⁶³

⁶¹ MIRRA, op. cit. p. 216.

⁶² CÂMARA, op. cit. p. 212/213.

⁶³ MIRRA, op. cit. p. 218.

Vale para o chamamento ao processo o mesmo argumento utilizado para arredar a incidência da denúncia da lide: não é possível a intervenção de terceiros se isto acarreta a introdução de fundamento jurídico novo na demanda. Diante disso, considerando que a responsabilidade objetiva pelos danos ambientais tem fundamento teórico diverso para o Estado no exercício de suas atividades típicas e para o empreendedor, não se vislumbra qualquer possibilidade de chamamento ao processo sem que haja introdução de novo fundamento jurídico na demanda e, como consequência, prejuízo ao andamento regular do processo.

Em casos tais, o Estado responde civilmente com base na teoria do risco administrativo, seja em razão do licenciamento ou em razão da ausência de fiscalização. Logo, sempre haverá no bojo da ação civil pública ambiental a possibilidade de exclusão de sua responsabilidade com a comprovação da ocorrência de uma das clássicas causas eximentes, o que implica uma maior discussão no processo. A responsabilidade estatal, na espécie, é sempre bem menos clara do que a do empreendedor, sobre o qual pesa a teoria do risco integral, tendo em vista que é muito mais difícil para este romper o nexo de causalidade entre sua atuação e o prejuízo ambiental do que para o Estado, face aos diferentes regimes de responsabilidade civil objetiva a que estão submetidos.

4. CONCLUSÃO

O mundo vem passando, nos últimos tempos, por um crescente e preocupante processo de degradação ambiental, que vem comprometendo sobremaneira a qualidade de vida do homem. Se continuar avançando nesse passo, esse devastador quadro de estrago ambiental poderá comprometer, em médio e longo prazos, a própria existência humana. Aliás, este é um importante argumento fático que, aliado aos argumentos jurídicos elencados neste trabalho, justifica a adoção de medidas rigorosas de prevenção, reparação e repressão do dano ambiental.

Quando o assunto é a reparação dos danos ambientais, defende-se a adoção de um sistema de responsabilidade civil rígido, no qual se preza pela responsabilização de todo e qualquer agente que, de alguma

forma, tenha contribuído, direta ou indiretamente, para a degradação do ambiente. Tem-se em mira, em última instância, a precaução de um futuro colapso ambiental.

Levando em consideração o contexto fático da degradação ambiental no Brasil e no mundo, prega-se a adoção da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco integral, com o objetivo primordial de proteger o ambiente para estas e as próximas gerações. É neste contexto que se defende com veemência a adoção da responsabilidade civil objetiva do poluidor-empendedor – seja este o Estado ou o particular – sob a modalidade do risco integral, inclusive nos casos de dano ambiental decorrente de atividade regularmente licenciada.

Por outro lado, não se mostra razoável que a principal vítima dos danos ambientais deva arcar com a sua reparação. Diante da questão da socialização dos danos ambientais, sustenta-se que a responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que no exercício de atividades estatais típicas, tem fundamento na teoria do risco administrativo. Tal posicionamento não resolve por completo o problema combatido, tendo em vista que não é raro o exercício estatal de atividades próprias da iniciativa privada, mas ao menos traz uma solução mais justa, evitando que se responsabilize invariavelmente o Poder Público e, indiretamente, a coletividade pelos danos ocasionados ao ambiente.

Outrossim, sugere-se aos legitimados para a ação civil pública ambiental que se promova a ação reparatória, nos casos em que a responsabilidade é solidária entre o Estado licenciador e o empreendedor particular, apenas em face deste último. Considera-se que o fundamento de suas responsabilidades pelos danos ambientais é diverso, o que implica na impossibilidade de qualquer forma de intervenção de terceiros e, ao menos *a priori*, evita que a sociedade acabe arcando com o dano por ela sofrido.

Em suma, defende-se a linha dura do regime de responsabilidade civil objetiva, fundada no risco integral como regra geral na responsabilidade civil pelos danos ambientais, admitindo-se uma única exceção, na hipótese em que o dano advém de atividade estatal típica. No exercício de atividades típicas, o Poder Público responderá objetivamente pelo dano, só que com fundamento no risco administrativo. Esse afrouxamento no regime de responsabilidade civil estatal, assim como as demais medidas sustentadas neste trabalho, é

plenamente justificável como forma de minorar a pulverização do prejuízo ambiental.

5. BIBLIOGRAFIA

- ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- FINK, Daniel Roberto e outros. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>>. Acesso em: 25 mar. 2006.
- GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no código civil de 2002*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- HARADA, Kiyoshi. *Responsabilidade civil do Estado*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=491>>. Acesso em: 25 mar. 2006.
- HENKES, Silvana Lúcia; SANTOS, Denise Borges dos. *Da (im)possibilidade de responsabilização civil pelo dano ambiental causado por empreendimento operante em conformidade com a licença ambiental obtida*. Jus Navigandi, Teresina, a.9, n.813, 24 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7329>>. Acesso em: 25 mar. 2006.
- JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. *Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

- KRELL, Andréas Joachim. *Concretização do dano ambiental: objeções à teoria do “risco integral”*. Jus Navigandi, Teresina, a. 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1720>>. Acesso em: 25 mar. 2006.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- LEMOES, Patrícia Faga Iglecias. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 5 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 630.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Áreas contaminadas e a obrigação do poluidor de custear – um diagnóstico para dimensionar o dano ambiental*. Revista de Direito Ambiental. n. 25. Ano 7. Editora Revista dos Tribunais, Jan.-mar. 2002.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TRANSPORTE PÚBLICO DE ÔNIBUS. DESCONTO DA TARIFA À LUZ DAS EMENDAS Nº 8 E 42 À LEI ORGÂNICA DE ARACAJU E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Filipe Cortes de Menezes, Filipe Cortes é advogado, pós-graduando em Direito Público (UNOPAR), autor de livro “Direito Constitucional: as normas de Aracaju à luz da Constituição Sergipana”, em fase de lançamento, e de vários artigos científicos nacionais e regionais. (filipe_cortes@yahoo.com.br)

RESUMO: O presente artigo científico buscou fazer uma breve abordagem sobre o transporte público de Aracaju, em especial o sistema de tarifas do Município. Para tanto, inicialmente se abordou de uma forma genérica acerca das competências constitucionais do Município, decorrentes de sua autonomia consagrada na CF/88.

Destacou-se, dentre tais competências, a local para prestar serviço de transporte público tecendo-se comentários acerca do sistema de concessão dos serviços públicos (sua finalidade e previsão legal e constitucional) e sobre as tarifas públicas, diferenciando-as das espécies tributárias constitucionais.

Em continuidade, especificando a discussão, passou-se abordar o ponto central do trabalho, qual seja, o sistema tarifário do transporte público de ônibus do município de Aracaju à luz da ordem jurídica municipal. Para tanto, se trouxe à baila comentários acerca da redação das emendas à Lei Orgânica de Aracaju de nº 8/1992 e 42/2007.

Na análise supra percebeu-se haver uma irregularidade em tal sistema, o que acarreta prejuízo à categoria de estudantes da rede pública de ensino, durante cerca de 15 anos.

Buscou-se assim, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em especial do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e da lei da Ação Civil Pública, imprimir fundamentação jurídica para que a classe estudantil prejudicada buscasse a tutela jurisdicional ao seu direito previsto naquelas emendas à lei orgânica.

Por derradeiro, discorreu-se, de forma singela, acerca de como se efetivariam os processos judiciais (fase de conhecimento, fase de execução, juízo competente...) derivados da busca jurisdicional da categoria supramencionada. Utilizou-se do presente trabalho das Emendas nº 8 e 42 à Lei Orgânica de Aracaju, coletadas em sede de pesquisa de campo no arquivo da Casa Legislativa da capital cergipana.

PALAVRAS-CHAVE: Transporte; Ônibus; Tarifa; Aracaju.

ABSTRACT: The present científico article searched to make one brief boarding on the public transport of Aracaju, in special the system of tariffs of the City. For in such a way, initially it was approached of a generic form concerning the abilities constitutional of the City, decurrent of its autonomy consecrated in the CF/88.

It was distinguished, amongst such abilities, the place to give service of Public transport weaveeing commentaries concerning the system of concession of the Public services (its purpose and legal and constitutional forecast) and on the Public tariffs, differentiating them of the constitutional species taxes.

In continuity, specifying the quarrel, was transferred to approach the central point of the work, which is, the tariff system of the public transport of bus of the City of Aracaju to the light of the municipal jurisprudence. For in such a way, if it brought to baila commentaries concerning the writing of the Emendations to the Organic Law of Aracaju of nº 8/1992 and 42/2007.

In the analysis it supplies was perceived to have an irregularity in such system what it causes damage to the category of students of the public net of education, during about 15 years.

One searched thus, to the light of the Brazilian legal system, in special of the Code of defense of the consumer, of the civil code and of the law of the public civil action, to print legal recital so that the estudantil classroom harms searched the jurisdictional guardianship to its right foreseen in those Emendations to the organic law.

For last, it was discoursed, of form singela, concerning as if they would accomplish the actions at law (phase of knowledge, phase of

execution, competent judgment...) derivatives of the jurisdictional search of the supramentioned category. One used of the present work of the Emendations nº 8 and 42 to the Organic Law of Aracaju, collected in headquarters of research of Field in the archive of the Legislative House of the sergipana capital.

KEYWORDS: Transport; Bus; Tariff; Aracaju.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Municípios; 2.1 Autonomia dos municípios; 2.2 Serviço público e a competência local dos municípios; 2.3 Concessão de serviço público; 2.4 Tarifa pública (preço público); 2.5 O transporte de ônibus no município de Aracaju; 2.5.1 O Código de Defesa do Consumidor e o serviço de ônibus de Aracaju; 2.5.2 Do processo judicial; 3. Considerações finais; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

2. MUNICÍPIOS

2.1 AUTONOMIA DOS MUNICÍPIOS

Com o advento da Constituição de 1988, os Municípios alçaram, definitivamente, ao patamar de entes autônomos. Autonomia que se manifesta em seu tríplice aspecto: administrativo, financeiro e normativo.

A autonomia administrativa significa a prerrogativa que tais entes políticos tem de se autogovernar. Através de uma Administração Pública própria são tomadas decisões administrativas, discricionárias e vinculadas, visando o bem comum dos munícipes.

A segunda autonomia se consubstancia no fato destes entes de direito público interno poderem criar, mediante lei local, tributos próprios. Trata-se de garantir aos referidos entes uma margem de liberdade financeira, podendo guiar seus atos, de acordo com seu orçamento.

Já a última forma de autonomia é justamente um pressuposto das demais. Com efeito, a partir do poder dado aos municípios de

elaborarem suas próprias normas de interesse local (antiga denominação de peculiar interesse) eles podem administrar seus interesses, à luz do princípio da estrita legalidade, bem como são criados os tributos mencionados.

Acerca desta autonomia se manifestou brilhantemente o Administrativista Hely Lopes Meirelles, i.v:

“A atual Constituição da República, além de inscrever a autonomia como prerrogativa intangível do Município, capaz de autorizar até a intervenção federal, para mantê-la ou restaurá-la, quando postergada pelo Estado-membro (art.34, VII, “c”), enumera, dentre outros, os seguintes princípios asseguradores dessa mesma autonomia: a) poder de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria); b) poder de auto-governo, pela eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores; c) poder normativo próprio, ou de autolegislação, mediante a elaboração de leis municipais na área de sua competência exclusiva e suplementar; d) poder de auto-administração: administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre seus tributos e aplicar suas rendas”¹

A Carta Magna, em vários dispositivos como os arts. 18, 29, 30,156, dentre outros, deixa transparecer toda esta autonomia conferida aos mencionados entes. Neste mesmo diapasão, a maior importância dada àqueles se mostra inclusive na criação, no art.125, §.2º, de um controle abstrato de constitucionalidade específico para tutelar as normas locais, como demonstrado em trabalho de nossa lavra².

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006.p. 93.

² MENEZES, Filipe Côrtes de. *Estatuto dos Servidores de Aracaju (Lei Municipal 1464/88). Lei morta?* Revista da Procuradoria- Geral do Estado. Aracaju: Degrase. 2008

2.2 SERVIÇO PÚBLICO E A COMPETÊNCIA LOCAL DOS MUNICÍPIOS

A CF/88 atribuiu aos Municípios a competência para executar e delegar os serviços públicos qualificados como interesse local(art.30, inciso I da CF/88) e que na Carta Política anterior eram ditos como de peculiar interesse. Acerca da sua competência constitucional muito bem se coloca o ilustre Constitucionalista José Afonso da Silva em sua brilhante obra, *ipsis litteris*:

“O art. 30 da Constituição já discrimina as bases da competência dos Municípios, tais como: (1) legislar sobre assuntos de interesse local, que consubstancia a área de competência legislativa exclusiva, incluindo aí, por conseguinte, a legislação tributária e financeira; (2) complementar a legislação federal e a estadual no que couber; aí, certamente, competirá aos Municípios legislar supletivamente sobre: (a) proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; (b) responsabilidade por dano ao meio ambiente ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico local...”³

Como transparecido pelo ensinamento supra, o interesse local não se traduz em interesse exclusivo dos municípios, mas preponderância de interesse de tais pessoas jurídicas de Direito Público sobre a União, Estado, Distrito Federal e Territórios. Por exemplo, o serviço de limpeza urbana interessa mais prontamente ao Município, contudo não deixa de interessar aos demais entes citados.

Neste diapasão se insere o serviço de transporte público, o qual encontra previsão constitucional específica (art.30, inciso V da CF de 88).

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.p.643.

2.3 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Diante da evolução socioeconômica os serviços que antes, no advento do Estado de bem-estar social, eram prestados quase que exclusivamente pelo Estado, agora o são em sua grande parte prestados por particulares.

O Estado, desde o advento da CF de 1988, visando a diminuição de gastos passou a delegar e a conceder tais serviços à iniciativa privada, através de um procedimento (conjunto de atos administrativos concatenados) denominado de licitação, previsto nas Leis 8.666/93 e 8.987/95. Conceitua-o Celso Antônio Bandeira de Mello como sendo *in*:

“Licitação – em síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”⁴

Na atual Carta Magna tal instituto encontra-se previsto nos art.22, inc. XXVII e art.175, ambos da CF/88. Assim, o Estado pode passar a execução, mas não a titularidade daqueles para empresas privadas que tenham condição de fazê-lo com um menor custo e um menor resultado.

Tais pessoas jurídicas, para que isto aconteça, sem que lhe seja acarretado uma enriquecimento sem causa, precisam de uma contraprestação pecuniária que lhes é paga não pela Administração Pública, em que pese a existência do contrato administrativo, mas pela Sociedade na forma de tarifa pública.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.p.483.

2.4 TARIFA PÚBLICA (PREÇO PÚBLICO)

A tarifa pública é a forma pela qual as empresas privadas se remuneram dos seus gastos efetivados na prestação do serviço público, acrescida a sua margem de lucro. Acerca daquela já se expressara o nobre jurista Eduardo de Moraes Sabbag, asseverando que “TARIFA: não é Tributo, nasce por meio de um contrato, é voluntária e possui caráter de inessencialidade. Exemplo: Tarifa de ônibus...”⁵ e ainda que “Assim, toda taxa é tributo, e preço é uma contraprestação por um serviço particular, por uma compra e venda ou retribuição, tendo como regime jurídico o de Direito Privado”⁶.

A tarifa pública não se confunde com as espécies tributárias (imposto, taxa, contribuição de melhoria e contribuição da seguridade social). Em que pese ser ponto comum todas se relacionarem em algum momento com o Serviço Público, o sujeito que a presta é diferenciado.

As taxas são devidas pela utilização efetiva ou potencial do serviço público específico e divisível (art.145, inc.II da CF/88 e art..77 do CTN) trazendo ínsita a contraprestação estatal em serviço público. Ademais, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Augusta Corte, (Súmula 545 do STF) as taxas, ao revés dos preços públicos, são compulsórias.

Em que pese tais diferenciações explanadas entre taxa e preço público, a doutrina diverge acerca dos critérios e modos de fazê-lo não se encontrando em uniformidade conforme assentado pelo ilustre tributarista Luiz Felipe Silveira Define:

“A distinção entre taxas e preços públicos tem sido um dos problemas mais complexos do direito tributário. Zelmo Denari dele disse ser o ‘Triângulo das Bermudas da disciplina. Não há

⁵ SABBAG, Eduardo de Moraes. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Prima, Curso preparatório, 2004.p.77

⁶ Ob. cit.p.78

consenso doutrinário na distinção, cujas conseqüências práticas são relevantíssimas...”⁷

O imposto é outra espécie tributária que prescinde de qualquer contraprestação estatal (art. 16 da Lei nº 5.172/66), mas que, igualmente à taxa, é compulsório e não deriva da prática de nenhum ato ilícito (art.3 do CTN).

A contribuição de melhoria é espécie tributária que decorre da valorização imobiliária, advinda da construção de uma obra pública, e o valor a ser cobrado não pode ultrapassar o custo da obra e a valorização individual do imóvel.

Já as contribuições sociais são espécies de tributos criadas em regra por lei ordinária, com prazo de 90 dias para produzir efeitos (princípio da noventena), e destinação específica para custeio da Seguridade Social (contribuições previdenciárias) ou para a implementação de projetos na área social.

2.5 O TRANSPORTE DE ÔNIBUS NO MUNICÍPIO DE ARACAJU

O transporte de ônibus como já assentado se classifica como serviço público cuja competência é atribuída aos Municípios. Pelos motivos já expostos, concede à iniciativa privada a execução do mesmo, através do procedimento administrativo licitatório na modalidade concorrência (art. 22, inc. II da Lei nº 8.666 de 1993).

Não foi diferente no Município de Aracaju. A lei orgânica da capital sergipana, que não possui natureza Constitucional como já manifestado no Excelso Pretório (Re 175087 SP, rel.Min. Néri da Silveira, DJ19.03.2002) promulgada em 05 de abril de 1990, previu exatamente tal concessão, instituindo como desconto na tarifa respectiva o Montante de 50% para todos os alunos, indistintamente se da rede de ensino público ou particular.

Em 1992, a norma municipal foi alterada de modo a discriminar o desconto nas tarifas de ônibus, passando os estudantes da rede pública

⁷ DIFINI, Luiz Silveira. *Manual de Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p.40.

a ter direito a um abatimento na tarifa de dois terços, ao revés dos alunos da rede particular de ensino que continuaram com os 50% da redação original.

A mesma foi elaborada de acordo com o procedimento legislativo constitucional (art. 29 da CF de 88), art. 13, inc. XIII da Constituição do Estado de Sergipe e arts.102 a 111 da Lei Orgânica de Aracaju. Não se encontra nenhum vício. Ao revés a discriminação tarifária feita encontra-se em consonância com o princípio constitucional da isonomia, no exato sentido dado por Ruy Barbosa, ou seja, tratar os desiguais na medida de sua desigualdade.

Com efeito, via de regra, os alunos da rede pública de educação não possuem condições financeiras para custear outro meio de transporte, bem como para outras necessidades diárias. Ao contrário dos alunos da rede particular de ensino que, via de regra, são integrantes da classe média e alta. Portanto constitucional a referida modificação na Lei Orgânica.

Contudo é público e notório, dispensando de prova nos termos do art.334, inc.I .do CPC, que o Poder Público durante todos os anos de vigência da alteração(desde 03 de junho de 1992 com a promulgação da emenda à Lei Orgânica nº 8/92 cujos termos foram recentemente confirmados e ampliados pela Emenda nº 42/2007, de 05 de novembro de 2007) não cumpriu referido comando legal.

Durante todo este lapso temporal, os estudantes da rede pública de ensino pagaram indevidamente a proporção de dezesseis por cento a mais por passe, o que poderia ensejar a propositura da Ação de Repetição de Indébito contra a Superintendência Municipal de Transporte e Trânsito (autarquia municipal criada pela Lei Municipal nº 1.030/84 com a denominação de SMTU) e regulamentada pelos Decretos Municipais nº 12/85 e 136/98 e solidariamente contra o próprio Município de Aracaju, nos termos da Lei 8.078/90 e dos art. 175 da CF/88.

Cabível também a conhecida Ação Civil Pública, regulamentada pela Lei 7.347/1985, por violação do direito coletivo (entendido como síntese dos interesses individuais⁸) de vários alunos, consumidores do

⁸ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O controle da administração pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.p.29

serviço de transporte (art. 1, inc. II). Poderão ser autores órgãos como o Ministério Público, e a Defensoria Pública, dentre os outros delineados no art.5 do referido diploma com a redação dada pela Lei nº 11.448/2007.

Clara é a doutrina ao esclarecer o alcance e conteúdo de tais remédios processuais, *z.v.*:

“A ação civil pública é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica (art. 1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade”⁹

A ação de repetição se baseia no princípio da equidade, que significa dizer que não é permitido a ninguém locupletar-se, sem causa, à custa de terceiros. Assim, caso o “solvens” não disponha de outro meio para obter a restituição, o direito lhe assegura o uso da ação de “in rem verso”¹⁰

Pertinente também o pleito de indenização por danos morais, sendo cobrado individualmente, no bojo da ação de petição de indébito, ou de forma coletiva, como pedido cumulado na Ação Civil Pública. No caso desta, quando movida pelo parquet estadual, a competência recursal é o Tribunal de Justiça, *z.v.*:

“Ação Civil Pública. Movida pelo MP estadual para fazer cessar a atividade atentatória do meio ambiente. Interesses coletivos ou difusos, inconfundíveis com o mero direito de vizinhança.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, e ação declaratória de constitucionalidade*. 22ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p.153-154.

¹⁰ CORREIA, Jadson Dias. *Pagamento indevido e enriquecimento sem causa (obrigação legal cuja fonte difere dos contratos e da responsabilidade civil)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=675>>. Acesso em: 22 fev. 2008.

Competência recursal do TJSP (1.TACivSP, Ag 506737, rel. Juiz Walter Guilherme, j.3.6.1992)[acórdão anterior à EC 45/04]¹¹

Não obstante a limitação do arresto supra transcrito ao se referir apenas ao órgão ministerial, é certo que hodiernamente, como já apontado, a Defensoria Pública, além dos outros órgãos indicados na lei da Ação Civil Pública, tem legitimidade ativa, cabendo à Corte local julgar em segundo grau de jurisdição a lide correlata. Ademais, importante salientar que, de igual sorte, é cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a estes serviços, com as correspondentes conseqüências legais daí advindas.

2.5.1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O SERVIÇO DE ÔNIBUS DE ARACAJU

Como assentado há pouco, os estudantes da escola pública ou particular, enquanto usuários do serviço de transporte local, são protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o qual prevê a responsabilidade objetiva (art.12) do fornecedor de serviço, no caso as empresas de ônibus, e, solidariamente, o Município de Aracaju (Administração direta) ente concedente do serviço e da SMTT (autarquia municipal responsável por fiscalizar a correta prestação do mesmo).

Com razão totalmente pertinente, o enquadramento jurídico dos referidos estudantes como consumidores à luz dos ensinamentos do ilustre jurista, atuante na área, José Geraldo Brito Filomeno, que assevera, em sua obra Manual de Defesa do Consumidor, i.v:

“Entendemos que consumidor, abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, tão somente econômica, psicológica ou sociológica, e concentrando-nos basicamente na acepção jurídica,

¹¹ JUNIOR, Nelson Néri. *Código de Processo civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.299.

vem a ser qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços...”¹²

O mesmo diploma dá aos consumidores, dentre outros, o direito básico à informação acerca dos serviços utilizados pelo prestador, incluindo o conhecimento sobre o preço do mesmo, conforme simples exegese do seu art.6, inc.III, *ipsis litteris*:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6, inc. III da Lei 8.078/90 – grifo nosso)

A não concessão da tarifa aos estudantes da rede pública, na proporção estabelecida na Emenda nº 8 de 1992 à Lei Orgânica de Aracaju e posteriormente ratificada na Emenda nº 42 de 2002, constitui violação aos direitos coletivos da respectiva classe nos termos do art. 81, p.u, inc. II do CDC, *i.v*:

“art. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

.....
II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os

¹² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Atlas.2005. p.22

transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”

Neste diapasão totalmente cabível, a utilização do remédio jurídico denominado de Ação Civil Pública (art.129, inc. II da CF de 1988, art. 1, inc. II da Lei 7.347 de 1985) tendo como possíveis autores os legitimados no art.5º desta lei, dentre os quais se insere, após o advento da Lei. 11.448 de 2007, a Defensoria Pública do Estado de Sergipe.

2.5.2 DO PROCESSO JUDICIAL

Ante o exposto e diante da inobservância diária do direito da categoria de estudantes da rede pública de ensino cada dicente poderia, de igual sorte, ajuizar demanda individual pleiteando a repetição do indébito (art. 876 da Lei 10406/2002) dos valores pagos a mais na tarifa desde a vigência da Emenda nº 8 já referida, cumulando ainda o pleito de dano moral (art. 5, inc. X da CF de 1988 e art. 186 do CCB).

Seriam demandados solidariamente (CDC) a Superintendência Municipal de Transporte e Trânsito, autarquia municipal que vende os passes escolares, a Administração direta do Município de Aracaju, poder concedente do serviço público de transporte (art. 30, inc. V da CF/88) bem como as empresas de transporte coletivo de ônibus por serem prestadores do serviço.

O Juízo competente seria uma das varas cíveis (comum se ausente do litisconsórcio passivo o Município de Aracaju; e da Fazenda Pública, se presente) da Comarca de Aracaju ou de umas das cidades metropolitanas, no caso das linhas inter-municipais, ainda que o valor pleiteado fosse abaixo de 40 salários mínimos, tendo em vista que à luz do art.3º, §2º da Lei 9099 de 1995 não pode ser requerido no Juizado Especial Cível, ente de direito público, salvo se apenas fossem demandadas as empresas de transporte.

Tal processo seria muito célere, uma vez se tratar de matéria exclusivamente de direito (art. 330, inc. I do CPC), uma vez que a comprovação do aludido se restringe à juntada aos autos, das Emendas

nº 8 e 42 à Lei Orgânica de Aracaju já citadas. Ademais, é fato público e notório (art. 334, inc. I do CPC) que o desconto da tarifa de ônibus concedido pela SMTT é igual para todos estudantes da rede pública ou particular, e na proporção de 50%, independentemente de prova.

Neste sentido, o juízo diante o previsto no art. 330, inc. I do CPC, o juízo julgaria antecipadamente a lide, proferindo sentença sem a realização de audiência instrutória, o que garantiria em tais feitos a celeridade processual, alçada como direito fundamental e cláusula pétrea com o advento da EC 45 de 2004.

Na hipótese de condenação, ante a clara previsão do direito exposto, cuja diferenciação na tarifa se coaduna com o princípio da isonomia (art. 5 da CF de 1988) no sentido dado por Ruy Barbosa, e acaso o valor ultrapasse 60 salários mínimos, seria o decisório submetido ao reexame necessário, e após o trânsito em julgado se submeteria ao pagamento mediante precatório, salvo em relação às empresas privadas.

Caso a sentença condenatória não ultrapassasse aos 60 salários seria feita a execução mediante requisição de pequeno valor, em relação à SMTT, como já transparecido neste breve trabalho.

A execução ocorreria na forma do procedimento de “Execução contra a Fazenda Pública” (caso fosse ré) ou na nova forma instituída pela Lei 11.232/05 de “Cumprimento de sentença” (caso apenas fossem demandadas as empresas prestadoras do serviço).

Acerca da execução contra a Fazenda Pública límpida é a lição do ilustre processualista Misael Montenegro Filho na sua renomada obra *Curso de Direito Processual Civil*, nos seguintes termos:

“Partindo da premissa desenhada no inciso I do art.649 do CPC, que estipula ser impenhorável o bem que é inalienável, e verificando que o bem público em regra se encontra inserido nessa hipótese (quando for afetado ao uso público), por força do art. 100 do CC, emerge como consequência a constatação de que à execução movida contra a Fazenda Pública não se aplicam grande parte (quase todas) das regras procedimentais atinentes à execução movida contra

particulares, regulando-se por normas próprias, não tendo início através da intimação do devedor para adimplir a dívida no prazo de quinze dias (arts.475-D § do CPC)”¹³

Já sobre o cumprimento de sentença judicial pode-se asseverar que o mesmo tem por finalidade, a de fundir num só processo o executivo e o de conhecimento, o que acarreta uma maior celeridade. Neste sentido o ilustre jurista *i.v.*:

“A intenção do legislador foi criar um único procedimento, fazendo uma mistura de processo de cognição e execução, criando o chamado processo sincrético, deixando uma impressão de desnecessidade do processo executivo. Na verdade o legislador ‘desqualificou’ o processo executivo, tentando retirar o caráter de processo distinto e autônomo em face do processo de conhecimento”¹⁴

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Carta Magna de 1988 os Municípios passaram a ser, efetivamente, considerados autônomos administrativa, tributaria e normativamente. Esta última manifestação de autonomia se reflete na aptidão atribuída a tais entes de poder se auto-regrar em vários setores, previamente delineados na CRF/88.

Dentre os setores que o município tem a competência de prestar, está o de serviço público de transporte urbano, como o de ônibus. Para executar tais serviços, o ente delega a sua prestação a pessoas jurídicas de direito privado através da espécie licitatória denominada concessão.

