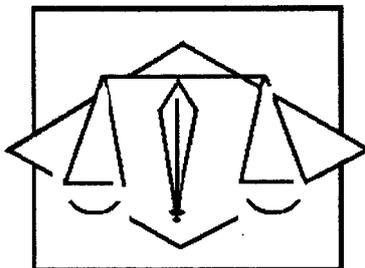


REVISTA JURÍDICA



IN VERBIS

REALIZAÇÃO

ACADÊMICOS DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

APOIO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Números 09 e 10 - Jan./Dez. - 1999

EDITORA: GBO

Tiragem desta edição: 400 exemplares

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta, desde que seja citada a fonte.

Toda a correspondência para a revista *deverá* ser endereçada para:

COMISSÃO EDITORIAL - REVISTA JURÍDICA IN VERBIS
ESPAÇO INTEGRADO CAAC - IN VERBIS UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO GRANDE DO NORTE
AV. SEN. SALGADO FILHO, SETOR I DO CAMPUS
UNIVERSITARIO, NATAL/RN
CEP 59072-870

Endereço virtual: http://in_verbis.vila.bol.com.br E-mail:
in_verbis@bol.com.br

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS v.5,
n.9 e n.10 (Jan./Dez. 1999) Natal: Editora GBO, 2000

1. Direito - Periódico. I. Universidade Federal do Rio Grande do ,. Norte.
Centro de Ciências Sociais Aplicadas.

CDU - 34

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO
NORTE

REITOR
ÓTOM ANSELMO DE OLIVEIRA

VICE-REITORA
TÉCIA MARIA MARANHÃO

DIRETORA DO CCSA
MARIA ARLETE DUARTE DE ARAÚJO

VICE-DIRETORA DO CCSA
MARIA DOS REMÉDIOS FONTES

PROFESSORES AVALIADORES

ADÍLSON GURGEL DE CASTRO

EDILSON ALVES DE FRANÇA

EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR

FRANCISCO BARROS DIAS
IVAN LIRA DE CARVALHO
JORGE IVAN CASCUDO RODRIGUES
JOSÉ DE LIMA RAMOS PEREIRA
JOSÉ TAUMATURGO DA ROCHA
LUÍS ALBERTO DANTAS FILHO
LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
MARIA DOS REMÉDIOS FONTES
NADJA CALDAS LOPES CARDOSO
PAULO ROBERTO DANTAS DE SOUZA LEÃO
PEDRO SIMOES NETO
RICARDO WAGNER DE SOUZA ALCÂNTARA
ROSENITE ALVES DE OLIVEIRA
TATIANA MENDES CUNHA
WAL TER NUNES DA SILVA JÚNIOR

COMISSÃO EDITORIAL

ALEXANDRE GONÇALVES FRAZÃO

ANNA LUISA B. S. PASSEGGI
LUIZ MARCELO VARELLA
MARCOS JOSÉ S. DE FREITAS JÚNIOR
VIVIAN MARASSI DE SOUZA ALMEIDA

REVISÃO E NORMALIZAÇÃO
MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA (CRB N°493/4)

EDITORAÇÃO ELETRÓNICA
VIVIAN MARASSI DE SOUZA ALMEIDA

CAPA
NAPOLEÃO NUNES

EDITORIAL

Ao longo da ainda curta história da *In Verbis*, firmou-se a feliz tradição de se fazer menção, em cada um de seus editoriais, às gradativas mas perenes conquistas que aos poucos foram firmando a Identidade que a revista possui hoje. Exemplos marcantes são a indexação internacional (ISSN) e a aquisição de nossa sala privativa, avanços imprescindíveis para a consolidação desta publicação que tanto tem contribuído para o crescimento de nosso curso.

A continuidade que se dá aqui à referida tradição não poderia ser melhor. Os avanços que acompanham o lançamento deste nono número sem nenhuma dúvida proporcionarão (ou já estão proporcionando) uma grande ampliação no alcance e divulgação da *In Verbis*.

Primeiramente, destacamos nosso ingresso definitivo no mundo eletrônico com o já tão propagandeado site http://in_verbis.vila.bol.com.br, que passa a ser nosso maior instrumento de divulgação, seja para a venda dos exemplares ou para fornecer ininterruptamente aos estudantes informações sobre a revista.

Outra grande novidade está também relacionada ao "endereço" (mas desta vez o real, não o virtual). Graças principalmente à louvável iniciativa dos membros do Centro Acadêmico Amaro Cavalcanti, promovemos a integração das salas da *In Verbis* e do CAAC, criando um espaço reformado, mais amplo e adequado às necessidades de ambos. Acompanhada do novo armário gentilmente fornecido pelos colegas do diretório, nossa nova "sede" melhora bastante as condições de trabalho da Comissão Editorial.

No entanto, parece certo que na luta para expandir a distribuição da Revista, gerando assim uma repercussão mais intensa acerca da produção científica dos estudantes, a diminuição do preço de R\$ 10,00 para R\$ 5,00 é o passo mais decisivo, pelo menos de imediato, para o aumento da circulação. Representa considerável democratização no acesso ao periódico (se bem que R\$ 10,00 não chegava a ser propriamente um preço alto) tendo em vista que agora vendemos um periódico semestral aos mesmos R\$ 5,00 das revistas de circulação mensal e semanal.

Necessário fazer alguns esclarecimentos sobre este nono número. No último mês de março, tivemos a felicidade de contar com o ilustre Or. Alexandre de Moraes para abrilhantar o lançamento do oitavo número. Pusemos fim a um difícil intervalo de quase um ano e meio em que não conseguimos lançar a esperada edição, que continha os artigos referentes ao segundo semestre de 1998.

Conseqüentemente, só agora pudemos publicar os artigos referentes aos dois semestres do ano de 1