¹³ FILHO, Misael Montenegro. *Curso de Direito Processual Civil*. 4ª ed. Vol.2. São Paulo: Atlas, 2007, p.446

¹⁴ SCHLEDER, Dino Leonardo Marques. *O novo regime de cumprimento da sentença*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1344, 7 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9570>>. Acesso em: 25 fev. 2008

Para efetivar tais serviços, as empresas de transporte de ônibus cobram dos usuários do referido serviço um valor juridicamente denominado como tarifa, ou preço público na forma da jurisprudência sumulada do Excelso pretório. Valor que não se confunde com qualquer espécie tributária.

O Município de Aracaju exercitando aquela autonomia através de sua lei orgânica, regulamentou o serviço de ônibus trazido à baila, deixando-se assente com o advento das Emendas 8/92 e 42/2007 o valor diferenciado, à luz do princípio da isonomia, da respectiva tarifa para estudantes de escola particular e pública, então chamada de “rede oficial de ensino”.

Contudo em que pese a previsão no corpo da lei orgânica após o advento de tais alterações é público e notório perante a população do Município, em especial os estudantes da rede pública, maiores beneficiários, que o desconto diferenciado nunca foi cumprido.

Tal descumprimento lhes garante, enquanto consumidores do serviço, a utilização da Ação Civil Pública, através dos legitimados legais, ou até do ajuizamento de ações de repetição do indébito, o que gerará uma responsabilidade objetiva do ente público municipal, através de sua autarquia especial de trânsito (SMTT) bem como das empresas prestadoras do serviço.

Os feitos originários de tais lides seriam provavelmente céleres, uma vez que por se tratar de matéria exclusivamente de direito, e sendo fato público e notório a tarifa diferenciada, não haveria audiência instrutória, estando autorizado o seu julgamento antecipado. O foro competente dos mesmos seria a vara cível (comum – se ausente a fazenda pública do pólo passivo; Vara da fazenda pública – se presente) da Capital do Estado ou de uma das cidades metropolitanas, no caso das linhas intermunicipais.

O título executivo deles originado seria executado mediante o procedimento de “Execução contra a fazenda pública” (caso esta fosse ré) ou mediante o “cumprimento de sentença” (caso não fosse).

4. REFERÊNCIAS

CORREIA, Jadson Dias. *Pagamento indevido e enriquecimento sem causa (obrigação legal cuja fonte difere dos contratos e da responsabilidade civil)*. Jus

- Navigandi, Teresina, ano 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=675>>. Acesso em: 22 fev. 2008
- DIFINI, Luiz Silveira. *Manual de direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.
- FILHO, Misael Montenegro. *Curso de direito processual civil*. 4ª ed. Vol.2. São Paulo: Atlas, 2007.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Atlas. 2005.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O controle da administração pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- JÚNIOR, Nelson Néri. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.299.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, e ação declaratória de constitucionalidade*. 22ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.
- MENEZES, Filipe Côrtes de. *Estatuto dos servidores de Aracaju (Lei Municipal 1464/88)*. Lei morta? Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Aracaju: Degrase. 2008
- SABBAG, Eduardo de Moraes. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Prima, Curso preparatório, 2004.
- SCHLEDER, Dino Leonardo Marques. *O novo regime de cumprimento da sentença*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1.344, 7 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9570>>. Acesso em: 25 fev. 2008
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

O PRINCÍPIO DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DOS ACIONISTAS NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS: BREVE QUADRO DE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E ARGENTINA, NOS CASOS DE FALÊNCIA DE COMPANHIAS SUBCAPITALIZADAS

André Luiz Vinhas da Cruz, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), Procurador do Estado de Sergipe, advogado, Professor de Direito Civil da Faculdade Sergipana (FASER) e de Direito Empresarial da Faculdade São Luís de França (FSLF) e Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ). (andrevinhas@oi.com.br)

Monografia apresentada, na disciplina “Seminário II: Direito Privado”, ministrada pelo Prof. Dr. Mariano Gagliardo, a título de cumprimento parcial de créditos no Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA).

RESUMO: O presente trabalho visa fixar um breve quadro de análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino, no tocante ao alcance do princípio da limitação da responsabilidade patrimonial dos acionistas nas sociedades anônimas, quando ocorre a decretação de falência das mesmas em razão de sua subcapitalização.

PALAVRAS-CHAVE: Direito empresarial; Sociedades anônimas; Responsabilidade patrimonial dos acionistas; Subcapitalização e quebra; Direito comparado.

ABSTRACT: This paper aims to set a brief framework for comparative analysis between the Brazilian and Argentine jurisdictions,

as regards the scope of the principle of limited liability assets of shareholders in companies anonymous, when the determination of bankruptcy occurs because of its undercapitalisation.

KEYWORDS: Business law; Anonymous societies; Asset liability of shareholders; Undercapitalisation and bankruptcy; Comparative law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os requisitos legais para a constituição das companhias; 3. O princípio da limitação da responsabilidade patrimonial dos acionistas e a formação do capital social das companhias; 4. A responsabilidade patrimonial dos acionistas no caso de falência de companhias subcapitalizadas; 5. Conclusões; Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Na construção do conceito de sociedade empresária, Fábio Ulhoa Coelho nos lembra da existência de duas noções basilares: a de pessoa jurídica empresária e a de atividade empresarial¹.

De forma específica, a noção de “pessoa jurídica empresária” nos guia à idéia do exercício de atividade econômica sob a forma empresarial por uma pessoa (a sociedade) distinta das pessoas físicas que a compõe, ou seja, das figuras individuais de seus sócios.

Não se trata de sociedade de empresários, posto que empresária é a própria sociedade. Soa equivocado, então, tratar os sócios como

¹ A noção de “atividade empresarial” se vincula ao próprio conceito de empresário adotado pelo Código Civil brasileiro de 2002 (Lei Federal nº 10.406, de 10/01/2002), em seu artigo 966. De acordo com tal ditame legal, será empresário o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, tendente a produção ou circulação de bens e serviços. A atividade é econômica no sentido de que busca gerar lucro enquanto fim para quem a explora. Ressalte-se que toda atividade capitalista necessita manter uma margem de lucratividade. Contudo, algumas sociedades utilizam o lucro como simples meio para o alcance de outras finalidades, a exemplo de universidades filantrópicas e associações beneficentes. Por outra quadra, a atividade empresarial necessita ser organizada, ou seja, nela se encontrar articulados, pelo empresário, os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 12-15; 109.

empresários, posto que tal qualificação diz respeito única e exclusivamente à pessoa jurídica, vale dizer, ao sujeito de direito personalizado.²

Tal sutileza terminológica se justifica por força do princípio da autonomia da pessoa jurídica, segundo o qual é incorreto considerar os integrantes da sociedade empresária como os titulares da empresa³, porque tal qualidade é da pessoa jurídica.

² A pessoa jurídica é um expediente do direito destinado a simplificar a disciplina de determinadas relações entre os homens em sociedade. Tal idéia tem o precioso sentido de autorizar determinados sujeitos de direito à prática de atos jurídicos em geral. No particular, “sujeito de direito” é gênero do qual “pessoa” é espécie. Os sujeitos de direito são todos os centros subjetivos de referência de direito ou dever, ou seja, tudo aquilo que a ordem jurídica reputa apto a ser titular de direito ou devedor de prestação. Daí porque existem sujeitos de direito despersonalizados, tais como a massa falida, o condomínio horizontal, o nascituro, o espólio etc. O que diferencia as pessoas dos entes sem personalidade jurídica é o regime jurídico a que estão os mesmos submetidos. Enquanto as pessoas estão autorizadas a praticar todos os atos jurídicos a que não estejam expressamente proibidas, os sujeitos de direito despersonalizados só poderão praticar os atos a que estejam, explicitamente, autorizados pelo direito. Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2007, p. 5; COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito...*, p. 112.

³ Na trilha da rigorosa pureza conceitual, em termos de direito societário, é invidável que o termo “empresa” é seguidamente mal utilizado, como designativo da própria “sociedade empresária” ou do “estabelecimento empresarial”. Costumeiramente, se ouve falar que “a empresa faliu”, “a empresa está pegando fogo” ou “a empresa importou tais mercadorias”. Em verdade, a exata e técnica noção de “empresa” se associa à idéia de “empreendimento”. Vale dizer: empresa significa atividade empresarial, ou seja, atividade econômica e organizada tendente a produção ou circulação de bens ou serviços, nos precisos termos dos conceitos de empresário (exposto no art. 966 do Código Civil brasileiro - CCB), sociedade empresária (CCB, art. 982) e estabelecimento empresarial (CCB, art. 1.142). Marcia Lippert explica, entretanto, que não há, no CCB, um conceito de “empresa”, como sói ocorrer no Código Civil italiano de 1942 e na vetusta proposta de Sylvio Marcondes em seu projeto de Código de Obrigações. O próprio Miguel Reale, autor do Projeto do atual Código Civil brasileiro, ao comentar sobre o conceito de “empresa”, ora se refere à atividade econômica, ora ao lucro, enquanto elementos definidores de tal noção. Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito...*, pp. 12-13; LIPPERT, Márcia Mallmann. *A empresa no código civil: elemento de unificação no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 121-123; REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 98-99; BULGARELLI, Waldírio. *Sociedades comerciais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 298; REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1988, p. 57.

Tal distinção é importante para o regime dos entes coletivos (morais). As pessoas envolvidas são inconfundíveis e independentes entre si.

A personalização das sociedades empresariais, segundo Fábio Ulhoa Coelho⁴, gera três conseqüências principais, a saber:

a) titularidade negocial: a sociedade empresária é quem realiza os seus negócios jurídicos (a exemplo de compra de matéria-prima, celebração de contratos de trabalho, aceite de duplicatas), embora o faça pelas mãos de seu representante legal ou sócio. Como sujeito de direito personalizado, a sociedade é quem assume um dos pólos da relação negocial, e não seus sócios ou representantes legais;

b) titularidade processual: a sociedade empresarial pode demandar e ser demandada em juízo, já que possui capacidade para ser parte processual. A ação judicial referente a negócio da sociedade deve ser endereçada contra a pessoa jurídica e não em face de seus sócios ou representantes legais; e

c) responsabilidade patrimonial: a sociedade tem patrimônio próprio, que é inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um dos seus sócios. A sociedade empresária é quem responde com o seu patrimônio pelas obrigações que assumir. Os sócios, em regra, não responderão pelas obrigações da sociedade.

De tais conseqüências é possível se extrair a correlação entre a personalização da sociedade e a limitação da responsabilidade dos sócios. No sistema do Reino Unido, por exemplo, as sociedades em que os sócios respondem integralmente pelas obrigações sociais são despersonalizadas⁵.

Nos ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino, entretanto, não existe necessária correlação entre esses dois temas societários. A

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito...*, pp. 113-114.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito...*, p. 7; FARRAR, J. H. *et al. Farrar's company law*. 4ª. ed. Londres-Edimburgo-Dublin: Butterworths, 1998, pp. 79-81.

personalização da sociedade não está ligada sempre à limitação da responsabilidade de seus integrantes⁶.

O que se torna claro, contudo, é que, em razão da personalização das sociedades empresárias, os sócios têm, em regra, pelas obrigações sociais, responsabilidade subsidiária⁷.

Explique-se. Enquanto não exaurido o patrimônio social, não se pode cogitar de comprometimento do patrimônio particular do sócio para a satisfação da dívida da sociedade.

Além da subsidiariedade, o direito societário previu também a possibilidade de limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios pelas obrigações sociais.

Assim sendo, a responsabilidade dos sócios poderá ser limitada ou ilimitada, a depender do tipo societário contratado. Em certas condições, os sócios respondem sem qualquer limitação, arcando pessoalmente com a integralidade da dívida social, como acontece nas sociedades irregulares, desprovidas do devido registro público.

Em outras hipóteses, eles respondem pelas obrigações sociais dentro de um limite, relacionado ao valor do investimento que se propuseram a realizar, como ocorre nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada e nas sociedades anônimas.

O intuito da construção de tal teoria, segundo a qual resta autorizada a transferência, ao menos, de parte dos prejuízos para os credores da sociedade, foi o de motivar os empreendedores na busca de novos negócios, em especial, os mais arriscados.

Acaso todo o patrimônio particular dos sócios pudesse ser comprometido pelas dívidas sociais, em razão do insucesso da

⁶ Quer isto dizer que, no Brasil e na Argentina, existem sociedades personalizadas em que os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais (v.g., sociedade em nome coletivo, no Brasil, e “sociedad colectiva”, na Argentina), assim como há uma hipótese de articulação de esforços despersonalizada, em que os participantes podem responder dentro de um limite (a exemplo, do sócio participante da conta em participação, se assim previsto no contrato, no Brasil; bem como ocorre na “sociedad accidental o en participación”, prevista na Lei de Sociedades Comerciais – Lei nº 19.550, de 25/04/1972).

⁷ A regra da subsidiariedade já existia no Código Comercial Brasileiro de 1850, e foi reproduzida na legislação processual (Código de Processo Civil brasileiro – CPCB, art. 596) e civil brasileira (CCB/2002, art. 1.024). Na Argentina, o art. 163 da Lei nº 19.550/72 explicita que o capital de uma sociedade anônima é representado por ações e os sócios limitam sua responsabilidade a integralização das ações subscritas.

sociedade empresária, os empreendedores seriam naturalmente mais cautelosos na participação em empresas, o que geraria graves prejuízos para a sociedade de um modo geral, que depende dos bens e serviços proporcionados pelas sociedades empresariais.

Não existe no direito brasileiro⁸ nenhuma regra geral de solidariedade entre sócios e sociedade (simples⁹ ou empresária), podendo aqueles sempre se valer do benefício de ordem, pela indicação de bens sociais livres e desembaraçados, sobre os quais pode recair a execução da obrigação societária.

O princípio da limitação da responsabilidade patrimonial dos acionistas¹⁰ nas sociedades anônimas possui um conteúdo universal aplicável tanto no Brasil quanto na Argentina, contudo com algumas características peculiares.

Uma dessas peculiaridades diz respeito à hipótese de subcapitalização da companhia, que só ocorrer quando há o subdimensionamento do capital social subscrito e integralizado pelos acionistas.

Nesta situação, é de se perquirir se existe ou não, em cada uma das legislações comparadas, a responsabilidade patrimonial do acionista pela dívida social, quando a sociedade tem a sua falência decretada.

Sobre as regras gerais e tal peculiaridade, num breve quadro analítico-comparativo entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino, é que se funda o presente trabalho, que longe de desejar o esgotamento do tema, apenas anseia traçar as basilares noções sobre tal tema de direito societário.

⁸ Na legislação brasileira, a solidariedade ocorre entre os sócios, pela formação do capital social, mas nunca entre o sócio e a sociedade. A única exceção à regra geral da subsidiariedade no direito societário brasileiro ocorre no caso da sociedade em nome comum, prevista no art. 990 do CCB, pelo qual o sócio que atuar como representante legal da sociedade irregular, ou seja, não registrada na Junta Comercial, responderá direta, e não subsidiariamente, pelas obrigações sociais contraídas.

⁹ As sociedades simples são as sociedades não-empresárias, que exercem atividades civis, cujo conceito se extrai por exclusão, nos exatos termos do art. 982 do CCB/2002.

¹⁰ Mister se faz, desde já, tornar claro que a expressão “acionista”, no contexto do direito empresarial, se refere à figura do sócio, titular de ações, nas sociedades anônimas (também nominadas de “companhias”), relegando-se a expressão “cotista” aos sócios que possuem cotas em sociedades de responsabilidade limitada.

2. OS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONSTITUIÇÃO DAS COMPANHIAS

As sociedades anônimas correspondem à forma jurídico-societária mais apropriada aos grandes empreendimentos econômicos, que reclamam elevados aportes de capital, tendo por principais características a limitação da responsabilidade dos acionistas e a negociabilidade da participação societária¹¹.

Em regra, em grandes empresas, como a de prospecção de petróleo, a depender de enorme vulto de recursos, os sócios, em certa medida, são indiferentes ao objeto social. O que buscam é a melhor alternativa de ganho, ofertada pelo mercado, para o dinheiro investido.

As sociedades precursoras da sociedade anônima foram criadas para atender a interesses públicos, dado o grande volume de recursos comprometidos.¹² Em regra, as sociedades anônimas constituíam-se por um ato de outorga do poder estatal, no qual o rei concedia um privilégio aos investidores, do qual derivavam a limitação da responsabilidade e a exclusividade do negócio.

Tal limitação das perdas não era proporcionada, até então, por nenhum regime jurídico societário¹³. Com o passar do tempo, a outorga

¹¹ A companhia é uma sociedade de capital, nos quais as ações (títulos representativos da participação acionária) são livremente negociáveis, não sendo possível, como acontece nas sociedades limitadas, que um acionista impeça o ingresso de quem quer que seja nos quadros sociais. Por outro lado, será sempre possível a penhora da ação em execução promovida contra o acionista. Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual...*, pp. 181-182.

¹² Na época do Renascimento, cidades italianas, como a República de Gênova, desenvolveram complexos mecanismos de financiamento da atividade estatal durante a guerra com Veneza, que se concretizavam pela emissão de títulos por associação de credores, a exemplo da Casa de São Jorge (*Officium Procuratorum Sancti Georgii*), cujo pagamento era garantido pela arrecadação futura de tributos. As grandes navegações marítimas de expansão ultramarina, realizadas durante a Idade Média, nos séculos XVII e XVIII, tiveram a importante participação das companhias de colonização, a exemplo da Companhia das Índias Orientais, organizada pelo Estado holandês, em 1602. Cf. ASCARELLI, Tullio. *Corso de diritto commerciale*. Introduzione e teoria dell'impresa. Barcelona: Bosch, 1962, pp. 55-58; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial...*, pp. 61-62.

¹³ Veja-se que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada apenas surgiu no cenário jurídico mundial em 1892, na Alemanha. Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial...*, p. 63.

estatal como condição para a formação das sociedades anônimas deixou de representar a garantia do monopólio e tornou-se instrumento de controle da captação pública de recursos¹⁴.

No Brasil, no período colonial e no começo do regime imperial, a constituição das sociedades anônimas dependiam de outorga do poder real ou imperial. Em 1849, o sistema da autorização foi assimilado por decreto imperial, reproduzido no Código Comercial de 1850, vindo a ser abolido, como regra geral¹⁵, em 1882.

Hodiernamente, no Brasil, em face do disposto no art. 4º, §§ 1º e 2º da Lei das Sociedades Anônimas (Lei Federal nº 6.404/76), acrescentados pela Lei nº 10.303/2001, nenhuma distribuição pública de valores mobiliários (operada apenas por companhias abertas) será efetivada no mercado de capitais sem prévio registro na CVM (Comissão de Valores Mobiliários)¹⁶.

¹⁴ A exigência da outorga estatal legislativa foi se simplificando, com o avanço do sistema capitalista, até chegar à mera necessidade de um registro, no órgão próprio, e a observância do regime legal específico. Foi o que se passou na Inglaterra, aonde até a primeira metade do século XIX vigorou o sistema da outorga legislativa, através do *Royal Charter* ou de *Act of Parliament*, que veio a ser substituído pela autorização administrativa, dada a constatação de que tais empreendimentos passaram a ser executados por sociedades não personalizadas ou com a utilização de outros instrumentos associativos. Na França, com o advento do *Code de Commerce* de 1807, a constituição da sociedade anônima passou a depender de prévia autorização do governo. Foi na 2ª metade do século XIX que prevaleceu no continente europeu e nos EUA o sistema alcunhado de “da regulamentação”, em que a prévia autorização governamental para o seu funcionamento não era mais uma exigência geral, mas apenas dependia de um mero registro administrativo, como ocorreu na Inglaterra em 1844 e em Portugal e França, em 1867. Cf. FARRAR, J. H. *Ob. Cit.*, pp. 15-21; RIPERT, Georges *et al. Traité de droit commercial*. 14. ed. Paris: LGDJ, v. 1, 1991, p. 790.

¹⁵ A partir disso, o ato autorizativo do governo para a constituição de sociedade anônima passou a ser necessário apenas em hipóteses excepcionais, como nos casos das sociedades estrangeiras, seguradoras e bancos, e.g. No Brasil, a partir de 1965, com a reforma da Lei de Mercado de Capitais, somente poderiam ser negociadas, em bolsas de valores, as ações e papéis de sociedades anônimas registradas no Banco Central. Contudo, em razão da crise especulativa de 1971, o art. 5º da Lei Federal nº 6.385, de 06/12/1976 criou a CVM (Comissão de Valores Mobiliários), enquanto autarquia especial (agência) estatal, vinculada ao Ministério da Fazenda, responsável pela autorização da constituição de companhias abertas, através de apelo aos investidores em geral, por meio de subscrição pública de ações nas Bolsas de Valores. Quanto às companhias fechadas, no Brasil prevalece hoje o sistema da regulamentação. Cf. BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5. ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 380.

¹⁶ A alteração efetivada pela lei de 2001, com a exigência normativa de prévio registro na CVM das companhias abertas justificou-se como forma de proteção aos investidores, fornecendo a estes a certeza de fiscalização no caso de oferta pública de valores mobiliários.

Na Argentina, a constituição das sociedades anônimas segue o sistema da regulamentação, conforme o atual regramento transcrito no art. 165 da Lei de Sociedades Comerciais (Lei nº 19.550/72), que exige a prévia necessidade de instrumento público¹⁷, enquanto requisito indispensável para a sua constituição.

Ademais, compete à Comissão Nacional de Valores da Argentina a autorização da emissão das ações por companhias que atuam no mercado de capitais, como dita o art. 6º da Lei de Mercado de Valores (Lei nº 19.060/1971).

3. O PRINCÍPIO DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DOS ACIONISTAS E A FORMAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL DAS COMPANHIAS

Conceitualmente, a sociedade anônima é a sociedade empresária¹⁸ com capital social dividido em ações, espécie de valor mobiliário¹⁹, na

A ingerência da CVM é tão sensível na condução negocial de tais companhias que a autarquia federal pode até mesmo alterar os termos do estatuto social, nas hipóteses estampadas nos arts. 82, 136 e 291 da Lei nº 6.404/76. Impende destacar, ainda, que a companhia só será considerada aberta quando for admitida ou, ao menos, autorizada pela CVM, a oferta pública dos valores mobiliários no mercado. Cf. BERTOLDI, Marcelo M. (Coord.) *Reforma da lei das sociedades anônimas: comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

¹⁷ O Código Civil argentino de 1865, em seu art. 979, incisos 1º e 2º, define “instrumento público” como escritura pública, incluindo-se, também, outros instrumentos formalizados por escrivães e funcionários públicos, a exemplo da ata judicial de uma sociedade constituída segundo os arts. 51 e 53 da Lei nº 14.394. De qualquer sorte, carecerá de validade e eficácia o registro de uma sociedade anônima constituída por instrumento privado. Cf. GAGLIARDO, Mariano. *Sociedades anônimas*. 2. ed. ampl. e atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 13; ZALDÍVAR *et al. Cuadernos de Derecho Societário*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. II, 1976, p. 67; HALPERIN, Isaac. *Sociedades anônimas*. Buenos Aires: Depalma, 1974, p. 63.

¹⁸ De acordo com a lei brasileira (CCB, art. 982, parágrafo único; LSA/76, art. 2º, § 1º), a sociedade anônima sempre será empresária, mesmo que seu objeto seja atividade econômica civil. Dessa forma, se, por exemplo, uma sociedade for constituída por dentistas, para a prestação de serviços odontológicos pelos próprios acionistas (o que reflete não ser uma atividade empresarial), a mesma será empresária.

¹⁹ Valor mobiliário é um instituto jurídico cujo matriz são os títulos de crédito, sendo considerado por alguns comercialistas, a exemplo de Rubens Requião e Fran Martins, como título de crédito impróprio. Em verdade, são títulos de investimento que a sociedade anônima emite para a obtenção dos recursos de que necessita. Este sempre possui a

qual os acionistas respondem pelas obrigações sociais até o limite do preço de emissão das ações que possuem, consoante exposto no art. 1º da LSA brasileira (Lei nº 6.404/76) e no art. 163 da Lei nº 19.550.

Os acionistas respondem pelas obrigações sociais até o limite do que falta para a integralização das ações de que sejam titulares.

Preço de emissão, registre-se, não se confunde com o valor nominal ou de negociação²⁰. Trata-se do preço pago por quem subscreve a ação, à vista ou parceladamente.²¹

Destina-se a mensurar a contribuição que o acionista dá para o capital social (e, eventualmente, para a reserva de capital) da companhia, bem como o limite de sua responsabilidade subsidiária.

O preço de emissão é fixado pelos fundadores, quando da constituição da companhia, e pela assembléia geral ou pelo conselho de administração, quando do aumento do capital social com emissão de novas ações.

De acordo com a LSA brasileira, em seus arts. 13 e 200, IV, se a companhia tem o seu capital social representado por ações com valor nominal, o preço de emissão das ações não poderá ser inferior ao seu valor nominal. E se for superior, a diferença, chamada “ágio”, constituirá reserva de capital, que poderá posteriormente ser capitalizada.

Por outro giro, o art. 166, 2ª parte, da Lei Argentina de Sociedades Comerciais dita que se a subscrição do capital se der por ato único, o

característica de ser uma alternativa de investimento, enquanto forma mais ágil de dar emprego remunerado ao dinheiro dos acionistas. Assim, são valores mobiliários as ações, as debêntures, as partes beneficiárias, os bônus de subscrição e as notas promissórias (*commercial papers*), cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual...*, pp. 191-192; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso...*, p. 66; MARTINS, Fran. *Títulos de crédito I*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 29.

²⁰ O valor nominal de uma ação é o resultante de uma operação matemática de divisão do valor do capital social pelo número de ações. Já o valor de negociação é o preço que o titular da ação consegue obter na sua alienação. O valor pago pelo adquirente é definido por uma série de fatores econômicos, como as perspectivas de rentabilidade, o patrimônio líquido da sociedade etc.

²¹ Os aportes na sociedade anônima, em sentido amplo, significam o pagamento das ações subscritas, que uma vez integralizadas cancelam a obrigação do acionista para com a companhia. Representa, pois, o limite de sua responsabilidade patrimonial. Segundo Gagliardo, “*el aporte es un recaudo fundamental en toda sociedad comercial pues, entre otras cosas, contribuye a fijar el capital social.*” Cf. GAGLIARDO, Mariano. *Sociedad...*, p. 37.

montante e forma de integralização, e, se corresponder, o prazo para o pagamento do saldo devedor, não poderá exceder a dois anos²².

A seu turno, se a constituição da companhia se der por subscrição pública, o prazo para tal subscrição não excederá a três meses computados desde o momento da inscrição no Registro Público de Comércio (Lei nº 19.550, art. 171).

Interessante se deixar claro que não há um lapso temporal máximo previsto para a integralização do capital subscrito por acionista na lei brasileira, como só ocorre na Argentina.

Tal limitação temporal soa incoerente. Mesmo que tal fixação de prazo fite a proteção do capital social, este limite restringe a possibilidade de investimento nas companhias por aqueles empreendedores que não disponham imediatamente de capital ou bens para honrar a promessa feita, em menos de vinte e quatro meses.

De igual maneira, melhor sorte não tem a redação do art. 186 da lei argentina de sociedades comerciais, ao prescrever um valor mínimo, para o capital social subscrito pelos acionistas, que hoje reflete a cifra de \$ 12.000 (doze mil pesos argentinos), conforme atualização promovida pelo Decreto nº 2.128/91.

Tal medida visa impedir que se constituam sociedades infracapitalizadas, algo que constitui claro abuso de direito por parte de acionistas que assim agirem. Contudo, tal postura preventiva da lei é deveras limitada e infrutífera.

Em tal sentido, Ricardo A. Nissen explica que tal capital social mínimo é absolutamente insuficiente para a realização do menor empreendimento mercantil.

Inexiste, testifica o mesmo, tal previsão para as sociedades de responsabilidade limitada, muito embora prevaleça na jurisprudência argentina o precedente judicial do caso “Veca Constructora Sociedad

²² Gagliardo explica, quanto ao prazo para a integralização das ações, que o mesmo poderá ser acordado no contrato de subscrição que fixará as modalidades de pagamento. Nesta hipótese e na ausência de prazo de pagamento no contrato, o art. 570 do Código Civil argentino reza que o término se presumirá estabelecido para ambas as partes, a não ser que o objeto da obrigação resulte ter sido fixado em favor do devedor ou do credor. Cf. GAGLIARDO, Mariano. *Sociedad...*, p. 119.

de Responsabilidad Limitada”, conforme o qual o órgão estatal de controle de constituição das sociedades deve requerer a adequação do capital ao objeto que a sociedade pretende desenvolver.²³

Na legislação brasileira, o art. 5º da LSA/76 não estabelece valor mínimo para a formação de capital social inicial, exigindo-se apenas que o mesmo seja expresso em moeda nacional, com correção monetária anual obrigatória.

4. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DOS ACIONISTAS NO CASO DE FALÊNCIA DE COMPANHIAS SUBCAPITALIZADAS

A capitalização é a forma apropriada de os acionistas proverem a companhia dos recursos de que necessita, através da constituição ou do aumento do capital social.

Em tais casos, a sociedade anônima não tem o dever de restituir tais recursos aos sócios, com acréscimos remuneratórios. O investidor (acionista) tem o retorno de seu investimento condicionado ao sucesso da empresa e decorrente dos lucros da empresa.

Nesta hipótese, com a integralização do capital social, o retorno financeiro do investimento apenas ocorreria se frutíferos os negócios sociais, e na medida das disponibilidades para pagamento de juros ou dos ganhos líquidos distribuíveis como dividendos.

No ato de constituição da companhia, os fundadores podem, eventualmente, subdimensionar a necessidade de capital social e, assim, aportar recursos inferiores aos necessários.

Em regra, tal erro de cálculo não gera nenhuma responsabilidade dos acionistas. Acaso tal falta de recursos seja suprida por terceiros, não acionistas, mediante financiamento bancário, mútuo ou mesmo securitização, também não se vislumbra a responsabilidade dos acionistas, mesmo no caso de quebra da sociedade anônima.

²³ O precedente judicial adveio do Juizado Nacional de Primeira Instância do Comercial de Registro da Capital Federal, julgado em 30/06/1980, cf. NISSEN, Ricardo A. *El principio de la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas*. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 1143.

Contudo, se a companhia necessita de aporte de capital, e os acionistas, ao invés de proceder à capitalização, subscrevendo novas ações, optam por se tornar credores da sociedade, seja emprestando dinheiro à sociedade através de mútuo, seja subscrevendo instrumentos de securitização (como debêntures ou notas promissórias, também chamadas *commercial papers*), em tal situação ocorre a subcapitalização.

Seriam responsáveis tais acionistas, em especial o controlador, pelas obrigações sociais. Vale dizer: existe, no direito societário, um dever de capitalizar a companhia?

Tais dúvidas apenas ganham importância se, malgrado os recursos prestados à companhia por tais alternativas formas, a mesma vem a ter sua falência decretada.

Se a subcapitalização acontece, porém a companhia supera suas dificuldades, e honra seus compromissos com os credores, incluindo aí os acionistas subcapitalizadores, soa retumbante ser plenamente lícita a operação efetuada.

Contudo, se o pior acontece, e a companhia vem a falir, tais acionistas, enquanto credores da sociedade, concorreriam com os demais credores pelo crédito relacionado a tal aporte.

Indaga-se: é lícita tal operação? Não deveriam tais acionistas ser responsabilizados pela subcapitalização da companhia?

Quando a companhia precisa ser capitalizada, seja para aplacar perdas ou para aumentar o grau de investimentos, é lícito aos acionistas prover tais recursos na condição de mutuantes ou debenturistas?

Explique-se. Ao invés de naturalmente injetar mais capital na companhia, os acionistas poderiam emprestar recursos ou adquirir debêntures (que são valores mobiliários que garantem o pagamento do mútuo contraído pela companhia através de sua conversão em futuras ações) emitidas pela própria sociedade?

Em tais situações, a companhia passaria a ser devedora de seus acionistas, e o dinheiro emprestado deveria ser-lhes restituído, com acréscimos remuneratórios, independentemente do sucesso ou fracasso dos negócios.

Em outros termos, o direito admite a responsabilização pessoal dos sócios pela subcapitalização ou infracapitalização da companhia?

No direito norte-americano, em regra, não se admite a responsabilidade dos acionistas pela inadequação ou insuficiência do

capital social, acaso os mesmos tenham obedecido aos parâmetros legais de fixação de capital mínimo para a formação das companhias.

De outra quadra, argumenta-se que se os credores são negociais, estes não têm direito de reclamar da subcapitalização social, porque a tomaram por suficientemente capitalizada ao fecharem os acordos comerciais, dentro da liberdade contratual.

Contudo, em relação aos credores não-negociais, a exemplo dos titulares do direito de indenização por ato ilícito da companhia, o direito estadunidense tem admitido a responsabilidade dos acionistas pela ocorrência da subcapitalização.²⁴

No Brasil, segundo Fábio Ulhoa Coelho, o acionista não responde pela subcapitalização da companhia.

Como já dito alhures, o art. 1º da LSA/76 limita a responsabilidade do acionista pelas obrigações sociais ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Se não houve nova subscrição ou aquisição de ações, mas a subcapitalização nos moldes acima expostos, responsabilidade do subcapitalizador não existe.

Por outro enfoque, os acionistas não são vedados pela lei brasileira em subscrever debêntures ou outros valores mobiliários da própria companhia.

Ao contrário, aqueles são estimulados pela lei a assim agirem, já que tal negócio confere-lhes direito de preferência quando contemplada a cláusula de conversibilidade²⁵.

De igual forma, não há vedação legal à celebração de contrato de mútuo entre o acionista mutuante e a companhia mutuária, nem à subscrição de debêntures pelos sócios. Ainda quando o mutuante ou debenturista seja o acionista controlador, em tal situação não se vislumbra qualquer abuso de poder de controle.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito...*, pp. 176-177; HAMILTON, Robert W. *The law of corporations*. 3. ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1991, p. 87; CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. Boston-Toronto: Little Brown & Co., 1986, p. 79.

²⁵ O art. 194 da Lei nº 19.550/72 dita, expressamente, que os acionistas terão também direito preferente à subscrição de debêntures conversíveis em ações. Vale dizer: a Lei Argentina estimula, em caráter preferencial, os acionistas das companhias a subscreverem debêntures emitidas pela sociedade anônima.

A lei de falências brasileira (Lei nº 11.101/2005, art. 58, § 1º) estabelece privilégio geral aos créditos titularizados por debêntures emitidas em favor de acionistas da companhia falida, o que reforça a permissão e o incentivo para a ocorrência de operações de tal jaez.

De igual modo, na lei falimentar argentina (Lei nº 24.522, de 09/08/1995), em seu art. 241, se observa serem taxados como créditos com privilégio geral aqueles correspondentes a debêntures e obrigações negociáveis com garantia especial ou flutuante.

Doutrinadores consagrados, a exemplo de Fábio Ulhoa Coelho, Comparato e Salomão²⁶, entendem, neste diapasão, que inexistente qualquer dever dos acionistas de capitalizar a sociedade anônima e conseqüente responsabilidade patrimonial dos mesmos pela subcapitalização e conseqüente quebra da sociedade.

Válido que se registre, inclusive, que, no entendimento de Ulhoa Coelho, tal responsabilização inexistente até nos casos de créditos não-negociáveis, como aqueles decorrentes de indenização por ato ilícito praticado pela companhia.

Ainda que soe, do ponto de vista estritamente ético, reprovável o fato de acionista, ainda mais o administrador, gerar a subcapitalização da companhia, vindo a mesma a falir, mister se faz salientar que, juridicamente, tal procedimento tem ampla cobertura legal.

5. CONCLUSÕES

O princípio da limitação de responsabilidade patrimonial dos sócios nas sociedades empresárias é o marco delimitativo mais importante em matéria de direito societário. Sem a fixação de limites objetivos ao alcance do patrimônio particular dos sócios, muito dificilmente a atividade mercantil floresceria e atingiria o patamar atual de desenvolvimento socioeconômico, trazendo profícuos resultados para a população de uma forma geral.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Cursa...*, p. 177; COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 340; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 90-91.

Como conseqüência de tal princípio, ao acionista, em sociedades anônimas, é conferido como principal dever o de integralizar as ações que subscreveu. Quando a integralização se opera, nenhuma dívida social pode ser dirigida contra o patrimônio pessoal do acionista, salvante nas hipóteses legais (como acontece, no Brasil, e.g., nos casos de dívidas previdenciárias e prática de ato social em excesso de mandato pelo sócio-administrador).

Dessa forma, se os acionistas, de forma equivocada, subestimam a real necessidade de capital social para deslanchar a atividade comercial, e sucede a subcapitalização da companhia, tal fato não pode ser imputável à figura dos sócios, ainda que da mesma advenha a falência da sociedade.

Se, ao invés de capitalizar a companhia, o acionista prefere subscrever debêntures ou outros valores mobiliários – que não sejam ações – da sociedade, não há qualquer impeditivo legal, seja no Brasil ou na Argentina. A lei, ao reverso, estimula tais operações, que não deixam de ser um modo singular de captação de recursos, no qual, entretanto, os acionistas se tornam credores da sociedade anônima.

Ainda que soe, do ponto de vista estritamente ético, reprovável o fato de acionista, ainda quando o administrador, gerar a subcapitalização da companhia, vindo a mesma a falir, mister se faz salientar que, juridicamente, tal procedimento tem ampla cobertura legal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASCARELLI, Tullio. *Corso de diritto commerciale*. Introduzione e teoria dell'impresa. Barcelona: Bosch, 1962.
- BERTOLDI, Marcelo M. (Coord.) *Reforma da lei das sociedades anônimas: comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001*. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5ª ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- BULGARELLI, Waldírio. *Sociedades comerciais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. Boston-Toronto: Little Brown & Co., 1986.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2007.
- _____. *Manual de direito comercial*. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- FARRAR, J. H. *et al. Farrar's company law*. 4ª ed. Londres-Edimburgo-Dublin: Butterworths, 1998.
- GAGLIARDO, Mariano. *Sociedades anônimas*. 2ª ed. ampl. e atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- HALPERIN, Isaac. *Sociedades anônimas*. Buenos Aires: Depalma, 1974.
- HAMILTON, Robert W. *The law of corporations*. 3ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1991.
- LIPPERT, Márcia Mallmann. *A empresa no código civil: elemento de unificação no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- NISSEN, Ricardo A. *El principio de la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas*. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- REALE, Miguel. *O Projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1988.
- RIPERT, Georges *et al. Traité de droit commercial*. 14ª ed. Paris: LGDJ, v. 1, 1991.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ZALDÍVAR *et al. Cuadernos de derecho societário*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. II, 1976.

ABORTO DE FETO ANENCÉFALO: FATO TÍPICO OU ATÍPICO?

Fabiana de Santana Sousa, advogada.

RESUMO: Tratar o tema aborto em qualquer de suas formas, gera profundas reflexões e inquietações. Muitas mulheres que se encontram na condição de gerar um feto anencéfalo sentem angústia e sofrimento. Estes sentimentos negativos estão reservados principalmente à mulher, em cujo útero habita este ser que se desenvolve, ao se depararem com o dilema que nasce com a possibilidade de interromper uma gravidez. A notícia de má-formação incompatível com a vida interrompe bruscamente um processo psicológico e social característico de todas as gestantes e respectivas famílias. A anencefalia é considerada como uma deformação incompatível com a vida. Não havendo vida e sendo tal fato atestado por pareceres clínicos através de exames precisos, o médico que realize a intervenção cirúrgica de antecipação do parto não estará atingindo o bem jurídico vida, portanto, é fato atípico. E se assim não fosse, o gravame de ordem psicológica sofrido pela mãe é mais sério, do que outras razões de ordem moral albergadas pela legislação penal. Não se pode olvidar que o Direito Penal deve ser visto como instrumento de que se serve o Estado para tutelar bens juridicamente relevantes e não para atuar como “braço armado” do Estado, o qual impõe uma determinada moral.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; Anencefalia; Atipicidade.

ABSTRACT: Studying the theme abortion in all its forms causes deep reflections and anxiety. Many women in the condition of carrying an anencephalic baby feel profoundly afflicted. These negative feelings are exclusive of the woman, whose uterus carries this being. They face the dilemma of interrupting a pregnancy. Receiving the news of being pregnant of a baby with bad formation incompatible with life interrupts abruptly a psychological and social process characteristic of all pregnant women and their families. Anencephaly is considered a bad formation incompatible with life. If there is no life and if this fact was attested by medical reports and precise exams, the doctor who carries out surgeries

of delivery anticipation will not be affecting juridical properties, therefore the fact is atypical. However, it is important to mention that there are some authors who consider it important, just and human to admit it as supralegal form of illicity exclusion. It can't be forgotten that criminal law must be seen as an instrument used by state to patronize juridically relevant properties and not to act as an "armed arm" of state, which imposes some moral.

KEYWORDS: Abortion; Anencephaly; Atypical.

INTRODUÇÃO

Antes de adentrar na discussão sobre o aborto do feto anencéfalo, é de suma importância uma melhor compreensão do que vem a ser a anencefalia.

A anencefalia é um defeito congênito (do latim "congenitus", "gerado com"). Corresponde a uma alteração na formação cerebral resultante de falha no início do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural e que se caracteriza pela falta dos ossos cranianos frontal, occipital e parietal, hemisférios e do córtex cerebral. O tronco cerebral e a medula espinhal na maioria dos casos não são atingidos, mas há casos em que, a anencefalia ocorre por defeitos no fechamento da coluna vertebral.

De acordo com um estudo realizado pelos doutores Carlos Gherardi e Isabel Kurlat denominado *Anencefalia e Interrupción del Embarazo – Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente*, aproximadamente 75% dos fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos 25% que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de 24 horas e o resto dentro da primeira semana.

Na anencefalia, a inexistência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex) provoca a ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central. Estas funções têm a ver com a existência da consciência e implicam na cognição, percepção, comunicação, afetividade e emotividade, ou seja, aquelas características que são a expressão da identidade humana. Há apenas uma efêmera preservação de funções vegetativas que controlam parcialmente a

respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal.

A viabilidade para a vida extra-uterina depende do suporte tecnológico disponível como oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vasomotora, nutrição, hidratação. Há 20 anos, um feto era considerado viável quando completava 28 semanas, enquanto que hoje, bastam 24 semanas ou menos. Faz 10 anos que um neonato de 1 kg estava em um peso limite, mas hoje sobrevivem fetos com apenas 600 gramas. Isso tudo graças ao grande avanço tecnológico ocorrido na área da medicina.

A viabilidade não é, pois, um conceito absoluto, mas variável em cada continente, cada país, cada cidade e cada grupo sociocultural. Entretanto, em todos os casos, a viabilidade resulta concebível em relação a fetos intrinsecamente são ou potencialmente são. O feto anencéfalo, ao contrário, é intrinsecamente inviável. Diante do que foi relatado acima, carece de toda lógica aplicar o conceito de viabilidade em relação ao tempo de gestação. O feto será inviável qualquer que seja a data do parto.

Ao tratar da anencefalia, convém conceituar também o que seja o encéfalo e a morte encefálica. Do ponto de vista anatômico, encéfalo é a parte do sistema nervoso central, contida dentro do crânio central. Abrange o cérebro (telencéfalo e diencefalo), o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano.

A respeito do que seja encéfalo, vale conferir os ensinamentos do professor Ângelo Machado em sua obra *Neuroanatomia Funcional* (MACHADO, 1987, p. 35): “Encéfalo é a parte do sistema nervoso central situada dentro do crânio neural. No encéfalo, temos cérebro, cerebelo e tronco encefálico”.

Com relação à morte encefálica, os critérios estão previstos na Portaria 1480/97 do Conselho Federal de Medicina, que assim dispõe:

Artigo 1º - A morte encefálica caracterizada da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Artigo 4º - Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação e morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia.

Artigo 6º - Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

Para melhor explicitar, trazemos à baila um outro conceito de anencefalia de Débora Diniz (DINIZ, 2004, p. 12):

A anencefalia é uma patologia congênita que afeta a configuração encefálica e dos ossos do crânio que rodeiam a cabeça. A consequência deste problema é um desenvolvimento mínimo do encéfalo, o qual com frequência apresenta uma ausência parcial ou total do cérebro (região do encéfalo responsável pelo pensamento, a vista, o ouvido, o tato e os movimentos). A parte posterior do crânio aparece sem fechar e é possível, ademais, que faltem ossos nas regiões laterais e anterior da cabeça.

Para a doutrinadora Maria Helena Diniz (DINIZ, 2001, p. 281):

O anencéfalo pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação (sic) congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhes os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.

Uma criança portadora da anencefalia nasce sem o couro cabeludo, calota craniana, meninges, ou seja, nasce com a cabeça aberta protegida apenas por uma fina membrana. Além da situação estética deformada, que, para alguns, parece com uma rã, não há tratamento para esse

problema que afeta mais meninas do que meninos segundo a medicina. A má-formação congênita ocorre entre o 20º e o 28º dia após a concepção que é facilmente perceptível a partir da 10ª semana através de um exame de ultra-som de alta resolução realizado na gestante, sendo o mais aconselhável que seja feito entre a 15ª e a 20ª semana para um melhor resultado e mais seguro, já que a probabilidade de erro é mínima.

Apesar da evolução científica no campo da medicina, ainda não se sabe o que causa a anencefalia. O que se sabe é que provavelmente seja desencadeada por uma combinação de fatores genéticos e ambientais e que a ingestão de ácido fólico antes da concepção pode prevenir a sua ocorrência, nada tendo a ver com a conduta dos pais.

Ao ser comprovado o diagnóstico da anencefalia não há nada que possa ser feito em relação ao feto, já com relação à gestante, esta pode vir a sofrer danos à saúde e até risco de vida, em razão do alto índice de óbitos ocorridos dentro do útero. Nesse caso, o mais recomendável na seara médica seria a antecipação do parto que é a única medida possível e eficaz para o tratamento da gestante, já que não há solução para reverter a situação de inviabilidade do feto.

Segundo parecer a respeito do assunto, a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO, 2004) atesta que:

As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstetrícia nos tem mostrado que: A) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas; B) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente; C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG); D) Associação com vasculopatia periférica de estase; E) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo; G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério; H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma

delegacia de polícia para registrar o óbito; I) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação); J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina; K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.

De acordo com o que foi relatado, uma das complicações, é o aumento do líquido amniótico, visto que a criança não tem os reflexos que a habilitam a engolir o líquido amniótico como ocorre em uma gestação normal. Isso causa um desconforto para a mãe, além do que o trabalho de parto pode ocorrer prematuramente.

Outra questão de ordem nos dias atuais é com relação à doação de órgãos. Na prática, dificilmente ocorrerá com as crianças anencéfalas, já que seus órgãos somente podem ser removidos se a criança estiver seguramente morta. Entretanto, os critérios que definem a morte cerebral não podem normalmente ser aplicados para crianças abaixo de 7 dias de nascidas. Antes de a morte cerebral ser confirmada, os órgãos de tais crianças podem-se tornar de tal modo danificados que não sejam aptos para doação. Crianças anencéfalas não têm a parte posterior do cérebro, mas têm a parte anterior que em geral funciona normalmente no nascimento. A parte anterior do cérebro morre lentamente e outros órgãos podem morrer no período intermediário de tempo. Observou-se que a morte cerebral clínica (completa ausência de reações e reflexos e ausência de respiração espontânea) quase sempre ocorre depois que o coração começou a falhar. Conseqüentemente, as crianças anencéfalas só raramente poderiam ser capazes de doar órgãos. Em alguns países, as válvulas cardíacas podem ser removidas para uso em um transplante posterior. Os problemas mencionados acima são menos relevantes porque as válvulas podem ser removidas até 8 horas depois da morte da criança e congeladas até que um receptor seja encontrado.

Um alívio para as mães de fetos portadores da anencefalia é que na maioria dos casos, trata-se de uma anomalia isolada e é muito

improvável que possa ocorrer novamente na mesma família. Estatisticamente, a taxa de recorrência para uma mulher que já teve um filho anencéfalo é de 4%.

Por ser um tema ainda em pesquisa a fim de se conseguir êxito em situações deste tipo o *National Institute of Neurological Disorders and Stroke* conduz e financia uma larga gama de estudos que exploram os complexos mecanismos de um desenvolvimento cerebral normal. O conhecimento adquirido desses estudos fundamentais fornece o fundamento para compreender como esse processo pode dar errado, e assim, oferece esperança para novos meios de tratar e prevenir distúrbios cerebrais congênitos, inclusive defeitos de soldadura do tubo neural como a anencefalia.

A anencefalia tem despertado grande interesse e polêmica nos dias atuais. Em uma rápida pesquisa acerca desse tema na Internet, na página do Google apareceram 181.000 (cento e oitenta e um mil) sites em 01 de novembro de 2007.

Ressalte-se que embora considerada a melhor ferramenta de busca à disposição na internet, segundo a revista *Veja*, alcança apenas uma pequena parte da Rede Mundial, sendo estimado que existem cerca de cinquenta vezes mais páginas do que seja capaz de encontrar (VEJA, 2004, p. 69).

Segundo a revista *Época*, foi encomendada uma pesquisa do IBOPE, em que ficou contestado que 76% da população brasileira é favorável ao aborto no caso de problemas congênitos incompatíveis com a vida, como é o caso da anencefalia. Por outro lado, relativamente às hipóteses legalmente permitidas, 79% da população é favorável ao aborto no caso de risco de morte para a mulher, enquanto que, 62% apóiam o aborto em caso de gravidez resultante de estupro (ÉPOCA, 2005, p. 65).

Por ser um tema de fundamental importância para toda a sociedade, vale a pena ressaltar a obra intitulada *Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil* de autoria de Marcos Valentin Frigério, Ivan Salzo, Silvia Pimentel e Thomaz Rafael Gollop (FRIGÉRIO; SALZO; PIMENTEL; GOLLOP, 2006, p. 15), na qual foi realizado o estudo de 263 pedidos de alvarás para interrupção da gravidez em

casos de anomalias incompatíveis com a vida, sendo a anencefalia uma dessas anomalias.

Nestes 263 casos estudados, o Ministério Público opinou pelo deferimento do alvará em 201 casos (76,43%) e pelo indeferimento em 62 casos (23,57%). Em contrapartida, o juiz decidiu pelo deferimento em 250 casos (95,06%) e pelo indeferimento em apenas 13 casos (4,94%).

Os embasamentos jurídicos das decisões e pareceres pelo deferimento e pelo indeferimento dos pedidos foram variados, como se pode observar nas tabelas abaixo.

Tabela I: Embasamento Jurídico da Sentença Judicial e do Parecer da Promotoria Favorável a Pedido de Aborto Seletivo:

Embasamento Jurídico no Deferimento	Juízes	MP
Inexigibilidade de Conduta Diversa	1	2
Artigo 5º da Constituição Federal	3	4
Preservar a higidez psíquica da gestante	63	41
Inexigibilidade de Conduta Diversa + Preservar a higidez psíquica da gestante	1	2
Inexigibilidade de Conduta Diversa + Artigo 5º da Constituição Federal + Preservar a higidez psíquica da gestante	7	5
Preservar a higidez psíquica da gestante e autoriza o aborto pelo Artigo 128 do CP	17	5
No Artigo 5º da Constituição Federal + Artigo 3º do Código de Processo Penal e princípios gerais do direito nos princípios de jurisdição voluntária e Artigo 1104 e seguintes do Código de Processo Civil	78	32
Estado de Necessidade + Aplicando-se analogia "in bonam partem" usando Artigo 124 CP c/c o Artigo 128, I e II + Artigo 5º da Constituição Federal	1	4
Autoriza o aborto nos termos do Artigo 128, I e II do CP	39	24
Aplicando-se analogia "in bonam partem" usando Artigo 124 do CP c/c o Artigo 128, I e II do CP	13	29

No Artigo 5º da Constituição + Artigo 3º do Código de Processo Penal e princípios gerais do direito nos princípios de jurisdição voluntária	6	5
Não há crime em realizar o aborto, pois o feto não tem mais vida a ser tutelada	6	3
Não encontra amparo no direito normativo	3	2
Sem acesso a informação/Julgado na 2ª Instância	12	43
Total	250	201

Tabela II: A Argumentação dos Juizes e Promotores Contra a Autorização do Aborto Seletivo:

Embasamento Jurídico no Indeferimento	Juizes	MP
Não se opõe desde que haja risco de vida materna	0	1
Não configura estado de necessidade	4	5
Não encontra amparo no direito normativo	9	53
Inviabilidade do direito à vida	0	3
Total	13	62

Diante do que foi exposto, é de fácil percepção que a maioria da população e dos profissionais da área jurídica são favoráveis à interrupção da gravidez no caso de anomalias absolutamente incompatíveis com a vida, dentre elas está o caso da anencefalia.

Outro tema muito polêmico é o aborto. Há quem defenda a descriminalização completa da conduta e há aqueles que lutam pela sua proibição absoluta e incondicional.

A palavra aborto vem do grego *abortus*, que significa perecer, morrer, fenecer. Etimologicamente quer dizer privação de nascimento: *ab* significando privação, e *ortus*, nascimento.

Ao dissertar acerca de tema tão importante e debatido na atualidade, é salutar que se faça menção a diversos conceitos de diferentes doutrinadores. O professor Hélio Gomes (GOMES, 2003, p. 56), em

seu livro *Medicina Legal*, conceitua aborto como sendo “a interrupção ilícita da prenhez com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu período evolutivo: da concepção até as proximidades do parto”.

Para o ilustre doutrinador Heleno Cláudio Fragoso (FRAGOSO, 1995, p. 84) “é a interrupção da gravidez com a morte do feto”. Já Hélio Gomes (GOMES, 2003, p. 66), o conceitua como sendo “a interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu estado evolutivo, desde a concepção até o momento antes do parto”. E ainda no mesmo diapasão assevera Gerardo Vasconcelos (VASCONCELOS, 1970, p. 38) que “é a interrupção da gravidez antes de concluído o seu período normal, com a morte do produto da concepção”.

Após a concepção até três semanas se diz ovo, de três semanas até três meses é embrião, após três meses da gestação é considerado feto.

Sabe-se que a prática abortiva era comum entre os povos antigos. As mais remotas notícias sobre métodos abortivos datam do século XXVIII a.c., na China. Os gregos não puniam esta prática, nem mesmo o Direito Romano inicialmente estabelecia qualquer punição para o aborto. Só posteriormente foi considerada uma lesão ao direito do marido à prole.

Para ratificar o que foi dito acima, convém incluir o que o insigne doutrinador Paulo Lúcio Nogueira (NOGUEIRA, 1995, p. 57), escreveu a respeito:

O aborto nem sempre foi punido, pois antigamente era indiferente ao direito, sendo, considerado o feto simples anexo ocasional do organismo materno, cujo destino a mulher podia livremente decidir. Nos primeiros tempos em Roma o aborto não era punido. Depois, sendo levado em consideração o direito de paternidade em sua defesa, começou a incriminação do aborto, justamente pela frustração da esperança do pai quanto à sua descendência.

Ainda no mesmo sentido, assevera Nelson Hungria (HUNGRIA, 1958, p. 69) que:

Em Roma, não cuidavam do aborto as XII Tábuas e as leis da República. Considerava-se o produto da concepção como parte do corpo da gestante, e não como um ser autônomo. Ensinava a escola estóica que *partus antequam edatur mulieris pars est ve viscerum*, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia do que dispor seu próprio corpo, no exercício de irrecusável *jus in se ipsa*. Tornou-se o aborto, por isso mesmo, comuníssimo.

Com o advento do Cristianismo é que o Império Romano, por força da influência religiosa, passou a punir a prática do aborto, como bem explicita Paulo Lúcio Nogueira (NOGUEIRA, 1995, p. 47):

Foi o Cristianismo que introduziu no conceito de aborto a idéia da morte de um ser humano, punindo-o como homicídio; o problema discutido era o do momento em que a alma penetrava no organismo em formação, distinguindo-se o feto animado do inanimado para efeito de punição.

No mesmo diapasão afirma Nelson Hungria (HUNGRIA, 1958, p. 75):

Foi, porém, com o Cristianismo que se consolidou a reprovação social do aborto. Sob seu influxo, os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram o antigo direito e assimilaram o aborto criminoso ao homicídio, sendo-lhe cominada até mesmo a pena do *culleus*.

Na época do direito canônico a matéria mereceu intenso debate, ressurgindo a discussão sobre a punibilidade estar associada à aquisição da “alma” por parte do recém-nascido, como bem explica Nelson Hungria (HUNGRIA, 1958, p. 36):

No começo da Idade Média, os teólogos disputam em torno da incriminação do aborto. Santo Agostinho, com fundamento na doutrina de Aristóteles, dizia que o aborto só era crime quando o feto já tivesse recebido alma, o que se julgava ocorrer 40 ou 80 dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou de mulher. São Basílio, porém, firmando-se na versão da *Vulgata*, não admitia distinção alguma: o aborto provocado era sempre criminoso.

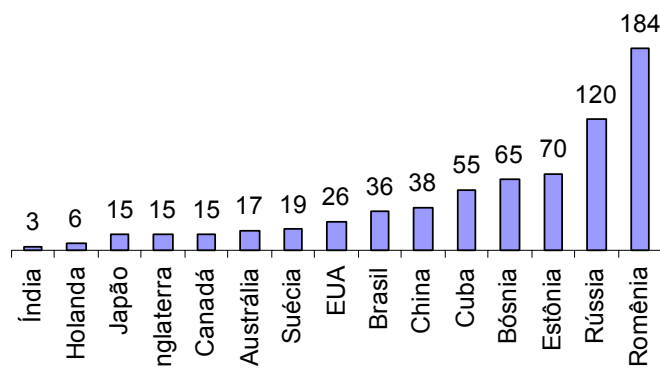
Diante do que foi exposto, percebe-se claramente a influência da religião católica na formação da punibilidade do aborto. Também tem que se levar em conta que nas origens da sociedade ocidental havia muita carência acerca do conhecimento científico.

Vale ressaltar que no Brasil, o Código Penal do Império de 1830 punia apenas o aborto praticado por terceiro. A punição do auto-aborto foi prevista pela primeira vez no Código Penal de 1890. Já o Código Penal de 1940 pune o aborto provocado por terceiro, ao tempo em que traz à baila duas hipóteses de exclusão da antijuridicidade.

Há várias espécies de aborto: Aborto Provocado pela Gestante ou com seu Consentimento com previsão no artigo 124 do Código Penal, Aborto Provocado por Terceiro sem Consentimento da Gestante com previsão no artigo 125 do Código Penal, Aborto Provocado por Terceiro com Consentimento da Gestante com previsão no artigo 126 do Código Penal, Aborto Terapêutico ou Necessário com previsão no artigo 128, inciso I do Código Penal, Aborto Sentimental, Humanitário ou Piedoso com previsão no artigo 128, inciso II do Código Penal, Aborto Espontâneo ou Natural, Aborto Acidental, Aborto Eugênico, Aborto Econômico e o Aborto Honoris Causa.

Por ser tão instigante e polemizado, é oportuno que se mostre como o aborto é visto no Brasil e no mundo de acordo com o gráfico abaixo, o menor número de abortos ocorre na Índia e o maior número de abortos ocorre na Romênia.

Número de abortos por 1000 mulheres



Fontes: Population Action Internacional; Alan Gutmacher Institute/Washington Post.

O aborto de feto anencéfalo será abordado, não sob os aspectos ético, religioso, moral, social ou emocional, mas sim do ponto de vista jurídico, analisando se seria uma conduta típica ou atípica. Sabe-se que há os defensores de que seria uma conduta típica por vários motivos, mas concordamos com aqueles em que a consideram uma conduta atípica, pelas razões que serão expostas.

O Código Penal de 1940, que está em vigor há mais de sessenta e sete anos, não traz a previsão da possibilidade de realização do aborto portador da anencefalia. Muitos de seus artigos são questionados, pois estão defasados, já que a vida é dinâmica e evolui rapidamente, graças à ciência e à tecnologia.

Por sua vez, o Direito Penal não pode ignorar essa realidade, devendo se submeter permanentemente a um interminável processo de ajustamento a uma sociedade de natureza transformadora. Além do que, é cediço que não era possível o legislador prever todas as condutas à época da elaboração do diploma legal.

Menciona Aníbal Bruno (BRUNO, 2003, p. 25) que:

É impossível definir com segurança o que resultará do jogo entre os genes favoráveis e desfavoráveis provindos dos dois núcleos germinais e submetido por sua vez à influência das infinitas

condições que irão cercar a evolução do novo ser e imprimir-lhe a extrema complexidade da sua estrutura e do seu comportamento individual [...] Em verdade, estamos diante de um problema obscuro, sobre o qual a ciência da herança ainda não pôde dizer a palavra decisiva. E nada mais contrário aos princípios que regem o Direito do que pretender decidir sobre tais incertezas o destino de um ser humano.

Por isso, a vontade da lei não deve ser analisada somente em relação à época em que nasceu o preceito, mas sim levando em consideração o momento de sua aplicação.

Ao iniciar o debate acerca do tema, é salutar que se faça o exame da adequação da denominação aborto, uma vez que se trata de feto sem vida ou feto com morte cerebral.

É cediço que o crime de aborto pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo.

A análise do aborto deve ser feita dentro do contexto do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que veda, como destaca o ministro do STF Marco Aurélio na ADPF de número 54 (STF, ADPF/DF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 27.04.2005), com toda a sua autoridade, “a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto”.

Em meados de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ajuizou uma argüição de descumprimento de preceito fundamental, na qual foi concedida uma liminar em sede de medida cautelar que permitia a gestante realizar o parto de fetos anencefálicos, *in verbis*:

O Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, na argüição formulada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, de descumprimento de preceitos fundamentais - da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade e do direito à saúde - consagrados pela Constituição Federal de 1988, concedeu liminar,

ad referendum do Tribunal Pleno, para sobrestar os processos e decisões não transitadas em julgado e para reconhecer ‘o Direito Constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto’ e o ‘risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados’ (Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – 8, Diário da Justiça, Seção 1, nº 147, de 2 de agosto de 2004, pp. 64/65).

O deferimento da liminar causou intensa polêmica em todo o país, gerando a movimentação de diversos setores da sociedade, trazendo à baila, muito além de toda a questão jurídica, implicações morais, sociológicas, psicológicas, entre outras. Diante de tantas manifestações e implicações, a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio foi cassada e a ADPF até hoje ainda não foi julgada.

É notória a aflição psicológica e moral que passa a gestante ao carregar em seu ser um feto anencefalo. Isso implica em uma aflição de ordem moral comparável ou até superior a outras causas de justificação albergadas pela legislação brasileira.

Nesse sentido, preleciona Marco Antônio Becker (BECKER, 2005, p. 73): “Certamente, a manutenção da gravidez indesejada de um anencefalo acarretará graves distúrbios psicológicos na gestante, em decorrência da tortura sofrida e de um tratamento degradante, vedado pelo artigo 5º, inciso III da Constituição Federal”.

E ainda acrescenta o renomado autor (BECKER, 2005, p. 75): “Quando a mãe pede para retirar esse feto e o médico pratica o ato, isto não configura propriamente aborto, com base no art. 126 do Código Penal, pois o feto, conceitualmente, não tem vida”.

Por fim, complementa Becker (BECKER, 2005, p. 78): “A morte não é um evento, mas sim um processo. O conceito jurídico de morte considera um determinado ponto desse processo biológico. Durante séculos adotou-se a parada cardiorrespiratória como índice demarcador da vida”.

Apesar de muitas vozes em sentido contrário, não há dúvida alguma de que o entendimento do legislador brasileiro reconhece que a morte cerebral põe termo à vida humana de acordo com a evolução médico-científica.

Ora, se a morte cerebral autoriza a retirada dos órgãos para fins de transplante, o que se dirá de um feto que nem cérebro tem?

Sendo assim, a interrupção da gravidez em decorrência da anencefalia não configura aborto, visto que, embora haja gravidez em curso, o feto não está vivo e sua morte não decorre de práticas abortivas.

Se a interrupção da gravidez em decorrência da anencefalia não configura aborto por não preencher os requisitos, essa interrupção é absolutamente atípica, não podendo sequer ser denominada de aborto, seja criminoso ou não.

Nesse diapasão bem explica Marco Antônio Becker (BECKER, 2005, p. 82):

Não há porque adicionar outra excludente ao artigo 128 do Código Penal, pois pelas razões expostas o ordenamento jurídico já existente autoriza o médico a retirar o feto de anencéfalo da gestante, a seu pedido, sem que com isso incorra em infração penal ou ética, pois, repetimos: se não há vida, não há que se falar em aborto.

Muito embora a doutrina majoritária considere o aborto de feto anencéfalo um fato atípico, há doutrinadores que consideram não ser crime por configurar uma inexigibilidade de conduta diversa, excluindo a culpabilidade.

Seja qual for o fundamento utilizado para permitir o aborto de feto anencéfalo, o que importa é que não se justifica obrigar uma gestante esperar 9 (nove) meses para ver seu filho nascer totalmente deformado e em seguida morrer, quando não já nascer morto.

A ciência médica com a mais alta tecnologia empregada já assegurou que o feto sem cérebro não possui nenhuma possibilidade de vida extra-uterina. Então restam algumas indagações.

Quando uma gestante de posse de laudo médico assegurando-lhe que o feto que está em seu ventre não tem cérebro e não lhe resta nenhuma

possibilidade de vida extra-uterina, quem poderá, afinal, nas circunstâncias, censurá-la por buscar o abortamento? Com que autoridade moral o Estado poderá exigir dessa gestante que aguarde o ciclo biológico, mantendo em seu ventre um ser inanimado, que, quando a natureza resolver expeli-lo, não terá alternativa senão pranteá-lo, enterrá-lo ou cremá-lo?

Exigir que a gestante suporte até o fim uma gravidez que logo nas primeiras semanas de gestação foi diagnosticado um feto portador de anencefalia, constitui, inquestionavelmente, uma forma brutal de submetê-la a odioso “tratamento desumano”, que é vedado pelo artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual, ninguém será submetido a tratamento desumano.

Foi nesse espectro que Carlos Artidório Allegretti (ALLEGRETTI, 2005, p. 19) ao escrever o artigo científico “Revisão Crítica do Crime de Aborto” asseverou:

O direito à saúde da mulher – incluindo-se a saúde sexual e reprodutiva – tem-se constituído em componente essencial dos direitos humanos, concepção refletida em diversos documentos produzidos nas conferências internacionais das Nações Unidas nas últimas décadas. A Conferência de Teerã, de 1968 (Primeira Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos) reconheceu o direito humano fundamental de pais e mães de determinarem livremente o número de filhos ou filhas e os intervalos de seus nascimentos. A partir das Conferências do Cairo (Conferência Internacional sobre População em Desenvolvimento – 1994) e de Pequim (IV Conferência Mundial sobre a Mulher – 1995), a comunidade internacional passou a reconhecer expressamente o aborto inseguro como um grave problema de saúde pública e recomendou aos governos que considerem a possibilidade de reformar as leis que estabelecem medidas punitivas contra as mulheres que tenham sido submetidas a abortos ilegais, bem como que garantam às mulheres, em todos os casos, o acesso a serviços de qualidade para tratar complicações derivadas

do aborto. Vale lembrar que o Brasil assinou os documentos das conferências acima, assumiu perante a comunidade internacional o compromisso político e moral de revisar as leis internas que punem as mulheres submetidas a aborto ilegal. Aliás, o Brasil é signatário dos principais tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, tais como a Convenção da Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (Convenção da Mulher, ONU, 1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, OEA, 1994). É essa matéria constitucional que tem permitido ao judiciário brasileiro tomar, em relação ao aborto, algumas decisões mais arrojadas, como tem feito nos últimos tempos.

Convém frisar que ainda que fosse autorizado o aborto de feto anencéfalo, não constituiria uma obrigação e sim em uma faculdade, caberia então à gestante a liberdade de escolha, em realizar o aborto ou aguardar o curso natural do ciclo biológico.

Isso confortaria e muito todas as mulheres que se encontram nessa situação, pois se optassem pela realização ao aborto, não seriam obrigadas a sofrer até o fim como bem ensina Cezar Roberto Bittencourt (BITENCOURT, 2005, p. 36), em seu belíssimo artigo “Atipicidade do Aborto Anencéfalo: Respeito à Dignidade Humana da Gestante”:

Apenas, se preferir, a gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas em contrapartida, não será ‘condenada’ a abrigar dentro de si um tormento que aniquila, brutaliza, desumaniza e a destrói emocional e psicologicamente, posto que ao contrário das gestantes que se preparam para dar à luz a vida, regozijando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser condenada a – além da perda

irreparável – continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado (seria um verdadeiro ‘ser’?!), disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao invés de brindar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajudá-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida.

Conforme foi dito acima há controvérsia acerca da fundamentação, mas seja lá qual for a adotada, o que se pode concluir é que se não há vida, é impossível configurar o crime de aborto.

Se onde não há atividade cerebral não há vida, não há objeto jurídico. Não havendo objeto jurídico não há proteção jurídica justificada, conseqüentemente, não responsabilidade penal.

A única conclusão possível é que a expulsão do ventre do feto anencéfalo não é possível de criminalização. É importante frisar que é permitido em países com legislação mais moderna, o que não é o caso do Brasil que deve rever a sua legislação para estar de acordo com a intensa globalização ocorrida nos últimos tempos.

Nessa linha de raciocínio, adotamos a conclusão de Carlos Artidório Allegretti (ALLEGRETTI, 2005, p. 21), que preconiza:

É impensável que, no Brasil, em horizonte visível, se possa chegar à descriminalização do aborto. O tema está impregnado, ainda, de intolerância religiosa e moral. E, todavia, dever-se-ia pensar no assunto muito seria e racionalmente. O Brasil rural, sem espaços públicos para discussão da autonomia e liberdades públicas, ambiente em que foi editado o código penal que vigorou em 1940, não existe mais. Deu lugar a um país urbano e favelizado, com imensas diferenças sociais, com enorme índice de exclusão, com absoluto desrespeito pelas minorias, mas com paradoxal consciência do coletivo, de espaços conquistados na direção da cidadania, dos direitos individuais e transindividuais e dos direitos humanos. O direito como legislação e como interpretação tem que recuperar o tempo perdido, eis que evoluiu menos do que a sociedade.

Antes de finalizar, é salutar que se deixe aqui registrado que quem mais se opõe à prática do aborto de feto anencéfalo é a Igreja Católica, mas proibir o aborto no caso de anencefalia por motivos puramente religiosos é inadmissível em um Estado laico.

Neste sentido foi o belo voto do Ministro Carlos Ayres Brito, proferido nos autos da supracitada ADPF 54/DF:

(...) Quero dizer, **o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação de algo em alguém**. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que de alguma forma parou a meio ciclo do humano. Incontornavelmente empacado ou ‘sem qualquer possibilidade de sobrevivida’ (ainda uma vez, locução tomada de empréstimo à mesmíssima resolução do CFM), por lhe faltar as características todas da espécie. Uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta. O que já importa proclamar que se a gravidez ‘é destinada ao nada’ – a figuração é do ministro Sepúlveda Pertence – sua voluntária interrupção é penalmente atípica. Já não corresponde ao fatotipo legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri*. Donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer. Equivale a dizer: o desfazimento da gravidez anencéfala só é aborto em linguagem simplesmente coloquial, assim usada como representação mental de um fato situado no mundo do ser. Não é aborto, contudo, em linguagem depuradamente jurídica, por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste. (...). (STF, ADPF/DF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 27.04.2005) (grifo nosso).

Concluindo, não restam dúvidas de que o aborto praticado em decorrência da anencefalia não é crime, seja porque é caso de atipicidade pela ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal aborto, seja porque está presente a inexigibilidade de conduta diversa. No entanto, filio-me aos doutrinadores que entendem tratar-se de um fato atípico, visto que se não há vida, não há o que se proteger juridicamente.

Espera-se que em breve espaço de tempo, a questão esteja solucionada a fim de que seja cessado todo o sofrimento que aflige as mulheres que carregam em seu ventre um feto que por ser incompatível com a vida extra-uterina está condenado à morte.

CONCLUSÃO

No princípio, o aborto era formalmente livre de penas. Mas sua prática não era livre de riscos à vida e à saúde da mulher. O aborto matava inúmeras mulheres, conseqüentemente a mortalidade era maior que no parto. Logo, conclui-se que o aborto nunca foi livre de penas, sempre houve “pena de morte” para o aborto. Para proteger as mulheres da “pena de morte”, proibiu-se o aborto com “pena de vida”: prisão. Em alguns países, houve a proibição da realização do aborto sem as condições sanitárias adequadas, evitando-se assim a morte das mulheres. Ainda hoje o aborto continua sendo objeto de muitas restrições, principalmente no Brasil, e a luta para permitir a realização do aborto em casos de feto portador de anencefalia é imensa, inclusive, a questão está pendente de julgamento na Corte mais alta do país, trata-se de uma Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Enquanto não ocorre o julgamento, as mulheres sofrem conseqüências psicológicas e físicas irreversíveis. É inaceitável que o Direito Penal Brasileiro seja um instrumento de desamparo, de abandono e de preconceito, características próprias de um Estado fanático, insensível. O Direito Penal brasileiro, que usa o Código Penal apenas como instrumento básico, não pode aceitar o fanatismo e nem o dogmatismo como elementos de sua compreensão, visto que o fanatismo está geralmente ligado ao dogmatismo, isto é, a crença em uma verdade

ou num sistema de verdades que, uma vez aceitas, não devem ser mais postas em discussão e rejeitam a discussão com os outros.

Percebe-se que o modelo de Código Penal que adota o fanatismo e o dogmatismo não é aceitável em um Estado Laico, Democrático e Social de Direito, como é o caso do Brasil. Ademais, o Código Penal deve respeitar a Constituição Federal e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Por fim, sabe-se que o Código Penal deve reservar espaço suficientemente amplo para uma interpretação democrática e menos injusta, devendo ser feita uma releitura dos seus artigos e da sua proposta de política criminal, pois, assim, ter-se-á a certeza acerca da constitucionalidade e da legalidade da permissão de realização do aborto em casos de anencefalia. Espera-se que em breve o Supremo Tribunal Federal possa resolver a situação das mulheres afligidas por esse desgosto de carregar em seu ventre por nove meses um feto que ao nascer morrerá, quando não já tiver nascido morto. Sendo esse feto portador de inviabilidade vital, não se configura o crime de aborto por faltar um de seus requisitos precípuos, não passando de um fato atípico.

BIBLIOGRAFIA

- ALLEGRETTI, Carlos Artidório. *Revisão crítica do conceito do crime de aborto: a busca de um consenso possível*. Revista Jurídica, São Paulo, v. 23, nº 334, p. 91-116, ago. 2005.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BECKER, Marco Antônio. *Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez*. Revista Medicina do Conselho Federal de Medicina, n. 155, maio/julho de 2005, p.10.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal, parte especial*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COUTINHO, Luiz Augusto. *Anencefalia: novos rumos para a ciência jurídica*. Porto Alegre: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano 5, n. 29, dez/jan. 2005, pp. 32/45.
- DINIZ, Débora. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Vol. I. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 264.

FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica, em estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

FRIGÉRIO, Marcos Valentin; SALZO, Ivan; PIMENTEL, Silvia e GOLLOP, Thomaz Rafael. *Aspectos bioéticos e jurídicos do abortamento seletivo no Brasil*. Disponível em: http://www.jep.org.br/downloads/JEP/Artigos/aspectos_bioetico_juridico_abortamento_sele-tivo.htm. Acesso em 29 de outubro de 2007.

GHERARDI, Carlos e KURLAT, Isabel. *Anencefalia e interrupción del embarazo – Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un Caso reciente*. Disponível em: <http://www.la-lectura.com/ensayo/ens-19.htm>. Acesso em 01 de novembro de 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 422/429.

TORRES, José Henrique Rodrigues. *Abortamento nos casos de malformação fetal*. São Paulo: Revista da Escola Paulista da Magistratura. Vol. II. n. 3, p. 101/111, jan/fev, 2001.

VERARDO, Maria Thereza. *Aborto: um direito ou um crime?* 3ª ed. São Paulo: Moderna, 1987.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS IMPLICAÇÕES POLÍTICAS NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

José Anselmo de Oliveira, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe; professor da Faculdade de Sergipe (FaSe); coordenador do curso de Direito da Faculdade de Sergipe (FaSe); professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe (Esmese); presidente do Conselho Científico e Editorial da Revista da Esmese; membro da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI). Diretor da Associação Nacional da Magistratura Estadual (ANAMAGES); avaliador do INEP/MEC. Autor do livro *Direito à jurisdição: implicações organizacionais, teóricas e políticas* editado pela SAFE, 2003.

RESUMO: O artigo trata da questão política imanente às decisões judiciais, especialmente em sede da jurisdição constitucional. Analisa o papel do Supremo Tribunal Federal e a importância da politização da jurisdição como instrumento para dar efetividade aos princípios fundantes do Estado brasileiro e de todos os demais princípios, direitos e garantias presentes na Constituição de 1988.

ABSTRACT: The article deals with the political issue inherent to judicial decisions, especially within the constitutional jurisdiction. It examines the role of the Supreme Federal Court and the importance of politicization of the court as a tool to give effect to the principles fundantes of the Brazilian state and all other principles, rights and guarantees in the Constitution of 1988.

SUMÁRIO: 1. A politização da jurisdição; 2. A crise da concretização da Constituição de 1988; 3. Componentes políticos da crise; 4. O

modelo atual e a necessidade de uma reforma; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. A POLITIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO

Inescondível a crise por que passa o modelo do Estado moderno e o seu mais significativo dogma: a tripartição dos poderes. Não se trata de uma questão localizada, específica do Brasil ou da América Latina, como é de praxe nas análises políticas e jornalísticas sem o aprofundamento que o caso exige. Podemos observar que mesmo nos países chamados desenvolvidos, de formas diferentes, a crise existe.

Para ilustrar podemos citar os recentes acontecimentos que deixaram em tensão o Legislativo e o Executivo britânicos por ocasião da guerra no Iraque. Ou ainda, a recentíssima crise entre a Corte Suprema canadense e o governo do Canadá na divergência quanto a constitucionalidade dos instrumentos de repressão ao terrorismo após o 11 de setembro de 2001, especificamente o programa denominado de “Seguridade Certificada”, cujas leis foram derrubadas¹.

A atividade do Poder Judiciário de interpretar a Constituição através do controle de constitucionalidade tem sido o foco de conflitos entre a ciência jurídica e a ciência política, por entenderem alguns que se manifesta aqui o poder de legislar dos juízes. Esse tema tem desde autores como Mauro Capelletti² e Luiz Werneck Vianna³, a explorar este viés tipicamente da contemporaneidade constitucional.

A denúncia da existência da crise constitucional vem sendo objeto da preocupação de constitucionalistas da estatura de Paulo Bonavides, Walber Agra, Alfredo Baracho, Ivo Dantas, Carlos Britto, Ingo Sarlet e tantos outros no Brasil. No exterior poderíamos citar os exemplos

¹ In <http://conjur.estadao.com.br/satatic/text/53132,1> acessado em 24/02/2007.

² CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre, SAFE, 1999, tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

³ WERNECK VIANNA, Luiz. *et alli. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

de Canotilho, Dworkin e Rosenfeld, entre outros não menos importantes.

A democracia como valor ideal declarado pela ONU após a Segunda Guerra Mundial operou um fenômeno social relevante que foi a politização em massa, o desejo de participação diretamente do poder estatal, nem sempre satisfazendo o direito ao voto, frustrado muitas vezes.

A experiência da massificação da participação popular nos países socialistas, do leste europeu, da Ásia e do Caribe, impregnou o mundo de modos de pensar e operar a democracia diferentemente do mundo ocidental capitalista, centrado no modelo norte-americano e na democracia social da Europa norte-atlântica.

Os direitos fundamentais assim declarados em 1948 pela Convenção da ONU em Paris, fundados no liberalismo clássico, agora têm cores que anunciam em perspectiva os novos direitos difusos e coletivos, direitos de uma nova geração ou dimensão, gestados em face da crise política e econômica que permeou a luta contra o nazifacismo e que inspirou uma nova utopia.

A estrutura do Estado não poderia estar alheia a este evento tão significativo, e uma das conseqüências foi exatamente um processo de politização, antes focada como função típica do Legislativo e, em face da legitimação pela via eleitoral, do Executivo. A importância cada vez maior da jurisdição constitucional implicou numa necessária politização, sem ela, entender o discurso lingüístico político inserto no texto constitucional seria inútil, apesar de ao mesmo tempo suscitar questionamentos os mais díspares.

Pretende-se demonstrar que estas implicações políticas não são alheias ao universo jurídico, pelo contrário, sem a compreensão lógica e objetiva da sua imperiosa leitura, se coloca em risco a concretização da Constituição.

Ainda que muitos neguem, os juízes não são despidos de sua condição humana com a investidura no cargo, ao contrário do que se pensa, é no exercício da judicatura onde afloram os reais conflitos de caráter ideológico e de valores. O direito positivo enfim se torna a moldura ideal para os recortes individuais de visão de mundo e de sua representação. Não há, portanto, neutralidade alguma no discurso da

jurisdição sendo no mais das vezes um consenso – de natureza política – a solução de alguns casos⁴.

Percebe-se que há uma disposição muito grande em negar a condição de animal político do magistrado, é como se esperasse do juiz a mesma frieza e alheamento da máquina cujos comandos obedecem a uma equação lógica pré-determinada, uma ausência de valores e uma incapacidade de ler e representar, desconstruindo e construindo novos sentidos do texto legislativo.

No entanto, quando se trata da jurisdição constitucional o conflito se estabelece de maneira inevitável. O juiz constitucional no Brasil, representado na figura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ou se limita ao já decidido por seus pares através da história da própria Corte, ou arregaça as mangas para o trabalho de concretização da Constituição sem medo de se expor, pois aí se desvela por inteiro, dar a conhecer a todos o que era um quase segredo, suas convicções políticas, sua ideologia, seus valores.

A negação tão freqüente da politização da jurisdição nega também a condição humana e alimenta a utopia de uma justiça à moda da mitologia greco-romana, do retorno inconsciente ao status pré-moderno de uso do direito.

Em certa medida se verifica através do controle da constitucionalidade das leis pela jurisdição constitucional nas nações democráticas, o que afirmara Inocêncio Mártires Coelho ao analisar a frase dita pelo governador de Nova York e depois ministro da Suprema Corte americana, Charles Hughes, ao afirmar que os americanos vivem sob uma Constituição, mas a Carta Política é o que pensa os juízes o que ela é⁵.

Há aqui a clara opção de tratar a questão como a “politização da jurisdição” do que mesmo pela expressão mais consagrada como “judicialização da política”, porque é perceptível o quanto incomoda

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires, Ediar, 1994; Mannheim, Karl. *Ideologia e utopia*. Rio, Zhar, 1968 e Villoro, Luis. *El concepto de ideología*. México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

⁵ Coelho, Inocêncio Mártires. Salvador. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 12, março, 2002, Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?

se afirmar a politização da jurisdição e como se a inversão pudesse neutralizar qualquer possibilidade do juiz agir também como as esferas políticas.

O ativismo judicial nascido com o *judicial review* originário da Inglaterra chegou aos Estados Unidos a partir da interpretação da Constituição de 1787, mas precisamente do seu artigo VI a partir de decisão do Juiz da Suprema Corte, John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, tornando-se instrumento de efetividade dos direitos individuais contra decisões dos Poderes Executivo e Legislativo que atentasse contra os mesmos.

O ativismo judicial tipicamente estadunidense não tem precedente no Brasil, apesar de muito lentamente o Supremo Tribunal Federal brasileiro vir se libertando aos poucos de uma postura consagradamente conservadora e positivista, negando muitas vezes direitos fundamentais preferindo agir, quando chamado a decidir e escolher ideologicamente, de modo quase sempre a confirmar o decidido na esfera política.

Nas poucas vezes em que o Supremo Tribunal Federal no Brasil vem interpretando a Constituição em sentido contrário do pensamento do Poder Legislativo, como recentemente em decisão que julgou inconstitucional a instituição de cláusula de barreira em sessão do dia 07 de dezembro de 2006⁶, por unanimidade dos seus membros,

⁶ “O Tribunal julgou procedente pedido formulado em duas ações diretas ajuizadas, (...) para declarar a inconstitucionalidade do art. 13; da expressão ‘obedecendo aos seguintes critérios’, contida no *caput* do art. 41; dos incisos I e II do art. 41; do art. 48; da expressão ‘que atenda ao disposto no art. 13’, contida no *caput* do art. 49, com redução de texto; e da expressão ‘no art. 13’, constante do inciso II do art. 57, todos da Lei 9.096/95. O Tribunal também deu ao *caput* dos artigos 56 e 57 interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais deles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito, e julgou improcedente o pedido no que se refere ao inciso II do art. 56, todos da referida lei. Os dispositivos questionados condicionam o funcionamento parlamentar a determinado desempenho eleitoral, conferindo, aos partidos, diferentes proporções de participação no Fundo Partidário e de tempo disponível para a propaganda partidária (‘direito de antena’), conforme alcançados, ou não, os patamares de desempenho impostos para o funcionamento parlamentar. Entendeu-se que os dispositivos impugnados violam o art. 1º, V, (...); o art. 17, (...); e o art. 58, § 1º, (...), todos da CF. Asseverou-se, relativamente ao inciso IV do art. 17 da CF, que a previsão quanto à competência do legislador ordinário para tratar do funcionamento parlamentar não deve ser tomada a ponto de esvaziar-se os princípios constitucionais, notadamente o revelador do pluripartidarismo, e inviabilizar, por completo, esse funcionamento, acabando com as bancadas dos partidos minoritários e impedindo os respectivos deputados de comporem a Mesa Diretiva e as comissões.

reconhecendo o direito de representação dos partidos minoritários como forma de proteger o princípio do pluralismo político inscrito no art. 1º, inciso V, da Constituição brasileira de 1988⁷, agora em fevereiro de 2007 o senador Marco Maciel apresentou Emenda Constitucional, a PEC n.º 002/2007⁸, no Senado Federal onde ressuscita a cláusula já considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal,

Considerou-se, ainda, sob o ângulo da razoabilidade, serem inaceitáveis os patamares de desempenho e a forma de rateio concernente à participação no Fundo Partidário e ao tempo disponível para a propaganda partidária adotados pela lei. Por fim, ressaltou-se que, no Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais da minoria, tais como a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública.” (ADI 1.351 e ADI 1.354, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-12-06, Informativo 451)

⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:V – o pluralismo político”, Constituição Federal de 1988.

⁸ PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº, DE 2007

Acrescenta parágrafo ao Art. 17 da Constituição Federal, para autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho eleitoral.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 17 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte alteração:

Art. 17.....

§ 5º Para fins de funcionamento parlamentar, a lei poderá estabelecer distinções entre os partidos que obtenham um mínimo de cinco por cento de todos os votos válidos nas eleições para a Câmara dos Deputados, distribuídos em, pelos menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento dos votos válidos de cada um desses Estados na mesma eleição, e os partidos que não atinjam esse patamar.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor em 1º de janeiro de 2010.

JUSTIFICAÇÃO

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais os artigos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, que impunham restrições ao funcionamento parlamentar de partidos que não alcançassem, na eleição para a Câmara dos Deputados, certo patamar de votos.

A medida vigora hoje em 44 países que, a exemplo da Alemanha, em sua iniciativa de 1959, buscam reduzir o número de partidos, o que lhes pareceu necessário à governabilidade e à racionalidade da cena política.

Sala de Sessões, de fevereiro de 2007.

.....
Fonte: Secretaria-Geral da Mesa

e numa celeridade nunca vista no parlamento brasileiro, já no dia 20 de março de 2007 estava sendo apreciada em plenário no primeiro turno de votação, com chances de ser aprovada no primeiro e no segundo turnos exigidos na Constituição e sendo enviada à Câmara Federal onde também deverá obter êxito, pois um dos grandes interesses nesta proposta de emenda à Constituição é sem dúvida garantir aos maiores partidos políticos a maior parte dos 90 milhões de dólares anuais do Fundo Partidário.

Verifica-se que no Brasil, como nos Estados Unidos e na Europa já há mais tempo, os conflitos e as críticas dos demais Poderes Executivo e Legislativo em razão do controle da constitucionalidade é inexorável.

Numa Constituição dirigente, programática e principiológica como a brasileira de 1988 e a portuguesa de 1976, por exemplo, o papel do *judicial review* é essencial para a densificação e concretização não somente de direitos individuais, ou chamados de primeira dimensão, como também os das demais dimensões, em especial os direitos coletivos e difusos.

2. A CRISE DA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Evidencia-se a crise na concretização da Constituição brasileira de 1988 por muitos fatores, dos quais interessa destacar nesta oportunidade: 1) o estranhamento do modelo constitucional adotado, e, 2) a cultura da concretização constitucional.

O Brasil viveu de 1964 a 1985, um período de negação do direito constitucional e dos direitos políticos com o governo militar. Abriu-se um hiato de mais de três décadas entre a redemocratização do país com a Constituição de 1946 que foi escrita por uma Assembléia Constituinte pluralista e com todas as implicações causadas pelo pós-guerra e a atual Constituição de 1988, originada do que foi chamada “abertura lenta e gradual” assim conceituada por um dos artífices do golpe militar de 1964, Golbery do Couto e Silva, e, que também foi o responsável pela distensão política que redundou na eleição do primeiro presidente civil, e a convocação de uma Assembléia Constituinte, sem maiores traumas, apesar de todo um processo doloroso de ruptura

política e institucional que, de modo concreto, modificou o olhar para a Constituição com a supremacia que merece dada a sua dignidade normativa.

A lição sempre lúcida de Bonavides, no tocante à reflexão do estágio constitucional que vivemos, nos ensina que “*o primeiro Estado de Direito pertenceu à separação dos poderes; o novo Estado de Direito pertence aos direitos fundamentais e primacialmente às garantias e salvaguardas que a Constituição ministra pelas vias processuais*”, e isto tem uma reviravolta na forma de concretização da Constituição que agora necessita mais do que nunca da interpretação do seu texto pela via judicial.

A crise da concretização das constituições, e em particular, da brasileira de 1988, é de matriz metodológica.

Assim, a racionalidade que presidiu a interpretação das normas jurídicas antes do surgimento das constituições, metodologicamente, não se preocupava com a construção de significados buscava o mesmo sentido dado pelo legislador, mantendo-se fiel ao poder legiferante.

O fenômeno da constitucionalização passou a exigir muito mais, portanto, que os tradicionais métodos interpretativos, numa evolução que vai do tradicional gramaticalismo à interpretação aberta de Häberle¹⁰.

A superação do que é o texto normativo e o que é a norma. O texto normativo como uma representação a ensejar o desvelamento dos seus sentidos exigindo assim um intérprete. Neste processo o intérprete não somente desvela os sentidos do texto normativo, mas também constrói a norma ali presente, através dessa descoberta.

É nesse diapasão que Adeodato defende a tese de que o texto normativo genérico não constitui a norma jurídica, mas o ponto de partida para a sua construção diante do caso concreto¹¹. É a

⁹ In prefácio do seu *Curso de Direito Constitucional*, pág. 20. 18ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

¹¹ ADEODATO, João Maurício in *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1, n. 2, 2004, Porto Alegre, págs. 169-188.

conseqüência desta assertiva é de que a jurisdição, e especialmente, a jurisdição constitucional tem relevante papel não se limitando a apenas aplicar a lei.

Apesar das dificuldades, Vital Moreira citado por Bolzan de Moraes e Agra¹² reconhece uma nova tessitura da densidade constitucional, causando ao mesmo tempo um alargamento da autonomia e da supremacia constitucional, bem como uma maior limitação da liberdade do legislador.

Induvidoso que a crise de concretização da Constituição brasileira de 1988 é um reflexo do embate político travado na Assembléia Constituinte, em especial no tocante aos temas que trataram dos direitos sociais e da ordem econômica. A “batalha ideológica” como bem definiu Bercovici¹³ contribuiu para acirrar as dificuldades em tornar concretas as conquistas do novo texto constitucional.

3. COMPONENTES POLÍTICOS DA CRISE

A democracia tem um preço que não se mede pelas mudanças radicais, pois estas são muito mais fáceis de serem concretizadas em ditaduras e regimes de exceção. E aqui está uma das chaves para se compreender os componentes políticos da crise.

O cenário na América Latina após uma saudável redemocratização ocorrida após um longo inverno de regimes militares que sufocaram não somente a democracia, mas, principalmente, adormeceram as consciências dos cidadãos para a importância do respeito à pluralidade, aos direitos fundamentais e à cidadania.

Parecendo viver um processo cíclico do ponto de vista político, a América Latina neste primeiro decênio do século XXI retoma o velho caminho dos populismos e da transformação, agora rápida, da democracia para os regimes autoritários que em nome do “povo” subtraem deste mesmo “povo” direitos fundamentais de primeira

¹² BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis e AGRA, Walber de Moura, in *A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1, n. 2, 2004, Porto Alegre, págs. 217-242.

¹³ BERCOVICI, Gilberto in *Dilemas da concretização da Constituição de 1988*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1, n. 2, 2004, Porto Alegre, págs. 101-120.

dimensão – os de liberdade. Esta afirmação encontra eco nos últimos acontecimentos na Venezuela e Bolívia, mas que paira na região como uma nuvem de tempestade.

O abismo cada vez maior da exclusão social e econômica, mas também cultural e política no Brasil e na América Latina destoa dos avanços dos ajustes econômicos num padrão global mesmo com o prejuízo da grande parcela de trabalhadores assalariados e de pequenos e médios empresários.

A promessa de direitos fundamentais já conquistados em Estados que se organizaram e se fundaram no modelo social não tem sido cumprida na América Latina e tão pouco no Brasil deixando na Constituição, como letras mortas, o que se considerou avanço no momento de sua promulgação.

Por outro lado, é flagrante a incapacidade da classe política compreender que historicamente o Estado Democrático de Direito é uma realidade que se pretende perene, e que dela dependem as ações e decisões capazes de tornar efetivas as conquistas que a civilização teve em termos de direitos fundamentais.

Um componente político determinante para o cenário atual tem sido a vitória de políticos ideologicamente identificados com a esquerda e com o socialismo. Ao mesmo tempo em que aparenta uma virada ideológica na América Latina, objeto até mesmo de conflitos armados nos anos setenta do século XX, hoje, ao contrário, sinaliza uma tendência ao populismo e, o mais grave, um desserviço à democracia e à concretização dos direitos contidos nas constituições desses países.

A luta política travada nas eleições e, posteriormente, nos parlamentos, em verdade tem por objetivo imediato a retomada do poder pelos grupos que depois de tantos anos nos comandos das nações latino-americanas, incomodados, pregam uma rebelião muitas vezes ofensiva à Constituição vigente.

No Brasil, as discussões no parlamento estão centradas no exercício dos papéis de situação e oposição, de quem está no poder e de quem após passar tantos anos foi apeado do poder e, inconformados, torcem pelo caos como única maneira de retornar à situação de mandatários mais uma vez de seus feudos.

A concretização da Constituição não deveria ser, e nem será, responsabilidade apenas do Poder Judiciário, nem tão somente dos

seus intérpretes oficiais¹⁴, mas a sociedade e todos os seus atores devem contribuir para a efetividade da lei fundamental.

4. O MODELO ATUAL E A NECESSIDADE DE UMA REFORMA

A Constituição do Brasil de 1988 realizou um processo catártico que pode ser visto no texto aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte. Tendo como modelo a Constituição portuguesa de 1976, os constituintes brasileiros dividiram-se em três grandes blocos: 1) os conservadores de direita representados basicamente pelo partido que dera sustentação ao governo militar durante o período de exceção; 2) os partidos socialistas e afins formando uma ala de esquerda com todas as suas mutações; e, o maior grupo 3) o chamado à época de “centrão” com a participação de vários segmentos políticos que ia da esquerda moderada à direita liberal formando um grupo que poder-se-ia chamar de neoliberal.

O embate entre as mais diversas correntes ideológicas obrigou os grupos políticos a negociarem suas propostas e isto contribuiu para um texto muito das vezes desalinhado. O maior exemplo está no formato do Poder Executivo que manteve a forma presidencialista de governo, porém a ideologia constitucional aponta para o parlamentarismo diante das atribuições do Poder Legislativo que permanece refém da prática política tradicional nos trópicos e abaixo da Linha do Equador.

Já o Poder Judiciário no momento constituinte teve a oportunidade de ser corrigido em sua estrutura, particularmente no que diz respeito à criação de uma Corte Constitucional e que bem poderia ser o adotado em Portugal, ou mesmo na Alemanha. Poder-se-ia resolver a crítica mais corrente e que se refere à legitimidade da jurisdição constitucional, estabelecendo a eleição dos seus membros para um mandato determinado sem direito à reeleição, ainda que indiretamente pelo Congresso Nacional. Porém, nada disso se tornou realidade constitucional.

¹⁴ HABÉRLE, Peter. Op. cit.

O Judiciário não sofreu nenhuma significativa alteração em sua organização no texto aprovado e promulgado em 05 de outubro de 1988. Depois de alguns anos, e com a apuração da Comissão Parlamentar de Inquérito de problemas no Judiciário é que os parlamentares brasileiros se apressaram em realizar uma reforma naquele Poder. Todavia, como o foco era controlar politicamente o outro Poder, o Legislativo brasileiro perdeu a grande oportunidade de modificar o texto original por meio de emenda à Constituição de forma efetiva e não apenas criando mais um órgão de controle administrativo, o Conselho Nacional de Justiça, que não contribuiu para melhorar a prestação jurisdicional e muito menos sanar a distorção em pleno Estado Democrático de Direito que é ausência de uma Corte Constitucional.

O Supremo Tribunal Federal apesar de ser o guardião da Constituição como expressamente se vê no art. 102, *caput*, *in verbis*: “*competem ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ...*”, tem a competência originária ampla do inciso I e a competência recursal do inciso II, ambos do artigo retro citado. Concretamente isto tem significado que aquela Corte tenha em andamento cerca de 110 mil processos para 11 ministros, o que dá cerca de 10 mil processos por ano para cada ministro.

O Estado brasileiro tem hoje uma Constituição programática, dirigente, principiológica, portanto uma Constituição aberta a exigir um trabalho muito maior do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação tanto da lei abstrata por força do controle concentrado da constitucionalidade que se faz pela via judicial por meio das Ações Constitucionais¹⁵, ou ainda pelo controle difuso em sede recursal ordinária no caso concreto.

Diante do quadro caótico, a reforma do Judiciário criou a “súmula vinculante” como saída para o excessivo número de processos no Supremo Tribunal Federal, tornando a decisão daquela Corte vinculada

¹⁵ Na Constituição brasileira de 1988 é possível o manejo por alguns legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual e da Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, conforme o art. 102, inciso I, a.

a todos os demais órgãos do Poder Judiciário, impedindo que seja julgado de forma diferente os novos casos que se apresentem semelhantes.

Neste trabalho não cabe discutir sobre a súmula vinculante, se foi acertada ou não a sua adoção, ou o que pensa a doutrina pátria e estrangeira sobre o tema. Basta-nos compreender que a saída processual para reduzir processos não é suficiente para densificar e concretizar a Constituição.

Por outro lado, não se constituiu mais em novidade a criação da súmula vinculante, pois a Emenda nº. 02/93 que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade¹⁶ já trazia o efeito vinculante, agora ampliado com a nova redação do § 2º do art. 102, da CF, dada pela Emenda 45/04.

O fato é que nem mesmo a tão falada reforma do Judiciário logrou solucionar os problemas conhecidos e nem avançou na questão da efetividade da Constituição através da jurisdição constitucional.

A crise da legitimidade da jurisdição constitucional brasileira foi analisada por Bonavides, a partir da experiência recente de composição do Supremo Tribunal Federal, alertando sobre o perigo que ronda os países periféricos, como vemos neste trecho:

“Se medidas não forem tomadas em tempo para coibir o abuso que tem conduzido a uma politização exagerada da justiça constitucional, a Suprema Corte correrá breve o risco de transformar-se numa sucursal, secretaria judiciária ou cartório do Poder Executivo, exercitando, em favor deste, a função normativa que as Cortes Constitucionais, quer queiram, quer não, têm exercitado, por via interpretativa, na ordem concreta dos fatos e da realidade, como uma espécie de legislativo paralelo e invisível.

¹⁶ Considerada uma *avocatória branca* e para Nelson Nery Junior, além de tudo, maculada pela inconstitucionalidade por ofender os arts. 5º, XXXV e 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Com efeito, ao levarem a cabo o controle concentrado de fiscalização constitucional, os juízes constitucionais em sua função judicante podem, com a autoridade de última instância que lhes é atribuída de declarar o direito, resvalar no abuso de reescrever e positivizar em seus acórdãos, por meios hermenêuticos, uma Constituição diferente daquela que se acha na letra e no espírito da Lei Maior.

O risco de ocorrer tão singular fenômeno jurídico é incomparavelmente mais visível em países da periferia onde o Tribunal, às vezes, debaixo da tutela branca do Executivo e ao serviço deste, instaura a ditadura judicial das inconstitucionalidades.

E o faz como se fora categórica manifestação de fidelidade aos textos constitucionais!

Nesse conspecto, a Constituição, desfalecida, sai da letra do constituinte para a sentença de tais juízes. A sentença sim é soberana, não aquela!

Fora da esfera de um Direito Constitucional decadente e subjugado pela vontade presidencial, é de admitir, todavia, que num determinado sentido há, em rigor, duas Constituições paralelas: uma formal, outra jurisprudencial; a segunda, direito positivo concretizado, mais eficaz que a primeira porquanto sendo norma viva, solve os litígios constitucionais. E ao solvê-los, o Tribunal Constitucional mostra-se então fiador do Estado de Direito. Se decide bem, garante os direitos fundamentais. Se decide mal, dá um passo para a ditadura dos juízes.

A pior das ditaduras é a tirania judicial personificada no governo da toga, nos magistrados da lei. Tirania sem remédio e sem retorno.”¹⁷

¹⁷ In artigo publicado na *Revista do Instituto de Estudos Avançados* (IEA) da USP, n.º 51, maio, 2004, pág. 141 (127-150).

A questão não é a politização da jurisdição constitucional. O problema reside na partidarização, ou pior ainda, na defesa do programa do governo vigente.

A jurisdição constitucional para cumprir o seu papel no Estado Democrático de Direito terá que entender-se como instância político-jurídica que igual aos demais poderes do Estado tem como limite a ideologia constitucional.

A Ordem dos Advogados do Brasil está defendendo a transformação do STF em Tribunal Constitucional, com seus membros sendo eleitos para um mandato de 10 anos sem direito à reeleição¹⁸. Isto é um grande passo. Os advogados reconhecerem a importância de uma jurisdição constitucional pautada na máxima legitimidade e competência exclusiva.

5. CONCLUSÃO

A atuação da jurisdição constitucional, por natureza, será sempre político-jurídica, daí que inevitáveis serão os conflitos entre os poderes no modelo moderno de separação conforme a doutrina de Montesquieu. Nesse momento de crise da legitimidade e de crise para superação do modelo tradicional de jurisdição, o que se torna desafiador é a construção para o Estado contemporâneo, com todas as perplexidades que estão sendo vivenciadas nesta transição da modernidade para uma outra racionalidade cujos paradigmas ainda estão sendo gestados.

O reconhecimento do homem como pessoa e sujeito de direitos exigiu cerca de 25 séculos para que a maioria dos Estados o fizesse¹⁹

¹⁸ “Está na hora do Congresso Nacional transformar o STF em Corte Constitucional estabelecendo um mandato de dez anos, sem reeleição, para os seus membros”. A afirmação foi feita hoje (19) pelo presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), César Britto. Segundo ele, a OAB sempre defendeu que o Supremo deveria atuar exclusivamente como um Tribunal Constitucional para que possa cumprir o seu relevante papel de controlar a Constituição e não o abuso de servidores públicos, ainda que privilegiados.” Notícia publicada no sítio da OAB, www.oab.org.br, no dia 19 de março de 2007.

¹⁹ Na expressão de Fábio Konder Comparato in *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2ª. ed. rev. e amp. – São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 12.

através de uma declaração onde se afirma “que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, e é exatamente nesta perspectiva que os direitos fundamentais e a concepção do Estado Democrático de Direito exigem dos juízes constitucionais um compromisso político que não se apequena e nem pode ser fixado nos estreitos limites dos partidarismos e ideologias de grupos que ocasionalmente chegam ao poder.

Os Estados periféricos, entre eles o Brasil, apesar do desafio de uma economia globalizada e asfixiante pela fluidez dos capitais, que de tão sensíveis colocam em risco a estabilidade de países inteiros pelos simples boatos no meio dos investidores, tentam se mostrar competitivos na arena mundial e ao mesmo tempo conviver com cenários de exclusão social, econômica e cultural, com uma enorme parcela dos seus habitantes abaixo da linha da pobreza.

Essa indignação nos países, verificada inclusive nos chamados países em desenvolvimento, é a realidade que frente aos direitos fundamentais declarados em suas constituições promovem um fosso entre o real e o dever-ser constitucional.

Reconhecer o papel político e jurídico da jurisdição constitucional é o primeiro passo a ser dado objetivando a efetiva concretização do dever-ser presente nas declarações da lei fundamental, tornando-as realidades palpáveis, através da interpretação que represente o sentido que dê maior efetividade aos direitos fundamentais.

Reconhecer também que somente se constrói uma realidade quando presentes condições materiais mínimas, daí que os juízes constitucionais não podem deixar de fazer opções políticas muitas das vezes, fazendo uma leitura do possível, e não apenas uma leitura gramatical do texto constitucional que pode ficar apenas, naquele momento, como mera decisão sem efetividade.

Por esses motivos é que desde 2003, defendemos a criação da Corte Constitucional como instrumento da concretização da Constituição brasileira de 1988, pois lidando exclusivamente com os valores supremos do Estado brasileiro e com os seus princípios fundamentais, seus objetivos e a sua declaração de direitos, é que poderá dar um

rumo e garantir efetividade às conquistas do Estado Democrático de Direito²⁰.

6. BIBLIOGRAFIA

- ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: 2004. Vol. 1 n.º 02.
- BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas da concretização da Constituição de 1988*. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: 2004. Vol. 1, n.º 02.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis e AGRA, Walber Moura. *A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional*. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: 2004. Vol. 1, n.º 02.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. 18ª ed.
- _____. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. In Revista do Instituto de Estudos Avançados (IEA) da USP. São Paulo: 2004. n.º 51.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999. tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?* in Revista Diálogo Jurídico, n.º 12, Salvador: 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. 2.ª ed. revista e ampliada.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1997. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.
- MANNHEIM, Kart. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zhar, 1968.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

²⁰ In dissertação de mestrado em Direito e Desenvolvimento, área de concentração: Direito Constitucional, defendida em 2002, e publicada por Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 03, pág. 76.

OLIVEIRA, José Anselmo de. *Direito à jurisdição: implicações organizacionais, teóricas e políticas*. Porto Alegre: SAFE, 2003.

VILLORO, Luis. *El concepto de ideología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

WERNECK VIANNA, Luiz et alii. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994.

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Ana Patrícia Souza, Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes, Subdiretora de Administração da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (Esmese).

RESUMO: A abordagem procurará mostrar que é possível relativizar os efeitos da coisa julgada material quando a decisão estiver em desacordo com os preceitos constitucionais. O presente trabalho partirá da premissa de que uma sentença sedimentada numa lei inconstitucional pode ser desconstituída por algum mecanismo processual, posto que a imutabilidade de coisa julgada não pode se sobrepor ao Texto Constitucional, sob pena de violar a hierarquia das normas constitucionais. Serão discutidos os meios processuais adequados para desconstituição da coisa julgada inconstitucional, com ênfase para ação rescisória, o mandado de segurança e a ação declaratória de nulidade absoluta de sentença. Apresentar-se-ão as razões para que seja declarada judicialmente a inexistência da coisa julgada inconstitucional, possibilitando que as questões, para as quais já não caiba mais recurso, possam ser novamente discutidas em juízo.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada; Imutabilidade; Relativização; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The approach in this work will show it is possible to take relative terms the effects of the sentenced thing when the decision is not in accordance with the Constitution. The present work will be made on the premise that a sentence based on an unconstitutional law may be deconstructed by some mechanism once the immutability of the sentenced thing can not superpose the Constitution. It will be discussed the adequate process means to make the unconstitutional sentenced thing into non-constitutional thing, highlighting the Annulment Action and the Absolute Annulment Declaration Action of the sentence. It will be presented the reasons for the judicial declaration of inexistence of the thing sentenced unconstitutional

allowing that the questions which appeal are permitted no more can be questioned again in the justice.

KEYWORDS: Sentenced thing; Relativisation; Immutability; Inconstitucionality.

1. INTRODUÇÃO

O tema coisa julgada inconstitucional tratado também na doutrina como relativização da coisa julgada, encontra-se em plena discussão no meio doutrinário e jurisprudencial, apesar de não ser um assunto tão recente.

De acordo com o sistema piramidal clássico adotado por Kelsen, o ordenamento jurídico brasileiro situa a Constituição no topo hierárquico das normas jurídicas, de modo que todas as outras normas que lhes são inferiores buscam validade no seu texto.

A norma jurídica que esteja em desconformidade com o Texto Legal não possuirá validade no ordenamento, respeitados, contudo, os mecanismos de proteção da supralegalidade que a própria ordem constitucional consagra.

Ressalte-se que doutrinadores de renome, tais como Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior e José Augusto Delgado pugnaram pela possibilidade de revisão de sentenças e/ou acórdãos inconstitucionais mesmo quando esgotado o prazo de dois anos da ação rescisória.

A existência da coisa julgada inconstitucional atualmente já não é mais uma mera elucubração doutrinária. Ela é real e pode ser observada nas decisões transitadas em julgado e revestidas de imutabilidade, das quais podemos destacar as decisões que firmam os princípios da legalidade, da moralidade e que são atentatórias à Constituição.

A pesquisa procurará mostrar que é possível relativizar os efeitos da coisa julgada quando esta estiver em desacordo com os preceitos constitucionais.

A fim de se chegar ao objetivo pretendido, inicialmente serão apresentados os principais aspectos da coisa julgada, destacando seu

conceito e modalidades, com ênfase para os elementos caracterizadores e diferenciadores da coisa julgada formal e material.

Posteriormente, serão analisadas questões relevantes da coisa julgada inconstitucional, com ênfase para os casos em que a coisa julgada atente, como por exemplo, no caso de ataque a um princípio constitucional consagrado.

Ainda nesta parte, apresentar-se-ão as razões para que se desconstitua uma decisão transitada em julgado, permitindo que seja declarada judicialmente a inexistência da coisa julgada inconstitucional, possibilitando que questões já julgadas e que não mais admitam recurso possam ser novamente discutidas em juízo.

Em seqüência, serão elencados alguns mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para elidir a coisa julgada inconstitucional, com destaque para Ação Rescisória, Mandado de Segurança e Ação Declaratória de Nulidade de Sentença.

Mostrar-se-á ainda o alcance e as conseqüências decorrentes da inserção do parágrafo único incorporado ao art. 741 do Código de Processo Civil.

O tipo de pesquisa utilizado para a realização do estudo foi a bibliográfica. As informações necessárias foram extraídas de livros, revistas especializadas no assunto, jornais, documentários, artigos e demais meios que se fizeram necessários para a conclusão deste trabalho, com destaque para os dispositivos da Constituição Federal e do Código de Processo Civil que tratam sobre a matéria em análise.

2. COISA JULGADA

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A coisa julgada consiste na imutabilidade e indiscutibilidade assumida pela sentença transitada em julgado, esgotando-se todas as possibilidades de revisá-la, encerrando-se, portanto, a atividade jurisdicional.

O Código de Processo Civil define coisa julgada material em seu artigo 467, in verbis: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Inferre-se da referida definição que com o trânsito em julgado da decisão, por uma questão de segurança jurídica não se admite que o ato decisório seja reavivado ou rediscutido, haja vista que se admitido fosse traria notável instabilidade em desfavor das partes no processo.

Segundo Montenegro Filho (2006, p. 559),

A coisa julgada trata, portanto, da imutabilidade da decisão que, a depender da espécie dessa imutabilidade, acoberta as questões decididas em parte específica do pronunciamento judicial, como tal na parte dispositiva, que se refere à conclusão da decisão depois de ter o magistrado realizado o relatório e a fundamentação, indicando no compartimento conclusivo se acolhe (ou não) as pretensões do autor, em atenção ao princípio da congruência ou da adstrição (arts. 128 e 460 do CPC).

Ressalte-se que além da proteção infraconstitucional, a coisa julgada também possui proteção constitucional. A Constituição Federal, em seu Art. 5º, XXXVI, in verbis, assim dispõe: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Procurou-se com isso, proteger a coisa julgada de eventual lei nova que trouxesse em seu texto, regra divergente da que foi aplicada à relação jurídica, objeto da decisão judicial que transitou em julgado.

2.2 COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL

A coisa julgada pode ser vista sob duas modalidades: a coisa julgada formal e a coisa julgada material. A coisa julgada formal atua dentro do processo no qual foi proferida a decisão, ou seja, apenas põe termo ao feito, impedindo que se discuta o objeto no mesmo processo, contudo, não impede que a mesma discussão seja feita em outro processo.

Segundo preleciona Theodoro Júnior (2003, p. 474),

A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição.

Impende salientar que com a imutabilidade da decisão, termina a função jurisdicional dentro do processo.

Porém nada impede que as partes busquem a via de novo processo para discutir novamente o litígio.

Ressalte-se que a coisa julgada formal não afeta o mérito, contudo extingue o processo em virtude da existência de algum defeito processual, meramente formal ou instrumental.

Ao contrário da coisa julgada formal, a coisa julgada material produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, impedindo que a matéria seja reexaminada, haja vista já ter sido definitivamente apreciada e julgada.

Acerca da diferença entre as duas modalidades de coisa julgada, assevera Theodoro Júnior (2003, p. 474) que a distinção entre coisa julgada material e formal é somente de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra sentença.

No entendimento de Santos (2002, p. 43), o comando emergente da sentença, como ato imperativo do Estado, torna-se definitivo, inatacável, imutável, não podendo ser desconhecido fora do processo. E aí se tem o que se chama coisa julgada material, ou coisa julgada substancial, que consiste no fenômeno pelo qual a imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes.

Impende salientar que a coisa julgada formal pode existir sozinha em determinada situação, ao passo que a coisa julgada material apenas pode ocorrer diante da existência da coisa julgada formal. Assim, toda sentença que transitar em julgado materialmente, deve transitar em julgado formalmente.

3. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Com o objetivo de garantir a supremacia da Constituição foram criados os sistemas de controle de constitucionalidade difuso, concentrado e misto, através dos quais é averiguada a conformidade tanto no aspecto formal quanto material de uma norma com a Constituição. E como consequência, uma norma eivada de inconstitucionalidade deve ser banida do ordenamento jurídico.

Ressalte-se que apesar da sentença judicial também dever obediência aos preceitos constitucionais, o controle de constitucionalidade teve como foco principal os atos emanados do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Os atos do Poder Judiciário ficavam quase sempre imunes ao referido controle.

Nesse diapasão, assevera Theodoro Júnior e Faria (apud DANTAS, 2003, p. 209),

Com efeito, institucionalizou-se o mito da impermeabilidade das decisões judiciais, isto é, de sua imunidade a ataques, ainda que agasalhassem inconstitucionalidade, especialmente após operada a coisa julgada e ultrapassado, nos variados ordenamentos, o prazo para a sua impugnação. A coisa julgada, neste cenário, transformou-se na expressão máxima a consagrar os valores de certeza e segurança perseguidos no ideal Estado de Direito. Consagrou-se assim, o princípio da intangibilidade da Coisa Julgada, visto durante vários anos, como dotado de caráter absoluto. Tal é o resultado da idéia, data vênica equivocada e largamente difundida, de que o Poder Judiciário se limita a executar a lei, sendo destarte, defensor máximo dos direitos e garantias assegurados na própria Constituição.

Destarte, é inegável que o Poder Judiciário pode proferir decisões que contrariem direta ou indiretamente o Texto Constitucional. Neste caso a questão que surge é o que fazer com uma decisão judicial

amparada pelo manto da coisa julgada material que contrarie norma disposta na Constituição?

Verifica-se que a coisa julgada material, apesar de conter um poder de sanção geral e com eficácia preclusiva em relação ao deduzido e ao dedutível não tem o condão de eliminar a inconstitucionalidade contida na sentença, uma vez que este é o vício mais grave de que um ato jurídico pode padecer.

Nesse entendimento preceitua Dinamarco (apud LIMA, 2004, p. 10)

(...) É inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer o preto, branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional.

Por esta razão, aceitar o contrário resultaria em ferir outra vez a Constituição, posto que a pretexto de evitar a eternização de litígios, estar-se-ia eternizando inconstitucionalidades.

Diante de tal situação, o maior desafio dos doutrinadores é justamente estender o controle de constitucionalidade às sentenças com trânsito em julgado, empregando para tanto um mecanismo adequado para elidir a inconstitucionalidade de uma decisão judicial.

Segundo Dias (2003, p. 1) a coisa julgada inconstitucional está a merecer da classe jurídica brasileira uma nova postura, diante de situação constrangedora que vem sofrendo o Judiciário, diante da perplexidade dos jurisdicionados em se depararem com circunstâncias inexplicáveis, baseadas em disparidades de julgamentos, sem que nada possa ser feito, uma vez que tais situações se agravam ainda mais quando acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Delgado (apud DANTAS, 2003, p. 203) assevera que a coisa julgada deve ser analisada em face dos princípios da moralidade pública e da legalidade. O referido autor entende que a alteração do instituto da

coisa julgada é constitucional, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão, em algum ou todos os casos.

Impende salientar que a Carta Magna proíbe a irretroatividade da lei para influir na solução dada, a caso concreto, por sentença de que já não caiba recurso.

Dinamarco (apud DANTAS, 2003, p. 206) ao expor sua opinião sobre a coisa julgada inconstitucional entende que “sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res judicata*, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade”.

Ressalte-se que o fenômeno da coisa julgada inconstitucional pode ser verificado de várias formas na decisão já transitada em julgado e revestida de imutabilidade, como por exemplo, decisões que ferem os princípios da legalidade, da moralidade e aquelas que atentam contra os preceitos contidos no Texto Constitucional.

3.1 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Independentemente do argumento utilizado para a existência da coisa julgada, esta sempre foi vista como um verdadeiro dogma jurídico intransponível, evitando que o pronunciamento que a conduz fosse passível de desconstituição por meio de recursos ou de ações judiciais.

Todavia, a doutrina nacional tem se rendido à possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional, ao se depararem com casos absurdos, teratológicos, protegidos pelo manto da coisa soberanamente julgada.

Como exemplo de caso em que houve a necessidade de se reestudar a coisa julgada, Lima (2004, p. 4) menciona a decisão judicial transitada em julgado, prolatada quando inexistia o exame de DNA ou quando o seu uso ainda era bastante restrito, que tenha declarado ou negado a paternidade de alguém e, posteriormente, descobre-se, com a realização do exame, que no primeiro caso a paternidade inexistia e no segundo, ela existia.

Diante de situações como esta é que o entendimento acerca da imutabilidade da coisa julgada vem sofrendo mitigação, flexibilização,

sendo afastado em situações especiais, quando o manto da coisa julgada acobertar injustiças processuais e/ou ilegalidades.

Nesse entendimento preleciona Dinamarco (apud MONTENEGRO FILHO, 2006, p. 565) que “os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual”.

Nesse diapasão, verifica-se que a doutrina moderna vem se posicionando, em casos excepcionais pelo desapego à imutabilidade dos efeitos da sentença de mérito, possibilitando que o pronunciamento final seja impugnado, mesmo tendo transcorrido o prazo de dois anos da ação rescisória.

É certo que a coisa julgada constitui uma das garantias de direito fundamental à segurança jurídica e se esta não é algo absoluta, aquela também não é. Defende-se a tese de que a segurança jurídica em determinadas situações deve ceder espaço a outros valores.

Contudo, é imperioso ressaltar que não se pretende com isso eliminar a coisa julgada ou tornar regra o seu afastamento. O que não pode é validar uma sentença abusiva e mesmo inexistente como pronunciamento judicial.

Nesse sentido assevera Montenegro Filho (2006, p. 566), que se é certo que o respeito à coisa julgada apresenta-se como primado constitucional, não menos certo é que o direito, enquanto ciência preocupa-se com o verdadeiro, com a justiça na pacificação dos conflitos de interesses.

E reforça que parece paradoxal, assim, que se defenda a tese de que a decisão abusiva não mais poderia ser revista pelo só fato de ter sido acobertada pela coisa julgada, sabido que em situações tais, estaríamos acordes na manutenção do conflito de interesses que gerou o exercício do direito de ação, solicitando-se ao Estado que fosse prestada a função jurisdicional.

Nessa mesma linha de raciocínio o ilustre jurista Dinamarco (apud LIMA, 2004, p.7),

A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicate* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei.

Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não se move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral.

Posicionamento contrário é o defendido por Leonardo Greco (apud CÂMARA, 2004, p. 187) que considera inadmissível a relativização do dogma da coisa julgada, por ser tal instituto garantia fundamental e instrumento indispensável à eficácia concreta do direito e à segurança, afirmando ainda que esta só não é absoluta porque se sobrepõe a ela a vida e a liberdade, apenas.

Ressalte-se que a doutrina moderna liberal tem se posicionado no sentido de admitir o reexame dos elementos de uma relação finda, concretizada por uma sentença acobertada pela coisa julgada. Contudo, esse reexame será feito não de modo geral, mas apenas em situações excepcionais, como no caso da situação narrada em passagem anterior, em que a injustiça do pronunciamento se põe em confronto com os princípios relacionados à segurança jurídica.

Impende salientar que o princípio da segurança das relações jurídicas apesar de ter como escopo a garantia dos direitos regularmente constituídos, não pode ser visto de forma absoluta, haja vista que é inadmissível eternizar coisa julgada contrária à Constituição Federal, com o argumento de que a desconstituição das decisões fundadas em lei declarada inconstitucional vem de encontro com o referido princípio.

Nesse diapasão, vislumbra-se que a segurança jurídica não deve ser vista como uma forma de se eternizar injustiças, mas como um mecanismo através do qual seja possível defender-se de decisões judiciais que atentem contra a Lei Maior. Dessa forma, o princípio da segurança jurídica deve ser utilizado como uma forma de se evitar a coisa julgada inconstitucional, proporcionando com isso a prevalência dos demais valores por ele representados.

3.2 MECANISMOS PROCESSUAIS PARA DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Outra questão que suscita o debate e gera grandes controvérsias na doutrina processual, diz respeito à forma pela qual deve ser desconstituída a coisa julgada inconstitucional, haja vista que existem entendimentos diversos acerca de quais instrumentos jurídicos devem ser manejados para a referida desconstituição.

Segundo Dantas (2003, p. 221) três são os mecanismos oferecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro para a correção da coisa julgada inconstitucional, quais sejam: Ação Rescisória, o Mandado de Segurança e a Ação Declaratória de Nulidade Absoluta da Sentença.

A ação rescisória ataca exclusivamente a sentença de mérito, não cabendo para o combate do pronunciamento terminativo. O direito de propor a referida ação extingue-se no prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão.

A principal crítica que se opõe à ação rescisória, como meio para elidir a inconstitucionalidade da decisão judicial, refere-se justamente à sua limitação temporal.

Sobre essa questão preleciona Dantas (2003, p. 223),

Na visão que propomos, se por um lado aplaudimos e concordamos com o prazo decadencial hoje fixado, por outro pensamos que, em sendo ela utilizada para rescindir *coisa julgada inconstitucional*, o referido prazo não lhe deveria ser aplicado, em razão de que (como vimos afirmando) se trata de algo *inexistente* por estar calcada em *lei inconstitucional*, assim reconhecida (*a inconstitucionalidade*) pelo Supremo Tribunal Federal, quer na forma do *Controle Direto* ou *Concentrado*, quer no *Controle Incidental*, neste caso, após a suspensão, pelo Senado Federal, *da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal* (CF, art. 52, X)

Defende o referido autor a abertura do prazo de uso da Ação Rescisória contra decisões inconstitucionais, não aceitando o prazo decadencial de dois anos fixado no Artigo 495 do Código de Processo Civil, posto que no caso de coisa julgada inconstitucional, o atentado à Constituição poderá ser invocado a qualquer momento e em qualquer instância ou Tribunal, uma vez que se trata de decisão inexistente, calçada em lei inconstitucional.

Acerca dessa questão opinam Wambier e Medina (apud PRADO, 2005, p. 9) que a sentença fundada em lei, que posteriormente foi declarada inconstitucional, em sede de controle de constitucionalidade, é sentença inexistente, podendo ser impugnada a qualquer tempo, por meio de ação declaratória de inexistência de coisa julgada, pois a ela não se aplica o prazo preclusivo, previsto no art. 495 do Código de Processo Civil.

Ainda acerca dessa questão asseveram Theodoro Júnior e Faria (2003, p. 126) que a decisão judicial desconforme com a Constituição padece de vício de inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos lhe impõe a nulidade, ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula, e como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. No sistema de nulidades, os atos judiciais independem de rescisória para eliminação do vício respectivo.

Impende ressaltar que a utilização da Ação Rescisória não significa a submissão do vício inconstitucional ao prazo decadencial de dois anos.

Assim, ainda que para alguns a utilização da Ação Rescisória não seja legítima para arguição da coisa julgada inconstitucional, o vício não pode deixar de ser reconhecido. Faz-se necessário destacar que neste caso, a Ação Rescisória é medida extraordinária diante da gravidade do vício contido na sentença.

A utilização do Mandado de Segurança também encontra óbices haja vista que o Artigo 5º da Lei 1533/51 inadmite que ele seja utilizado quando se tratar de despacho ou decisão judicial quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção.

Contudo, justamente pelo fato do Mandado de Segurança ter caráter de garantia constitucional, tendo seus regramentos traçados pela própria Constituição em seu art. 5, LXIX é que deve ser compreendido em

posição de superioridade e todos os demais regramentos devem estar consoantes ao disposto ao mandamento constitucional.

Diante da importância do referido remédio heróico é que não falta quem autorize o uso do Mandado de Segurança, conforme assevera Beraldo (apud LIMA, 2004, p. 13) que admite que é cabível Mandado de Segurança contra sentença passada em julgado e que pelo fato do referido remédio constitucional ter um rito bastante célere, ele também poderia ser um caminho à proteção de uma grave ameaça, desde que a pessoa comprove de plano, seu direito líquido e certo.

Assim, quem quer que esteja diante de uma coisa julgada inconstitucional tem o direito líquido e certo de querer atacá-la, posto que, inconstitucionalidade é a pior das ilegalidades, sendo sua existência um pressuposto que permite a impetração do respectivo remédio constitucional.

O outro mecanismo de ataque à coisa julgada inconstitucional mencionado é a Ação Declaratória de Nulidade Absoluta de Sentença, nos termos dos Artigos 4º e 5º do Código de Processo Civil.

Por meio desta ação, almeja-se a declaração de nulidade absoluta tomada com base em lei declarada inconstitucional, haja vista que o vício da inconstitucionalidade gera invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário.

No entendimento de Menezes Júnior (2002, p. 125) sendo a coisa julgada inconstitucional nula e inválida, não deve ser ela objeto de ação rescisória, posto que não há nenhum ato válido a ser rescindido.

Ressalta o autor, que o instrumento adequado para o combate à coisa julgada inconstitucional é a ação declaratória, haja vista que o ato constitucional, sendo nulo, nunca convalesce, razão pela qual não há nenhum prazo decadencial ou prescricional para se aduzir nulidades em juízo.

Segundo Dantas (2003, p. 238) a questão deve ser vista, sob o ângulo da inafastabilidade do controle jurisdicional, utilizando-se do instrumento que o sistema jurídico oferece, sem maiores dificuldades de seu manejo.

Impende ressaltar que com a inserção do parágrafo único do Artigo 741 do Código de Processo Civil permitiu-se que a relativização da coisa julgada ocorresse via incidente da exceção de pré-executividade, posto que a exigibilidade do título, por constituir condição da ação

executiva, é matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida de ofício pelo juízo da execução.

Através da inserção do referido dispositivo, institui-se um novo caminho para a infringência da coisa julgada material, sem prejuízo da ação rescisória tratada no Artigo 485 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, observa-se que a existência de julgados com base em lei declarada inconstitucional afronta todos os princípios constitucionais de aplicação de justiça, permitindo que a parte prejudicada pela coisa julgada inconstitucional, utilize um dos mecanismos pertinentes, cabendo ao Poder Judiciário admitir a existência do fenômeno diante da irresignação das partes, afastando a imutabilidade da coisa julgada, com o objetivo de fazer valer o princípio da segurança jurídica, bem como os demais preceitos contidos na Constituição.

4. CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora exposto neste estudo, verifica-se que a Constituição da República observando o princípio da segurança jurídica respeita a coisa julgada desde que essa própria coisa julgada também esteja de acordo com os preceitos contidos na Constituição.

Com isso, ressalte-se que a desconstituição da coisa julgada não fere o princípio da segurança jurídica, posto que existem outros princípios no ordenamento jurídico brasileiro, tais como o princípio da constitucionalidade, o qual estabelece que todos os atos proferidos por todos os entes federativos devem observar aos preceitos dispostos na Lei Maior.

Apesar da importância que a coisa julgada material representa para garantir a estabilidade das relações jurídicas, os princípios que a fundamentam não são suficientes para mantê-la imutável quando a Constituição restou violada, pois se assim acontecesse, todo sistema jurídico estaria comprometido.

Se é certo que a sentença transitada em julgado é importante e deve ser prestigiada, também é certo a sua necessária adequação aos ditames constitucionais para que mantenha seu caráter de intangibilidade.

O que não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito é que a imutabilidade da coisa julgada sirva como um instrumento de violação de norma hierarquicamente superior, haja vista que o princípio

da imutabilidade de um julgado não é forte o suficiente para condicionar o princípio da constitucionalidade das decisões judiciais.

Conforme mencionado, existem mecanismos processuais que podem ser utilizados para relativizar a coisa julgada, cabendo a parte que se sentir prejudicada com uma decisão sedimentada em fundamento inconstitucional recorrer a uma das ações já demonstradas, para afastar a imutabilidade da coisa julgada, para prevalecer a segurança jurídica, a justiça e os ditames inseridos na Constituição Federal.

Impende ressaltar que a coisa julgada, em hipótese alguma pode servir de empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença que for proferida contrariando a Lei Maior.

Dessa forma, cabe salientar que a coisa julgada contrária à Lei Maior não cumpre sua função de pacificação social, pois uma decisão eivada de inconstitucionalidade lhe atinge em ponto fundamental, provocando muitas vezes revolta e desprestígio ao Poder Judiciário. Em casos excepcionais deve a segurança jurídica ceder lugar à justiça das decisões, relativizando a coisa julgada material.

5. REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Código Civil*. 47 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. 47 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Saraiva, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*. 4 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.
- DANTAS, Francisco Ivo. *Constituição & Processo*. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2003, 512 p.
- DIAS, Francisco Barros. *Coisa julgada inconstitucional*. Disponível em <http://www.jfrn.gov.br>. Acesso em 16 dez. 2007.
- LIMA, Gislene Frota. *A coisa julgada inconstitucional no Código de Processo Civil*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8354>. Acesso em 28 set. 2007.
- MENEZES JÚNIOR, José Amintas de. *A coisa julgada inconstitucional*. In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; MATOS, Eduardo Lima de (Orgs.). *Temas de direito constitucional*. Aracaju: J. Andrade, 2002. 373 p.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006, 585 p.

PRADO, Rodrigo Murad do. *Coisa julgada inconstitucional*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>. Acesso em 21 out. 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras lições de direito processual civil*. V. 2. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 237 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento*. 40 ed. São Paulo: Forense, 2003, 662p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa julgada inconstitucional: a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. São Paulo: Editora América, 2002.

O SURSIS PROCESSUAL E O CRIME ELEITORAL

João Hora Neto, Juiz de Direito da 27ª Zona Eleitoral do Estado de Sergipe. Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Novo Direito Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL).

“É preciso prestar atenção: nós homens não somos iguais. Há uns que não valem, outros que valem muito. Mas o nosso dever de Homem é diminuir a desigualdade humana.”
Pontes de Miranda

RESUMO: Positivado no Direito Pátrio através da Lei 9.099/95, art. 89, o Sursis Processual representa uma das maiores inovações na prestação jurisdicional penal, atingindo os crimes com pena mínima *in abstracto* de até um ano, afora demais requisitos, sendo aplicável a qualquer delito (comum, eleitoral, fiscal, etc). A decisão judicial que o homologa é uma decisão interlocutória, que não examine o mérito, gerando para o réu uma gama de benefícios, dentre as quais, por primacial, a inoccorrência de reincidência e do sumário de culpa, além de, em sede de Direito Eleitoral, não implicar na perda ou suspensão dos direitos políticos. A competência para fiscalização é exclusiva do Juízo Processante (Comum ou Eleitoral), que pode deprecar a fiscalização, e nunca do Juízo da Vara das Execuções Criminais, por não haver sentença de mérito.

ABSTRACT: Brazilian written law, through Law number 9.099/95, article 89, conditional process suspension represents one of the greatest innovation on criminal justice, affecting crimes with minimum abstract punishment up to one year, among other requisits, applicable to any crime

(ordinary, related either with elections or tax law, and so on). The justice decision which formalizes it is middle-term decision, that doesn't examine the question itself, creating to the defendant general benefits, among others, specially, no occurrence of crime commitment repetition and guilty summary, besides, on elections law basics, it can't be an obstacle to loss or suspension of political rights. Fiscalization duty is an exclusivity of the processing justice judge (either ordinary or elections) that can admit the fiscalization, but never belong to criminal punishment judge, because there's no final decision so far.

PALAVRAS-CHAVE: Sursis processual; Requisitos; Abrangência a Direito Eleitoral; Não perda ou suspensão dos direitos políticos; Decisão interlocutória homologatória; Competência fiscalizatória; Juízo processante: comum ou eleitoral.

KEYWORDS: Process of law conditional suspension requirements; elections law field; impossibility of loss or suspension of political rights; middle-term decision fiscalization duty; processing judge (either ordinary or elections).

SUMÁRIO: 1. Da Introdução; 2. Do Conceito de sursis processual; 3. Dos requisitos; 3.1 Requisitos objetivos; 3.2 Requisito subjetivo; 4. Da natureza jurídica do sursis processual; 5. Da classificação da decisão que suspende condicionalmente o processo; 6. Da aplicabilidade em sede de Direito Eleitoral; 7. Da competência para fiscalização ou execução do sursis processual; 8. Da perda ou não dos direitos políticos em face do sursis processual; 9. Da Conclusão; 10. Da Bibliografia.

1. DA INTRODUÇÃO

Induvidoso é que a Lei 9.099/95, em vigor há quase doze anos, representa um marco revolucionário no Direito Penal Pátrio, com a instituição do Juizado Especial Criminal. De fato, inspirada pela denominada Justiça Penal Consensual, dita lei trouxe a lume diversos institutos de relevo, modernos e eficientes, como, por exemplo, a composição civil dos danos, a transação penal, e, muito especialmente,

o sursis processual ou a suspensão condicional do processo, este aplicável não só aos crimes de menor potencial ofensivo (de bagatela), como também aos crimes de médio potencial ofensivo, cuja pena mínima em abstrato não ultrapasse um ano.

Em verdade, o sursis processual é um benefício para o réu, vez que não gera efeitos típicos da sentença condenatória, tipo reincidência, rol de culpados, prisão, maus antecedentes, podendo ser aplicável em qualquer natureza de crime, ou seja, comum, militar, eleitoral, ambiental, etc.

Em sede de crime eleitoral há um aspecto importante a destacar, isto é, o sursis processual não implica na perda dos direitos políticos, visto que a decisão que o homologa não é de mérito, isto é, nem condena e nem absolve e que, na prática forense, tem sido usado às largas, com real sucesso, evitando-se o sumário da culpa, no mais das vezes burocrático, demorado e tendente à prescrição.

2. DO CONCEITO DE SURSIS PROCESSUAL

À luz do magistério de Guilherme Souza Nucci¹, a suspensão condicional do processo “trata-se de um instituto de política criminal, benéfico ao acusado, proporcionando a suspensão do curso do processo, após o recebimento da denúncia, desde que o crime imputado ao réu não tenha pena mínima superior a um ano, mediante o cumprimento de determinadas condições legais, como o fito de atingir a extinção da punibilidade, sem necessidade do julgamento do mérito propriamente dito. É denominado, também, de sursis processual.” Em igual desiderato doutrinário, por seu turno, assim o conceitua Fernando Capez², *verbis*: “Trata-se de instituto despenalizador, criado como alternativa à pena privativa de liberdade, pelo qual se permite a suspensão do processo, por um determinado período e mediante certas condições. Decorrido esse prazo, sem que o réu tenha dado causa à

¹ NUCCI, Guilherme Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.409

² CAPEZ, Fernando. *Legislação Penal Especial*. 4ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, v. 2, p. 39

revogação do benefício, o processo será extinto, sem que tenha sido proferida nenhuma sentença”.

O instituto da Suspensão Condicional do Processo, do “sursis antecipado” ou do “sursis processual” está previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, vigente desde 28/11/1995, sendo considerado pela doutrina como uma das maiores inovações introduzidas no sistema processual penal.

Trata-se de um instituto revolucionário, moderno, na esteira da chamada Justiça Penal Consensual, aplicável não só às infrações de menor potencial ofensivo, mas também a qualquer infração cuja pena mínima cominada – *in abstracto* – não ultrapasse um ano, consoante assim preleciona Maria Lúcia Karam³, *in verbis*: “Desde logo, ressalte-se que, embora dirigidas à solução do conflito surgido com a alegada prática dessas infrações penais ditas de médio potencial ofensivo, em tese, nada impede que tais regras se apliquem também em ações penais condenatórias, em que veiculada pretensão punitiva fundada na alegada prática de infrações penais de menor potencial ofensivo, quando inviabilizada a aplicação antecipada da pena não privativa de liberdade, como inicialmente proposta, na forma das regras do art. 76 da Lei. 9.099/95”.

No cotidiano forense, em sede de Justiça Criminal, é um instituto usual, freqüente, recorrente, de larga eficácia, essencialmente desburocratizante, pois evita-se o sumário de culpa – não havendo sentença, não havendo rol de culpados, não havendo antecedentes criminais, bem como promove e fomenta a ressocialização do acusado, inclusive com o reconhecimento de “sua” vítima na audiência homologatória. Aliás, por sinal, na aludida audiência de sursis processual, entendo que é dever do Juiz explicar ao réu, com detalhes, e da maneira mais prática e informal possível, acerca do alcance do instituto, *mas sem entrar no mérito da lide*, inclusive alertando ao acusado que, se o mesmo entender “que tem culpa no cartório”, como se diz no popular, ou mesmo se tem dificuldade ou impossibilidade em provar o seu álibi,

³ KARAM, Maria Lúcia. *Juízados Especiais Criminais: A concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 156.

preferível é a aceitação do *sursis* processual a fim de angariar os benefícios do mesmo, mormente evitar a reincidência.

3. DOS REQUISITOS

O referido art. 89 da Lei 9.099/95 estabelece os requisitos objetivo e subjetivo de admissibilidade, *a saber*:

3.1 REQUISITOS OBJETIVOS

3.1.1 PENA MÍNIMA COMINADA AO CRIME NÃO PODE ULTRAPASSAR UM ANO: observe-se bem que a pena mínima cominada deve ser examinada *in abstracto* e não *in concreto*, e que pode sim ser inferior a um ano, mas jamais superior a um ano; abrange não só as infrações de menor potencial ofensivo, como também as infrações de médio potencial ofensivo sujeitas ou não a procedimento especial, valendo-se lembrar que embora o texto da lei se refira à expressão crime, igualmente se aplica o instituto ao chamado “crime anão”, isto é, a contravenção.

De referência à hipótese de concurso de crimes – *crime continuado, concurso material ou formal* – filio-me à corrente doutrinária e jurisprudencial mais benéfica, entendendo que as penas não devem ser somadas e nem devem ser considerados os acréscimos nos casos de concurso formal e crime continuado, pois que, a nosso juízo, o legislador levou em consideração tão apenas o tipo de infração penal, isto é, *a gravidade da infração*, cuja pena mínima não pode ser superior a um ano, consoante assim magistério de Luiz Flávio Gomes⁴, *verbis*: “Quanto à pena (requisito objetivo), o critério de valoração é o individual (CP, art. 119 e Súmula 497 do STF). Cada crime deve ser considerado individualmente, com sua sanção mínima abstrata respectiva”. Dessarte, nesse cotejo, o próprio Enunciado nº 11, do Fórum Nacional Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais, também tem

⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 222.

secundado o mesmo entendimento, *verbis*: “Enunciado nº 11. Não devem ser levados em consideração os acréscimos do concurso formal, do crime continuado para efeito de aplicação da Lei 9.099/95”.

Já de referência ao crime tentado, entendo que a diminuição *in abstracto* deve ser a máxima, isto é, dois terços e, em igual sintonia doutrinária mais benevolente, nas causas de diminuição deve-se considerar o máximo da diminuição *in abstracto*, bem como nas causas de aumento deve-se aplicar o mínimo de aumento.

3.1.2 AUSÊNCIA DE OUTRO PROCESSO EM CURSO:

sustento que tal requisito é inconstitucional, por violar o Princípio da Presunção da Inocência (art. 5º inciso LVII CF/88), e, por conseguinte, causar um dano irreparável ao réu, que por sinal tem um direito público subjetivo ao *sursis* processual. Imagine-se, aqui, por exemplo, o fato de o processo em curso anterior resultar numa sentença absolutória ou mesma extintiva de punibilidade (prescrição, por exemplo), como ficaria a situação do réu se por acaso for condenado naquele processo cuja suspensão lhe fora negada pelo fato de estar respondendo a um outro processo, isto é, por incoerência do requisito ora em exame?

3.1.3 INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO ANTERIOR

POR OUTRO CRIME: à evidência, tal requisito não se aplica se o réu foi condenado, anteriormente, a uma pena de multa ou condenado por contravenção. A nosso juízo, aplica-se o presente requisito a qualquer condenação anterior por crime, *pouco importando se doloso ou culposos, se consumado ou tentado*, sendo tal condenação impeditiva da suspensão condicional do processo, devendo, todavia, a nosso juízo, ser observado o prazo ou período depurador, para fins de reincidência (ou seja, cinco anos), conforme a regra do art. 64 do Código Penal, até porque ressoaria ilógico, por exemplo, o fato de alguém ter sido condenado por um crime culposos há mais de vinte anos e, agora, se cometesse um estelionato, não poder beneficiar-se do *sursis* processual, em razão de uma mácula anterior, de uma reincidência eterna, sem qualquer prazo depurador, como assim exige o art. 64 inciso I do Código Penal, isto é, um prazo depurador de cinco anos, inspirado no chamado sistema da temporariedade.

3.2 REQUISITO SUBJETIVO

3.2.1 COEXISTÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DE QUE TRATA O INCISO II DO ART. 77 DO CÓDIGO PENAL OU REQUISITOS DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA: cuida-se de um requisito essencialmente subjetivo, que exige prudente arbítrio do Julgador e do Ministério Público, sendo que este tem o poder-dever de ofertar ou não a proposta de sursis processual. Acerca desse requisito, assesta a unânime doutrina que, basicamente, deve-se aferir se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, em cotejo similar com o art. 77 inciso II do referido Diploma Legal, são ou não favoráveis ao réu, impondo-se atentar para a culpabilidade, a conduta social, os antecedentes, a personalidade, os motivos, as circunstâncias do delito, etc., a fim de sopesar-se o real juízo de reprovabilidade que permita ou não o reconhecimento do sursis antecipado.

4. DA NATUREZA JURÍDICA DO SURSIS PROCESSUAL

Indaga-se aqui qual a natureza jurídica do instituto: *se de direito material, processual ou ambos*.

Nesse sentido, a majoritária doutrina entende que se trata de um instituto misto, de dúplici natureza, isto é, é de cunho material (penal), por ensejar uma eventual extinção de punibilidade (art. 89 § 5º da Lei 9.099/95), acaso o réu cumpra rigorosamente as condições impostas durante o período de prova, mas também tem a natureza adjetiva (processual), à vista do procedimento aplicável, que implica no sobrestamento da lide, sem exame da culpabilidade do agente. Dessarte, em sendo também uma norma processual, a sua incidência é imediata, de logo, ainda que o delito tenha ocorrido antes da vigência da lei (28/11/1995), bem como em sendo uma *lex nova* benéfica, a sua incidência é retroativa, isto é, aplica-se a fatos ocorridos antes da vigência da lei, por força de dispositivo constitucional (art. 5º inciso XL), como também assim verbera, em igual sintonia doutrinária, o eminente Fernando da Costa Tourinho Filho⁵, *in verbis*: “Na verdade, se a norma do art. 89 é

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168.

eminentemente híbrida, visto que mesclada de conteúdo processual e penal, sobressaindo, com vantagem, suas conseqüências jurídicas no plano material, como se infere do seu § 5º, deverá ela ser subsumível à noção da *lex mitior*, e, desse modo, a toda evidência, é possível a sua aplicação”.

5. DA CLASSIFICAÇÃO DA DECISÃO QUE SUSPENDE CONDICIONALMENTE O PROCESSO

Averba a doutrina majoritária que se trata de uma *decisão interlocutória*, sendo esse o posicionamento a que me filio sem vexame e sem percalço. E para tanto, trago à baila o acurado magistério de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes⁶, *in verbis*:

“A decisão do juiz que determina a suspensão do processo não julga o mérito, isto é, nem absolve nem condena nem julga extinta a punibilidade. Não se trata de sentença, portanto. Muito menos de mero despacho. Só resta admitir que é uma decisão interlocutória (decisão que não encerra o processo). Sobrestamento não é encerramento. Não se pode confundir o ato que suspende o processo com o que aplica imediatamente a pena alternativa aceita (art. 76).”

E em assim sendo – *uma decisão interlocutória* – o recurso a ser interposto é o recurso em sentido estrito, nos moldes do art. 581 do Código de Processo Penal, nada obstante não esteja a suspensão condicional do processo expressamente prevista no rol do referido artigo, podendo, contudo, proceder-se à aplicação analógica, por força do art. 3º do CPP, valendo-se consignar, por oportuno, uma forte discordância jurisprudencial e doutrinária nesse particular.

A meu juízo, pois, da decisão que defere (homologa) ou indefere (recusa) a suspensão condicional do processo cabe recurso em sentido estrito, pois advogo que não se trata de uma decisão de mérito, na medida em que não encerra o processo, não exaure a jurisdição.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini ; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juízados Especiais Criminais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 286.

Nesse diapasão, assevere-se ainda que, *preferencialmente*, o momento próprio para o oferecimento da suspensão condicional do processo é quando o Ministério Público oferta a denúncia, e que, estando presentes os requisitos objetivos e subjetivos, decorre de um poder-dever a cargo da Promotoria de Justiça; malgrado isso, acaso não tendo sido ofertada a proposta de sursis, apesar de presentes os requisitos, o Juiz não pode fazê-la de ofício ou *ex officio*, podendo, todavia, valer-se do art. 28 do Código de Processo Penal ou mesmo o réu, no exercício de um direito público subjetivo, poderá impetrar habeas corpus contra o ato ilegal do Ministério Público.

6. DA APLICABILIDADE EM SEDE DE DIREITO ELEITORAL

É voz corrente na doutrina que a suspensão condicional de processo aplica-se a qualquer delito que tenha pena mínima cominada de até um ano, pena essa considerada *in abstracto*. Nesse diapasão, pois, não importa se o delito tenha ou não procedimento especial ou se esteja ou não previsto no Código Penal ou em Lei Especial (Crime Eleitoral, Tributário, Ecológico, etc) – pois, como já dito, a admissibilidade ou não do sursis processual depende da pena mínima cominada em abstrato – *em tese* – afora, é claro, os outros requisitos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, aqui já analisados.

Pacificamente, o sursis processual aplica-se em sede de crime eleitoral, até porque o Código Eleitoral, no mais das vezes, não dispõe sobre a pena mínima das infrações eleitorais, aplicando-se desse modo a regra do art. 284, *verbis*:

Código Eleitoral – Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965

Art. 284. Sempre que este Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão.

E nesse apanágio, sustenta a abalizada doutrina de Joel J. Cândido⁷, *in verbis*: “A pena mínima dos crimes eleitorais nem sempre vem indicada, na lei, junto com a pena máxima, logo após a descrição do tipo, que é

⁷ CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Edipro, 2006, p. 281.

a técnica legislativa comumente usada em matéria penal. O legislador eleitoral preferiu indicar o grau dessa sanção pelo art. 284 do Código Eleitoral, norma aplicável a todos os crimes eleitorais em que silenciou”.

Nesse cotejo, corrobora igual entendimento, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes⁸, *in verbis*: “O art. 89 da Lei 9.099/95 não excluiu do âmbito de sua incidência nenhum crime previsto em lei especial nem qualquer procedimento especial. Logo, é evidente que a suspensão do processo é aplicável também aos crimes da competência das Justiças Militar, Eleitoral e Federal.”, bem como ratifica igual entendimento, Julio Fabbrini Mirabete⁹, *in verbis*: “Não fazendo art. 89 da Lei 9.099/95 qualquer restrição, mas, ao contrário, referindo-se o diploma legal aos crimes abrangidos ou não por ele, não inclui apenas os crimes de competência da Justiça Ordinária, mas também os da Justiça Especial. Trata-se de novo instituto a que a lei não fazia restrição em sua abrangência, permitindo sua aplicação na Justiça Militar e na Justiça Eleitoral...”

7. DA COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO OU EXECUÇÃO DO SURSIS PROCESSUAL

Como sabido, *a competência é a medida da jurisdição*, conceito esse já vetusto no Direito Pátrio. Na verdade, o instituto da competência é uma cláusula pétrea, uma viga-mestra do Estado Democrático de Direito, pois representa uma regra cogente, imperativa, de ordem pública. Na esteira do magistério de Paulo Rangel¹⁰, assim é definida a competência, *verbis*: “Competência, assim, é o espaço, legislativamente delimitado, dentro do qual o órgão estatal, investido do poder de julgar, exerce sua jurisdição”.

Ademais, violar uma regra de competência é fenecer o Princípio Constitucional do Juiz Natural, este previsto no art 5º incisos XXXVII

⁸ Op.cit. p. 260.

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juízados Especiais Criminais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 251

¹⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 3ª ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2000, p. 215.

e LIII da Constituição Federal, sendo manifestamente ilegal, imoral, aético e nulo de pleno direito a escolha do Estado-Juiz, arbitrária e aleatoriamente, para processar e julgar essa ou aquela demanda, de qualquer natureza.

Pois bem. Uma vez homologado o sursis processual, por força de decisão interlocutória, a competência para fiscalizar as condições impostas no Sursis Processual é o do Juízo Processante e não do Juízo das Execuções Criminais, com estribo em sólida, robusta e farta doutrina, *senão vejamos:*

Luiz Flávio Gomes¹¹: “A fiscalização e o controle das condições fixadas no ato da suspensão do processo competem ao juízo processante, não ao juízo das execuções. A lei, na verdade, nada disse a respeito no artigo 89 (diferente é a disciplina do juizado especial criminal, visto que o art. 60 deixou claro que inclusive da execução ele se encarregará). De qualquer modo, a outra conclusão não se pode chegar. É que, nos termos dos artigos 105, 147 e outros da Lei de Execução Penal, só se fala em competência da Vara das Execuções após o trânsito em julgado da sentença. Em se tratando de suspensão do processo, é evidente que não existe pena nem sentença de mérito nem trânsito em julgado”.

Notoriamente, a competência para fiscalização e execução do sursis processual é do Juízo Processante, isto é, do Juízo Natural – *seja criminal ou eleitoral* – mas sempre do Juízo Processante e jamais do Juízo da Vara das Execuções Criminais, haja vista que, tratando-se de *uma mera decisão interlocutória e não de uma sentença*, dita decisão não encerra a lide penal, não exaure a jurisdição criminal, não condena e não absolve o réu, mas unicamente e exclusivamente suspende o curso da ação penal, mediante a imposição de condições, que não se constituem em pena e que, por conseguinte, tal decisão não pode ser fiscalizada ou executada pela Vara das Execuções Criminais. De mais a mais, registre-se que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) não prevê, no rol da sua competência material, o instituto da suspensão condicional do processo, sendo este totalmente estranho às hipóteses previstas no artigo 66 incisos

¹¹ Op. cit., p. 337.

I a X da LEP, além do que a competência do Juízo das Execuções Penais nasce em razão da matéria (art. 69 inciso III do CPP) e somente se consuma após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, *ex vi* artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal.

Todavia, *lamentavelmente*, no meu Estado (Sergipe), precisamente na Comarca Especial de Aracaju, persiste uma situação de total descompasso com a legislação federal em vigor, vez que as Leis Complementares Estaduais nºs 100/2005 e 101/2005, bem como o regulamento subsequente via Provimento nº 10/2005 da Corregedoria Geral de Justiça de Sergipe – *criaram uma competência estranhável, inaudita, novel*, uma vez que ampliaram a competência de uma Lei Federal, qual seja, a própria Lei de Execução Penal – *na medida em que conferiram competência à Vara das Execuções de Penas Alternativas, a chamada Vempa, para fiscalizar o sursis processual*, confundindo às claras o sursis processual com a sentença definitiva e de mérito em que se aplicam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) ou as penas restritivas de direito (art. 43 do Código Penal) – não se percebendo, pois, que estes institutos, diferentemente do sursis processual, são institutos afetos à competência da Vara de Execução Criminal, consoante epígrafado no art. 66 incisos III alínea “d” e inciso V alínea “a” da Lei nº 7.210/84.

A meu juízo, malgrado tamanha inconstitucionalidade, por diversas vezes suscitei conflito positivo de competência entre a 1ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju e a Vara de Medidas e Penas Alternativas, da mesma Comarca, argüindo, em síntese, a incompetência desta para fiscalizar o sursis processual, mas todos os conflitos foram julgados improcedentes, mantendo-se a competência da Vempa, em detrimento do Juízo Processante, ou seja, o Juízo da 1ª Vara Criminal, do qual honrosamente titularizo – valendo-se ressaltar, *concessa vênia*, que as venerandas razões dos Acórdãos do Egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe não me convenceram em contrário.

Assevere-se ainda, por oportuno, e até por *insistência doutrinária*, que a competência é do Juízo Processante, em regra o do lugar da infração (art. 70 do CPP), que recebe a denúncia, homologa o sursis processual, fiscaliza as condições durante o período de prova e, por fim, julga extinta a punibilidade, a teor do art. 89 § 5º da Lei 9.099/95, podendo até, se for o caso de o réu residir em outra comarca, expedir precatória

para o Juízo Comum Deprecado, que deve fiscalizar e acompanhar o cumprimento do período de prova, sem jamais alterar o conteúdo da decisão proferida pelo Juízo Processante, posto que, conforme magistério de Vinicius Cordeiro e Anderson Claudino da Silva¹², “para os efeitos o art. 89 da Lei nº 9.099/95, se acaso houver a expedição de carta precatória, a competência para a fixação das condições a serem propostas é do Juízo deprecante, tal qual estabelece a jurisprudência do STF a respeito da matéria.”; ademais, em caso de cumprimento integral das condições, ou mesmo na hipótese de descumprimento, deve apenas o Juízo Deprecado devolver a Deprecata ao Juízo Deprecante, para as providências pertinentes, *aplicando-se igual procedimento, em sede de crime eleitoral, se envolver zonas eleitorais distintas*.

Assim, nada obstante o posicionamento contrário do Tribunal de Justiça de Sergipe, conforme já assinalado – efetivamente o que é vedado é a fiscalização por parte da Vara de Execução Criminal, ainda que em sede de precatória, conforme, inclusive, entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. LEI Nº 9.099/95. SUSPENSÃO DO PROCESSO. FISCALIZAÇÃO. JUIZ DO PROCESSO. PRECATÓRIA.

As condições estabelecidas no sursis processual concedido nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, de 1995, devem ser objeto de fiscalização pelo Juiz do processo, situando-se fora da competência do Juízo da Vara das Execuções Penais.

Residindo o réu em lugar diverso da Comarca onde teve curso o processo, é competente para a fiscalização das condições do sursis o Juízo para quem for distribuída a precatória.

Conflito conhecido. Competência do Juízo Suscitado.”(CC nº 1085/MG – in DJ 17/11/97 – Rel. Min. Vicente Leal) (STJ, Ccomp. 25.264/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 3-5-1999, DJU, 7-5-1999, p. 109).

Dessarte, *na hipótese de sursis processual em sede de crime eleitoral*, a competência para fiscalização será sempre do Juízo Eleitoral e jamais da Vara das Execuções Criminais, haja vista que a sentença condenatória,

¹² CORDEIRO, Vinicius, DA SILVA, Anderson Claudino. *Crimes Eleitorais e seu Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 257.

pressuposto básico para fixar a competência desta última, não se implementa ou não se consuma em face do *sursis* processual, restando patente tal entendimento, conforme posicionamento jurisprudencial seguinte, *apud* Julio Fabrini Mirabete¹³, *verbis*:

STJ: “Competência criminal – Conflito entre o Juízo eleitoral e o da Vara das Execuções Criminais – Crime Eleitoral – Processo suspenso com base no art. 89 da Lei nº 9.099/95 – Competência do Juiz eleitoral para fiscalização do cumprimento das condições impostas” (RJE 6/310)

8. DA PERDA OU NÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS EM FACE DO SURSIS PROCESSUAL

A jurisdição eleitoral se acha prevista nos artigos 118 a 121 da Carta Magna, sendo classificada como uma Justiça Federal Especial, cuja organização é composta pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE), pelos Juízes Eleitorais e pelas Juntas Eleitorais.

De referência ao tema ora em estudo, asseste-se que, à luz do artigo 35 do Código Eleitoral, é da competência do Juiz Eleitoral processar e julgar crimes eleitorais, a saber:

Art. 35. Compete aos Juízes:

I -

II – processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lbe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais;.....

Como sabido, a competência da Justiça Eleitoral é constitucional e se consuma em razão da natureza da infração, a teor do artigo 74 do Código de Processo Penal.

Já o art. 15 da Constituição Federal dispõe:

Art. 15. É vedada a cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

¹³ Op. cit , p. 325

Dessarte, em igual desiderato, a Lei Complementar nº 64, de 18/05/1990, que dispõe sobre os casos de inelegibilidade, prevê que:

Art. 1º. São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

.....;
e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;

Ora, à vista de tais normas – o art. 15 inciso III da CF e o art. 1º inciso I alínea “e” da Lei Complementar nº 64/90 – indaga-se então se a decisão homologatória do sursis processual afeta ou não os direitos políticos do réu?

Eis a resposta: não! Sem dúvida, como já visto, em se tratando de uma mera decisão interlocutória – que não julga o mérito, que não condena e nem absolve – efetivamente em nada afeta ou repercute na seara dos direitos políticos do réu, conforme assim preleciona pacífica jurisprudência, *apud* Luiz Flávio Gomes¹⁴, *verbis*:

“A decisão que decreta a suspensão do processo (porque não discute a culpa) não julga o mérito, isto é, não absolve, não condena nem julga extinta a punibilidade, decorrendo então que não gera nenhum efeito penal secundário típico de sentença penal condenatória, muito menos afeta quaisquer direitos políticos” (TJSC, Processo-Crime n. 96002025-0, Rel. Nilton Macedo Machado).

E reforçando a resposta negativa, trago à baila dois *Acórdãos sobre Inelegibilidade e Sursis Processual*, a saber:

Acórdão 30.015 – TRE/PR: “Consulta eleitoral. Ocorrência de inelegibilidade caso candidato a cargo eletivo venha a aceitar proposta de suspensão condicional do processo. Não caracterização de Inelegibilidade, que só ocorre com o fenômeno da *res judicata*.”

Não gera efeitos secundários a suspensão do processo, porque nele não se decide sobre a culpabilidade do denunciado, muito menos se

¹⁴ Op. cit. p. 323.

dá a perda ou suspensão dos direitos políticos, que só ocorrem com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 15, III, da Constituição Federal). Resposta negativa à consulta” – (Acórdão nº 30.015, TRE/PR, de 22.04.98, Relatoria do Juiz Ruy Formiga Barros).

Acórdão 24.086 – TER/PR: “A suspensão dos direitos políticos somente ocorre com o trânsito em julgado da condenação criminal. Inquéritos policiais e ações penais pendentes de julgamento não acarretam a inelegibilidade.

O instituto da suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95) não importa em reconhecimento de culpabilidade nem em aplicação de pena. Por isso, não gera inelegibilidade” – (Acórdão nº 24.086, de 23.8.00, do TRE/PR, Relatoria do Des. Roberto Pacheco Rocha, originado do Recurso Eleitoral nº 633/00, em que se discutia registro de candidatura).

Em suma, *pois*: nada obstante a suspensão condicional do processo gerar muitos efeitos, como, por exemplo, a paralisação do processo, a suspensão do curso da prescrição (art. 89 § 6º da Lei 9.099/95), o início do período de prova, que pode ser de dois a quatro anos – também não gera nenhum efeito penal secundário típico da sentença penal condenatória (rol de culpados, maus antecedentes, reincidência, etc.) e, muito menos, *não implica em perda ou suspensão dos direitos políticos*, os quais não são afetados e continuam incólumes, consoante sólido entendimento doutrinário e jurisprudencial, ao que me filio, *in totum*.

9. DA CONCLUSÃO

À evidência, diante do expendido nesse estudo, conclui-se que o *sursis processual*, positivado no Direito Pátrio via art. 89 da Lei 9.099/95 – *de fato* é um instituto eficaz, prático, desburocratizante e extremamente benéfico ao réu, mormente se o mesmo praticou o delito ou pelo menos tenha dificuldade em provar eventual *álibi*.

Cuida-se sim de instituto eficiente e pragmático, *senão vejamos*: uma vez presentes os requisitos objetivo e subjetivo, o Ministério Público, no exercício do seu poder-dever, já no bojo da denúncia oferta a proposta de *sursis processual* e o Estado-Juiz, em recebendo a denúncia, de logo designa audiência para tal finalidade, sendo que nessa audiência, o réu, na presença de defensor, em aceitando a suspensão condicional

do processo – *de logo* será submetido a um período de prova (de dois a quatro anos), mediante condições exaradas em decisão interlocutória homologatória, que não entra no mérito e sequer examina a culpabilidade.

A partir dessa decisão, caberá ao réu cumprir as condições, no prazo estipulado, e ao cabo lhe será declarada extinta a punibilidade, resultando o *sursis* processual, em suma, numa série de vantagens para o réu, *a saber*: evita-se a instrução da ação, não necessitando mais o réu comparecer ao Fórum para audiências; evita-se a inscrição do réu no rol de culpados, sem qualquer registro de antecedentes criminais e muito de reincidência, afora a suspensão do curso da prescrição durante o período de prova, *bem como não gera nenhum efeito em sede de Direito Eleitoral, vez que não há suspensão ou perda dos direitos políticos do réu.*

E toda essa dinâmica e operacionalidade do instituto aplica-se a qualquer delito, pouco importando a sua natureza – *se comum, tributário, ambiental, eleitoral, militar, etc.* – valendo-se registrar que a grande maioria dos crimes eleitorais permite o *sursis* processual, posto que como não prevêem pena mínima *in abstracto*, aplicando-se, *ope legis*, a regra do art. 284 do Código Eleitoral, isto é, quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a pena de reclusão.

Por último, assevere-se que a competência para fiscalização e execução das condições impostas no *sursis* processual é exclusiva do Juízo Processante (Comum ou Eleitoral), do Juízo da Causa, do Juízo Natural – *e jamais do Juízo da Vara das Execuções Criminais* – haja vista que a decisão judicial que homologa o benefício é uma decisão interlocutória, *que não absolve e não condena*, isto é, não enfrenta o mérito, até porque, acaso o réu não cumpra as condições, o *sursis* processual será revogado e o processo voltará a seu curso normal, sem outra oportunidade para igual fim, salvo motivo justificado. Dessarte, na hipótese de o réu residir em outra Comarca ou Zona Eleitoral (em sendo caso de crime eleitoral), o Juízo Processante poderá deprecar a feitura da audiência de *sursis* processual, bem como a fiscalização das condições impostas pelo Juízo Processante ou Deprecante, devendo o Juízo Deprecado tão apenas realizar a audiência e fiscalizar as condições, devolvendo a Deprecata,

ao depois, devidamente cumprida ou não, mas não podendo, em hipótese alguma, revogar o benefício ou alterar as condições impostas.

Alfim, na condição de magistrado criminal há mais de dez anos, entendo que se trata de um instituto real, concreto, eficiente, prático, ressocializador, que inclusive faz aproximar o réu e a “sua vítima” na audiência mesma de sursis, evitando-se a impunidade na medida em que o Estado-Juiz dá uma resposta à vítima de pronto, ali mesmo na audiência, e, por outro lado, efetiva-se o Princípio da Segurança Pública, a Paz Social, materializando e dando concretude à chamada *Justiça Penal Consensual* – que é um valor de Justiça factível, palpável, concreto e jamais *virtual* – manifestamente contrário à impunidade, um dos maiores males desse país, diferentemente, pois, do adotado pelos sequazes do “*direito penal romântico*” ou “*direito penal virtual*”, *data venia!*

10. DA BIBLIOGRAFIA

- CAPEZ, Fernando. *Legislação penal especial*. 4ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, v.2
- CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Edipro, 2006.
- CORDEIRO, Vinicius, DA SILVA, Anderson Claudino. *Crimes eleitorais e seu processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997
- .GRINOVER, Ada Pellegrini ; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juízados especiais criminais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- KARAM, Maria Lúcia. *Juízados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juízados especiais criminais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NUCCI, Guilherme Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 3ª ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2000.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos júzados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

A CO-RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DE CRÉDITO DIANTE DO SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

Flávia Franco do Prado Carvalho,
Bacharela em Direito pela Universidade
Tiradentes, Técnica Judiciária do Tribunal de
Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: O presente texto aborda a questão do superendividamento dos consumidores, verdadeiro flagelo social que precisa ser enfrentada com urgência pelos operadores do direito, no Brasil. Demonstra a necessidade de nosso legislador, a exemplo do francês, adotar medidas mais específicas em defesa dos consumidores de crédito, prevenindo o superendividamento e, conseqüentemente, a ruína completa do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Relação de consumo; Superendividamento, Co-responsabilidade.

ABSTRACT: This study analyses the question of the superindebtedness of the consumers, a truth social afflict social that needs to be faced with urgency for the operators of the right, in Brazil. It shows the need of our legislator, taking example of the Frenchman legislation, to adopt specific measure in defense of the credit consumers, preventing the superindebtedness of the consumer.

KEYWORDS: Consumption relation; Superindebtedness; Co-responsability.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o superendividamento face à situação de hipossuficiência dos consumidores de crédito, quais as situações de risco a que se submete o consumidor, bem como algumas conseqüências das aludidas situações.

A problemática que se depreende no tema abordado consiste em apresentar, a priori, as referidas situações e a conseqüente responsabilidade do fornecedor do produto ou serviço.

Inicialmente é importante ressaltar que o trabalho aborda acerca do direito comparado, principalmente o francês; a presença definitiva da oferta massificada diante da hipossuficiência do consumidor; a corresponsabilidade do fornecedor de crédito diante do superendividamento do consumidor e os riscos e responsabilidades pelos efeitos da própria atividade.

Desta forma, tenta-se demonstrar a extrema relevância do tema, pois trata-se de um fenômeno social e político importante que pode ou não ser conseqüência de políticas públicas e da mudança de mercados financeiros, que levam a chamada democratização do crédito e a consolidação de uma sociedade do endividamento.

O tema é de extremo interesse para todos os operadores de direito, pela sua importância e pelo escasso material de pesquisa no país. Entretanto, ousa discorrer sobre ele com desejo maior de trazê-lo à reflexão de todos os consumidores, no anseio de dar um tratamento equânime aos consumidores de boa-fé, visto que são duplamente vulneráveis, como consumidores e como superendividados, dando-se ênfase à necessidade de uma lei específica sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo.

2. CONCEITO DE SUPERENDIVIDAMENTO

O superendividamento do consumidor é um fenômeno que vem crescendo assustadoramente na sociedade pós-moderna. Também chamado de sobreendividamento, é uma situação em que a pessoa física tem mais débitos do que possui como capital de giro para saldar as suas despesas. Vale ressaltar que a pessoa jurídica não pode ser considerada superendividada.

Esse fenômeno foi bem conceituado por Cláudia Lima Marques (2002, p.1053). Importante sua transcrição:

O superendividamento define-se, justamente, pela impossibilidade do devedor-pessoa física,

leigo e de boa-fé, pagar suas dívidas de consumo e a necessidade do Direito prever algum tipo de saída, parcelamento ou prazos de graça, fruto do dever de cooperação e lealdade para evitar a “morte civil” deste “falido” – leigo ou “falido”- civil [...] No direito das obrigações, porém, é que se encontra a origem e a possibilidade de combater os abusos, o dever de cooperar e cuidar do parceiro contratual segundo o boa-fé, afinal, como ensina um outro doutrinador italiano, Rodolfo Sacco: “O contrato, as obrigações correspondem à exigência de cooperação entre seres humanos”. Três temas emergem, pois, deste contexto: as possibilidades de reequilíbrio das relações contratuais de consumo, os limites materiais nas cobranças aos consumidores e as soluções possíveis ou possibilidades para viabilizar uma cobrança de dívidas do consumidor superendividado, mantendo-se sua dignidade e o mínimo vital para ele e sua família.

Ainda nesse sentido, têm-se as lições de Cláudio Sinoé Ardenghy dos Santos (Internet, 2006):

Defino superendividamento como: a situação em que a pessoa física tem seu ativo circulante (rendas) inferior aos valores devidos aos seus credores (a curto e a longo prazo), deixando um passivo a descoberto. Independentemente de seu imobilizado (bens imóveis). Capazes de influir na manutenção de suas despesas mais básicas em sua subsistência. Sendo vista pelo regime contábil de competência, onde se antecipam os encontros de receitas e despesas, mesmo não ocorrendo o recebimento e o vencimento destas últimas num determinado período.

Vale ressaltar que a simples falta de liquidez temporária não é o bastante para caracterizar o consumidor superendividado, haja vista

haver a possibilidade de concessão do prazo de graça que será visto mais adiante. Ademais, para a aferição da situação de superendividamento, devem ser levadas em consideração não somente as dívidas vencidas, mas também as dívidas a vencer.

Segundo Costa (2002, p.109), há duas classes de superendividados, quais sejam, aqueles que se endividaram devido a uma redução brutal dos recursos, tendo em vista os casos fortuitos, tais como, a perda de emprego, doenças, dentre outros, bem como aqueles que se endividaram devido a acumulação inconsiderada de dívidas, prejudicando o cumprimento das despesas básicas como, por exemplo, a energia, água, condomínio, aluguel.

Apesar de haver essas duas classes, registre-se que em ambos os casos, deve estar presente a boa-fé, ou seja, um comportamento correto do consumidor e que a aquisição do produto ou do serviço visasse atender a uma necessidade pessoal deste e não profissional.

Márcio Mello Casado (2005, p. 131), em seu artigo “Os princípios Fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do superendividamento no Brasil”, assim ensinou acerca da necessidade da presença da boa-fé por parte do consumidor:

Desde já é necessário estabelecer que o sobreendividado é aquele que assume compromissos de boa-fé, objetivamente considerada, sempre contando que poderá adimplir as obrigações. Ele não consegue, ou não pode mais, cumprir com determinados compromissos assumidos em face de elementos fáticos sobre os quais não tem controle, estão alheios a sua vontade.

E o que se denota de mais importante nesse tema é a necessidade de cooperação entre os seres humanos, a fim de se chegar ao equilíbrio das relações contratuais, e em especial, das relações de consumo, tendo sempre em mira o princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, o que se pode observar em nosso país é uma total ausência de interesse por parte dos fornecedores em cooperar. Ao contrário, na maioria das vezes, o que se percebe é uma tentativa de impedir a

quitação do consumidor superendividado, aplicando, cada vez mais, juros extorsivos nos contratos de longa duração e não dando oportunidade ao consumidor inadimplente de devolução do objeto do contrato.

Impende destacar que no Brasil ainda não há regras positivadas acerca do tema, fazendo com que os aplicadores e estudiosos do Direito busquem nos princípios e no direito comparado, as bases necessárias para evitar os abusos do fornecedor, ocasionando, assim, o endividamento dos consumidores, pólo hipossuficiente da relação contratual.

Como ensina Marques (2002, p.1058), devido à complexa situação atual, faz-se necessário elaborar regras específicas sobre os deveres de boa-fé, informação, cuidado e cooperação especificamente para evitar o superendividamento no Brasil, em um projeto de lei que trata de temas materiais (direito de arrependimento no crédito ao consumidor, limites às garantias pessoais, vinculação entre o pagamento, os contratos acessórios e o contrato principal de consumo) e temas processuais ou administrativos, a exemplo da lei francesa.

3. OFERTAS MASSIFICADAS. HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR

Como é sabido, na sociedade pós-moderna, os contratos paritários foram dando lugar aos contratos de adesão. Dificilmente vê-se o fornecedor elaborando uma proposta individualmente para que um consumidor a analise e diga se a aceita ou não. Atualmente, as ofertas são pré-redigidas, dando ao consumidor a opção apenas de aceitá-la ou não, sem qualquer tipo de discussão.

Os contratos em massa, principalmente os contratos de adesão, surgiram como uma forma de padronizar as regras pelas classes dominantes, ou seja, contratuais, com a finalidade de facilitar as relações, uma vez que a padronização das regras consegue atender os interesses de maior parte da sociedade.

Como bem salientaram Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2005, p. 8) o contrato de adesão é um mal necessário para a atual sociedade. O verdadeiro problema com esse tipo de contrato é o abuso de quem detém o poder econômico:

Mas, por outro lado, devemos reconhecer que, a despeito de sua suscetibilidade às expansões do poder econômico, o contrato de adesão, desde que concebido segundo o superior princípio da função social, e pactuado em atenção ao mandamento constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, é um instrumento de contratação socialmente necessário e economicamente útil, considerando-se o imenso número de pessoas que pactuam, dia a dia, repetidamente, negócios da mesma natureza, com diversas empresas ou com o próprio Poder Público.

E continuam (2005, p. 8-9):

Vemos, portanto, que a nocividade desta figura contratual está muito mais ligada ao abuso desta técnica de contratação do que propriamente à sua dinâmica de elaboração que, como visto, tornou-se necessária em sua sociedade massificada como a nossa, sem prejuízo, porém, da coexistência, em menor escala, de situações fáticas em que a igualdade material das partes impõe o reconhecimento da aplicação de preceitos disciplinadores tradicionais da autonomia privada.

Entretanto, a atual realidade mostra que os abusos dessa técnica de contratação tornaram-se a regra na sociedade contemporânea. As classes dominantes contratuais, ou seja, as classes que detêm o poderio econômico impõem as cláusulas que irão reger o contrato sem possibilitar ao consumidor tomar conhecimento do conteúdo do mesmo. Há infringência ao dever de transparência, dever altamente preconizado no Código de Defesa do Consumidor.

Os consumidores, por sua vez, constituem o pólo hipossuficiente da relação contratual, não possuindo qualquer poder de barganha para com as classes dominantes.

Heloísa Carpena e Rosângela Lunardelli, acerca do crédito ao consumo, assim lecionam (2005, p. 134):

a concessão de crédito cria condições de acesso ao consumo e freqüentemente se apresenta como único meio para aquisição de produtos e serviços. Crescentemente utilizado pela sociedade, em especial nas classes menos favorecidas, o crédito para o consumo se apresenta, de um lado, como motor do processo capitalista, financiando a atividade econômica; e por outro, como fonte de abusos por parte do fornecedor, ensejando a elaboração de novas teorias e normas disciplinadoras dessa relação.

Wellerson Miranda Pereira, ainda sobre o crédito ao consumo, ensina:

Contudo a ausência de controle de seu efetivo cumprimento, associada a agressividade das estratégias de marketing num mercado globalizado e altamente competitivo e, entre outro, decisivamente a adoção de política econômica que vê na difusão acentuada do crédito ao consumidor a panacéia de impulsão do crescimento econômico global permitem presentir que as medidas de proteção adotadas (do superendividamento), sozinhas, “não fizeram verão”.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso I, reconhece que todo consumidor é vulnerável. Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2005, p. 125 -126) afirma que a fragilidade dos consumidores decorre de dois aspectos, quais sejam, um de ordem técnica e outro de ordem econômica. Oportuna se faz, portanto, a transcrição de um trecho de sua obra na qual ele aborda esses dois aspectos:

O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor

detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. É por isso que, quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já é reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucro.

O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral.

Diante dessa situação de vulnerabilidade do consumidor, o CDC prevê mecanismos de proteção aos destinatários da oferta. Para o sistema do Código de Defesa do Consumidor, presume-se que a oferta sempre parte do fornecedor e que o consumidor é aquele que aceita a oferta colocada no mercado. Um dos mecanismos que o CDC prevê é a irrevogabilidade da oferta, ou seja, o fornecedor não poderá, unilateralmente, fazer desaparecer do mundo jurídico a oferta realizada.

Em conseqüência dessa irrevogabilidade, surge, também, a vinculação do fornecedor à oferta colocada no mercado. Nos termos do artigo 30, toda informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Cria-se, assim, um direito potestativo para o consumidor, o qual poderá aceitar ou não a oferta, mas o fornecedor fica em situação de inteira sujeição à referida aceitação.

Assim, em virtude dessa vinculação, ao consumidor é dada a possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação, nos precisos termos em que a oferta foi realizada, segundo preceitua o artigo 35, I do CDC. A finalidade do dispositivo em comento foi proteger o consumidor contra as práticas abusivas da publicidade.

Ainda há a necessidade de uma publicidade clara e precisa para propiciar aos consumidores um maior conhecimento acerca do preço, qualidade, quantidade do produto ou serviço que estão adquirindo. Márcio Mello Casado (2005, p. 131), em seu artigo supracitado, afirma que o superendividamento é um fenômeno decorrente da sociedade de massas, onde o consumo é cada vez mais incentivado, através de publicidades agressivas, geradoras de falsas necessidades.

No entanto, muito embora o Código de Defesa do Consumidor preveja esses mecanismos de proteção, na prática, vê-se que os consumidores continuam em situação de inferioridade em relação aos fornecedores em geral, muitas vezes aceitando uma oferta que lhe seja prejudicial, devido às suas necessidades básicas de sobrevivência.

4. RESULTANTES DO SUPERENDIVIDAMENTO NO DIREITO COMPARADO

Ao analisar detidamente o Código Guardião do Consumidor, pode-se verificar que apesar desse diploma ter representado um avanço significativo na proteção dos consumidores, percebe-se, também, que ele deixou alguns aspectos no domínio do crédito ao consumo sem regulamentação.

Por exemplo, não há regulamentação no Brasil acerca do prazo de reflexão, da ligação entre o contrato principal e o acessório de crédito, o regime especial das garantias pessoais e o regime especial para o superendividamento. Logo, imprescindível buscar orientações no Direito Comparado, tal como o francês, para a elaboração de uma legislação específica acerca do tema. Dessa forma, faremos um breve apanhado acerca da legislação francesa para identificarmos o que seria importante de regulamentação para o nosso país.

Inicialmente, mister salientar que esse tratamento do superendividamento somente é aplicado para os consumidores que adquirem ou utilizam bens ou serviços sem finalidade profissional.

Em relação a essa colocação, existe divergência da jurisprudência, uma vez que parte dela afirma que só estará excluído quando a aquisição tem relação direta com a atividade profissional do tomador (critério do *rapport direct*). Entretanto, a outra vertente critica esse critério, haja

vista que a pessoa age com finalidade profissional, mesmo atuando fora de sua competência técnica e, assim, não poderia se beneficiar das regras de consumo (COSTA, 2002, p. 41-42).

Ressalte-se, também, que as regras protetoras aplicam-se a toda operação de crédito concedido de forma habitual, excluindo os créditos ocasionalmente concedidos.

Porém, existem algumas exclusões do campo de aplicação dessa legislação. Geraldo de Faria Martins da Costa (2002, p. 44) expõe brilhantemente acerca dessas exclusões, a saber:

Em matéria mobiliária, o *Code de la Consommation*, estimando que a intervenção de um tabelião seria suficiente para assegurar a proteção do consumidor, excluiu do seu campo de aplicação os empréstimos, contratos e operações passados em forma autêntica [...]. São também excluídos do seu campo de aplicação os créditos consentidos por uma duração total inferior ou igual a três meses e os créditos cujos montantes são de valor superior a 140.000F. [...], Também são excluídos do domínio de aplicação das normas especiais os empréstimos concedidos às pessoas morais de direito público e os destinados a financiar uma atividade profissional.

Segundo a disciplina do crédito imobiliário, os empréstimos passados em forma autêntica não são excluídos do seu campo de aplicação, contrariamente ao que ocorre com o crédito mobiliário.

Para assegurar a informação e a proteção dos consumidores de crédito, o direito francês estipula uma formação sucessiva do contrato de crédito. Primeiramente, protegendo o consumidor na fase de formação do contrato e depois na fase de execução do referido contrato. Segundo lições de Geraldo de Faria Martins da Costa (2002, p. 56), o fator tempo deve ser utilizado em benefício do consumidor.

A legislação deseja que a grave decisão de tomar um empréstimo seja suficientemente refletida. O consumidor deve concluir o contrato com plena consciência de sua causa.

Imprescindível trazer alguns institutos de desejável aplicação no Brasil. São eles:

a) Prazo de Reflexão

Seria de primordial importância a criação do prazo de reflexão no ordenamento jurídico pátrio, o qual consiste em dar oportunidade para o consumidor refletir de realmente deseja aquele negócio que está sendo realizado, principalmente quando a livre escolha do consumidor está correndo risco.

Todavia, a legislação francesa faz uma distinção entre o crédito mobiliário e o imobiliário. No primeiro caso, a lei prevê um prazo de reflexão que começa a contar da assinatura da oferta. Esse prazo de reflexão pode ser reduzido para três dias, no caso em que o tomador de crédito pede a entrega antecipada do objeto do contrato. Frise-se que durante esse prazo, não pode haver qualquer pagamento (COSTA, 2002, p.92).

Ainda segundo destaca Geraldo de Faria Martins da Costa (2002, p. 93), a faculdade de retratação não viola o princípio da força obrigatória dos contratos, posto que ainda está na fase de formação do contrato de crédito. Ele não desiste de um contrato já formado. O direito de arrepender-se intervém no momento em que o princípio da força obrigatória dos contratos ainda não incidiu, uma vez que ele ainda não foi concluído por ausência de um consentimento definitivo. Por este motivo, o exercício da retratação ocasiona a resolução do contrato, sem qualquer dever de indenização.

Visando facilitar a realização desse exercício, o sistema francês prevê a exigência de um formulário destacável, o qual o consumidor deverá preencher no caso de retratação. Porém, já é entendimento pacífico que a retratação pode ocorrer de outras formas.

Em relação ao crédito imobiliário, diferentemente do que ocorre com o crédito mobiliário, o tomador não possui o direito de retratação. A proteção é no sentido de que a oferta não pode ser aceita antes do prazo de dez dias a contar do recebimento e, além do mais, o

fornecedor não poderá alterar as condições propostas durante o prazo de trinta dias. Assim, o consumidor possui o prazo mínimo de dez dias e o máximo de trinta para refletir sobre o negócio a ser realizado (COSTA, 2002, p. 97). Vale ressaltar que a aceitação deve ser enviada por correio a fim de coibir fraudes.

b) Interdependência entre o contrato principal e o contrato de crédito

Visando a proteção dos tomadores de crédito, o sistema francês previu a ligação entre o contrato de empréstimo e o contrato principal. Geralmente são regras para incidir nos empréstimos conexos a financiamentos de produtos ou serviços.

Geraldo da Costa (2002, p. 100), sobre a referida ligação, destaca:

O fundamento desta ligação legal é encontrado na expectativa legítima do consumidor. Este deseja realizar uma compra a crédito, percebendo a unidade econômica da operação. O empréstimo será utilizado para adquirir um bem ou um serviço determinado. O consumidor apenas adere a um conjunto de contratos organizados pelos profissionais (vendedor e organismo financeiro). O vendedor desempenha um papel de intermediário na conclusão do contrato de empréstimo.

Desempenhando esse papel de intermediário, o credor paga diretamente ao vendedor por conta do consumidor. Assim, o estabelecimento de crédito deve proteger os interesses do tomador, só efetuando o pagamento ao vendedor depois de verificada a tradição ou a prestação de serviços.

Conforme ensinamentos do ilustre doutrinador Geraldo da Costa (2002, p. 102), quando o contrato de empréstimo está subordinado ao contrato principal, ou seja, a validade do crédito fornecido depende da regularidade do contrato principal. Nesse caso, o consumidor pode

opor ao estabelecimento de crédito exceções saídas de sua relação com o vendedor. Ademais, a anulação do contrato principal ocasiona a resolução do contrato de empréstimo que o financia.

Por sua vez, se o contrato principal estiver subordinado ao contrato de empréstimo, nenhuma obrigação pode ser realizada pelo comprador enquanto ele não aceitou a oferta da instituição financeira, isto é, o vendedor não pode receber qualquer pagamento enquanto o contrato de empréstimo não tiver sido concluído.

Wellerson Miranda Pereira (2006, p. 178) destaca que há uma proposta de Diretiva do Parlamento e do Conselho Europeu relativa ao crédito aos consumidores – COM 2002/0222 - que prevê em seu art. 19 a responsabilidade solidária entre o fornecedor de bens e serviços, quando intervier na relação como intermediário, e o fornecedor de crédito, quanto à indenização ao consumidor pela falta de entrega do bem ou serviço, ou por vício de conformidade entre o bem e o contrato firmado.

c) O regime especial das garantias

Para a concessão de créditos, as instituições financeiras exigem a prestação de fiança. Assim, mister que o fiador seja devidamente informado sobre as condições do negócio que está sendo realizado. O contrato de fiança consiste num contrato acessório, por isso, as obrigações do fiador não devem, exceder as do devedor principal e aquele também possui o direito do prazo de reflexão.

Segundo ensina Geraldo da Costa (2002, p. 105), o fiador deverá receber uma informação precisa sobre a inadimplência do devedor principal desde o primeiro incidente de falta de pagamento. Caso o estabelecimento de crédito não informe ao fiador a informação acerca do inadimplemento, ele não poderá ser obrigado a pagar as penalidades ou juros de mora decorridos da data do primeiro incidente e a data em que ele for informado.

Por fim, cumpre salientar que a instituição financeira não pode exigir a fiança quando haver desproporção entre os bens e rendas do fiador e o compromisso assumido por ele.

d) O regime especial para o superendividamento

Objetivando assistir os consumidores que se encontravam em situação de superendividamento, a França promulgou leis nesse sentido. Foram criadas comissões administrativas especiais, presentes em cada departamento do país, para analisar e julgar os diversos casos. Havia dois procedimentos: uma regulação amigável, de natureza administrativa e outro com tramitação junto aos tribunais de instância.

Entretanto, após várias modificações legislativas, o sistema francês passou a denominar de tratamento das situações de superendividamento, as medidas previstas para proteger os consumidores que não tinham como pagar suas dívidas.

Ele passou a adotar um procedimento de tratamento do superendividamento unificado, funcionando perante as comissões departamentais, a quem compete a realização dos trabalhos de natureza econômica. O juiz da execução age como instância de controle. O devedor insolvente deve peticionar perante a comissão, que é a instância competente para iniciar esse procedimento (COSTA, 20002, p. 108).

Para evitar as situações de superendividamento, existem as medidas de efeito limitado, que são a concessão do prazo de reflexão já visto anteriormente, a proibição da atividade de intermediário e o fichário nacional de recenseamento das informações sobre os incidentes de pagamento, que visa disponibilizar aos fornecedores de crédito as informações necessárias para apreciar a capacidade de pagamento dos consumidores (COSTA, 2002, p. 110). Esse fichário foi criado por lei e é dirigido a todos os estabelecimentos de crédito.

Esses fichários devem conter, por exemplo, quais devedores que estiveram na comissão de superendividamento e essas constataram sua situação de insolvência. Ressalte-se que o consumidor deverá ser informado dessa inscrição.

Geraldo da Costa (2002, p. 113-114), sobre os efeitos da inscrição, ensina:

Isso significa que o devedor não fica proibido, pela simples inscrição, de solicitar um novo crédito. Nem fica o banqueiro proibido de lhe acordar um crédito. Todavia, conforme precisam referidos autores, “o fichário é um instrumento de informação destinado ao profissional bancário”.

Assim informados, esses profissionais estarão inclinados a não emprestar às pessoas que sofrem dificuldades em pagar suas dívidas. Neste passo, “é conveniente precisar que o banqueiro é susceptível de se responsabilizar no caso em que concede um crédito de maneira inconsiderada”.

As informações contidas nesses fichários são conservadas durante a execução das obrigações do consumidor superendividado, mas não pode exceder o prazo de oito anos.

Por fim, convém estudar outra medida curativa do consumidor superendividado, qual seja, o tratamento das situações de superendividamento. Consoante leciona o festejado doutrinador Geraldo da Costa (2002, p. 114), tratar as situações de superendividamento é acordar ao devedor prazos de pagamento, até mesmo remissões de dívidas, de maneira a evitar a ruína do consumidor e, se possível, restabelecer sua situação. Trata-se de estabelecer um plano que permita ao devedor sair da situação de insolvência e melhorar sua situação financeira.

Para realização desse tratamento, comissões administrativas especiais foram criadas para analisar e julgar os diversos casos. O processo é aberto através de iniciativa do próprio devedor, o qual procura referidas comissões e declara seu nome, endereço, situação familiar, suas rendas e o nome e endereço dos credores. No entanto, essas comissões podem buscar as demais informações que entender necessárias para averiguar o estado de endividamento do devedor (COSTA, 2002, p. 115).

A comissão deverá realizar o exame de admissibilidade da demanda, visto que só tem direito a esse tratamento, como dito anteriormente, as pessoas físicas que estiverem de boa-fé. Contudo, essa boa-fé é presumida, cabendo aos credores a prova de sua inexistência. Convém registrar que o fiador também tem direito de se beneficiar com esse tratamento, salvo se a fiança foi concedida a uma atividade profissional, segundo leciona Geraldo da Costa (2002, p. 116).

Há uma discussão se o superendividado ativo sempre estaria de má-fé. Entretanto, a prova da boa ou má-fé do devedor deverá ser analisada no caso concreto. O citado doutrinador (2002, p. 118) trouxe

uma importante afirmação, a qual esclareceu muito bem esse tema. Oportuna sua transcrição:

Foram considerados de boa-fé os consumidores superendividados que, aprisionados por um espiral de endividamentos, agravaram sua situação para pagar dívidas antigas. Todavia, foram declarados de má-fé aqueles que, deliberadamente, tomaram vários empréstimos que representavam uma carga nitidamente superior à totalidade de seus recursos ou aqueles que, já em estado de insolvência notória, tomaram empréstimos para efetuar novas despesas.

O sistema francês, porém, prevê hipóteses de perda desse benefício, como ocorre quando o devedor pratica falsas declarações ou remete documentos inexatos, bem como quando tenta desviar os bens ou quando há a agravação do endividamento, seguindo os balizados ensinamentos do doutrinador supracitado. É curial ressaltar, no entanto, que a perda do benefício não impede um novo pedido com novas circunstâncias.

Wellerson Miranda Pereira (2006, p. 171) afirma que após essa fase de admissão, a atuação da comissão é no sentido de buscar a elaboração de um plano amistoso, com plena liberdade de negociação com os credores. Frustrado esse plano, as comissões recomendam ao juízo da execução medidas ordinárias, que compreendem o parcelamento da dívida, a redução ou imputação dos juros vincendos sobre o capital devido, ou a redução das quantias ainda devidas após a venda forçada do imóvel de habitação principal do devedor, em virtude do privilégio em favor do estabelecimento financeiro. Isso ocorre no caso da comissão verificar um superendividamento clássico.

No caso de ser detectado caso de insolvência por inexistência de patrimônio insuficiente, de modo a frustrar as recomendações ordinárias, ensina Pereira (2006, p. 171) que a comissão pode recomendar medidas extraordinárias, nas quais estão incluídas a suspensão judicial das execuções em curso, moratória de até dois anos, a cujo termo, persistindo a insolvência, pode-se proclamar a eliminação parcial das dívidas.

Todavia, se a situação do devedor indicar situação irremediavelmente comprometida, tem-se início a fase judicial através do procedimento chamado restabelecimento pessoal.

5. RISCOS E RESPONSABILIDADES DO FORNECEDOR DE CRÉDITO PELOS EFEITOS DE SUA ATIVIDADE

O superendividamento, como visto anteriormente, é considerado um fenômeno social, mais precisamente, um problema social, o qual interessa a toda coletividade a sua eliminação.

A teoria do superendividamento busca responsabilizar o fornecedor de crédito pelas repercussões que sua atividade provoca no mercado, tal como ocorre com o fornecedor de produtos defeituosos ou com o publicitário que produz mensagem inverídica. Convém salientar que os fornecedores devem sempre ter em mira os deveres de informação, de conselho e de cognoscibilidade. Heloísa Carpena e Rosângela Lunardelli Cavallazzi assim se manifestaram acerca do tema (2005, p.40):

Como afirmamos em outra oportunidade, quanto maior a incerteza do consumidor no momento de seu processo decisório, maior será a carga de deveres de informação imposta pela lei ao fornecedor. E não poderia ser diferente, tendo sabido, quem informa, se obriga nos termos da informação. O fornecedor somente se desincumbe satisfatoriamente de seu dever de informar quando os dados necessários à tomada de decisão pelo consumidor são por ele cognoscíveis. Não basta portanto dar a conhecer, disponibilizar, é preciso que o consumidor efetivamente compreenda o que está sendo informado.

É inconteste que nos contratos de duração continuada, nos quais envolve cálculos e taxas freqüentemente incompreensíveis ao consumidor, força ao fornecedor uma maior informação a ser prestada àquele.

Diante disso, o sistema francês impôs um dever de aconselhamento por parte do fornecedor, a fim de revelar aos consumidores os prováveis problemas com a operação a ser realizada. Uma vez desobedecido esse dever, a operação efetuada recebe as consequências da invalidade e, se for o caso, é possível até mesmo responder por perdas e danos devido ao abuso realizado.

Como bem salientou, ainda, as doutrinadoras acima referidas (2005, p.142), a teoria do abuso do direito impõe limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos e de outras prerrogativas individuais. Tais limites serão estabelecidos tendo como parâmetros tanto o princípio da boa-fé objetiva, como os bons costumes e a função social e econômica dos direitos.

Afirmam (2005, p. 142), ainda, que esse instituto é aplicado aos contratos de crédito ao consumo. É evidente que o fornecedor que concede o crédito a quem não tem condições de cumprir o contrato, mesmo que obedecendo aos requisitos formais, está abusando de seu direito, desviando-se das finalidades sociais, fundamento de validade da liberdade de contratar ou, mais especificamente, de fornecer crédito.

O abuso de direito, consoante lições de João Álvaro Quintiliano Barros (Internet, 2006), está caracterizado pelo exercício de um direito subjetivo ou prerrogativa individual, contudo, em descompasso com os fundamentos axiológicos normativos, tais como, os limites éticos, sociais, econômicos e legais de tal direito ou prerrogativa.

Ainda sobre o tema, comenta o ilustre doutrinador (Internet, 2006):

A regra geral que deveria ser observada nos remete a razão de que cada direito tem de ser exercitado em obediência ao seu espírito peculiar, sem desvio de finalidade ou de sua inafastável função social. Não existe direito absoluto em nosso ordenamento jurídico, posto que o exercício de qualquer direito deve se conformar com os fins sociais e econômicos inerentes ao mesmo, como também se balizar com o princípio da boa-fé.

Percebe-se, destarte, que o simples fato da pessoa exceder o exercício de um direito regular causando prejuízos a terceiro, faz aparecer o

dever de indenizar os danos causados, dispensando, ainda, a análise da culpa.

Assim, a partir do momento que o fornecedor não deixa claro as implicações que poderão advir com a operação realizada, descumprindo seu dever de informação e transparência, abusando, dessa forma, do exercício regular de seu direito, está induzindo a inadimplência do consumidor, o que, conseqüentemente, viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo ensinam as doutrinadoras supracitadas (2005, p. 142), as expectativas criadas nos consumidores deverão ser respeitadas, ou seja, a garantia de cumprimento do que ele espera obter de determinada relação contratual, nada mais é do que a projeção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O fornecedor possui o dever de cooperar para evitar a ruína do consumidor. Tem o dever de esclarecer sobre o seu endividamento, informar detalhadamente acerca das conseqüências que poderiam advir da operação a ser realizada.

Mister transcrever um trecho da decisão do Juiz de Direito da Bahia, João Batista Alcântara Filho, decisão esta que condenou o fornecedor de crédito pela violação dos deveres anexos de informação, cooperação, a saber:

Era do réu o dever de estabelecer com a sua consumidora condição de prazo, pagamento e juros que viabilizassem o cumprimento das obrigações pela acionante mantendo-se a sua dignidade e o mínimo para ela e sua família. Sabia ele, o suplicado, que se tratava de cliente aposentada, com proventos depositados regularmente e em dia certo. Tinha ele a capacidade de estabelecer condições de pagamento adequadas à realidade de sua cliente de modo a não lhe provocar o sofrimento da perda da dignidade e ficar sem o mínimo vital para si e sua família. Não o fez, preferiu a imposição de contratos estabelecidos por ele e com vistas à generalidade de seus clientes, a ser cumprido em prazo que provocou a asfixia financeira de sua consumidora.

A morte financeira sob a égide da força do contrato. O direito atual já não mais fica alheio à imutabilidade do pacto quando necessário ao socorro do hipossuficiente. Isto significa que na relação de consumo, como no caso dos autos, prevalece a exigência da ordem pública, econômica e social sobre o individualismo limitando-se a autonomia privada individual. A proteção do consumidor é, modernamente, princípio de ordem pública estabelecido no artigo 4º do CDC. A proteção do interesse econômico do consumidor atende ao reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado de consumo.

Percebe-se uma forte tendência de nossos tribunais de proteger os consumidores das atitudes abusivas dos fornecedores, com vista na função social do contrato e da boa-fé objetiva. Ideal seria a criação de legislação específica acerca do tema, possibilitando além da repressão, o mais importante que é a prevenção dessa situação de superendividamento, como ocorre em outros países do mundo, a exemplo da França e Portugal.

6. CONCLUSÃO

Pelas razões explanadas acerca da matéria, infere-se que o fenômeno do superendividamento exige um estudo mais detalhado do tema, dando enfoque ao perfil do consumidor superendividado, contextualizado em determinado espaço-tempo, tendo por escopo a garantia de respeito à cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Deve-se dar ênfase para os consumidores, em virtude, sobretudo, de sua vulnerabilidade e hipossuficiência diante das circunstâncias gravosas, apresentadas a que os mesmos são submetidos, evitando sua ruína completa e, sempre que possível, o restabelecimento de sua situação financeira com a sua reinserção no mercado de consumo e na sociedade de forma digna, visto que os contratos de consumo devem ser movidos pelo espírito de lealdade e cooperação.

É evidente que os interesses dos credores não podem ser desprezados. Entretanto, devem ser tratados de forma subsidiária, na busca maior de proteger o elo contratual mais fraco da relação.

A facilidade de obtenção de crédito no Brasil, com publicidade cada vez mais agressiva e criadora de novas necessidades, associado aos fatores sociais e, principalmente, às altas taxas de juros, demonstram, por si só, a necessidade de um estudo mais apurado por parte de todos operadores do direito e, em especial pela legislação, para se permitir a inclusão social deste consumidor com o reescalonamento da dívida, a fim de viabilizar a quitação da mesma de forma a garantir a sobrevivência digna do cidadão superendividado e a manutenção do contrato cativo de longa duração, privilegiando o princípio da conservação dos contratos.

Neste diapasão, quando o fornecedor não cumpre seu dever de informação, transparência e cognoscibilidade, deixando evidente as implicações que poderão advir com a operação realizada, está abusando do exercício regular de seu direito, induzindo a inadimplência do consumidor, e, conseqüentemente, ferindo o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Ademais, na sociedade de consumo é interesse legítimo do consumidor a continuação do vínculo, já que a rescisão é remédio mais drástico e exclusivo deste, tanto que o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 51, VI prevê que a vantagem exagerada do fornecedor é abusiva e viola a boa-fé, ao tempo em que estabelece parâmetros abertos para que o magistrado, verificando esta, anule a cláusula, mantendo o contrato.

O que se espera, de fato, é a aceitação das circunstâncias subjetivas passivas e uma melhor conduta do fornecedor, concordando com a renegociação do contrato, cooperando para que o consumidor possa adimpli-lo. A idéia primordial é possibilitar a purga da mora pelo consumidor.

Enfim, busca-se incessantemente o dever de cooperação e o direito de manutenção dos contratos, reforçando o princípio da boa-fé, restaurando o equilíbrio e atingindo verdadeiramente a função social do contrato.

Deseja-se que enquanto não seja preenchida tal lacuna legal, os magistrados ousem diante dos vetores constitucionais e normas consumeristas existentes, evitando os possíveis abusos.

7. BIBLIOGRAFIA

- ALCÂNTARA, João Batista Filho. *Ação cautelar – O princípio da boa-fé salvaguardando o consumidor superendividado*. Internet, disponível em <http://www.amab.com.br/joabatistaalcantara filho/padronizacoes.php?codigo=9&fazer>, acessado em 18/01/2006.
- BARROS, João Álvaro Quintiliano. *Abuso de direito*. Internet, disponível em <http://www.jus2.uol.com.br>, acessado em 14/09/2006.
- CARPENA, Heloísa; LUNARDELLI, Rosângela. *Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação*. Revista de Direito do Consumidor, nº 55. Ano 14, RT: São Paulo, julho-setembro de 2005.
- CASADO, Márcio Mello. *Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil*. Revista de Direito do Consumidor nº 55. Ano 14, RT: São Paulo, julho-setembro de 2005.
- COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento*. 1 ed. V. 20, RT: São Paulo, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4 ed. RT: São Paulo, 2002.
- _____, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto. *Aplicação do código de defesa do consumidor aos bancos*. ADIn 2591. São Paulo: RT, 2006.
- _____, Cláudia Lima e LUNARDELLI, Rosângela. *Direitos do consumidor superendividado*. São Paulo: RT, 2006.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 2ª ed. ver, modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos Santos. *Superendividamento – A fragilidade do consumidor*. Internet, disponível em http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/superendividamento_claudiosinoeardenghy, acessado em 18 de janeiro de 2006.
- STOLZE, Pablo e PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2005.

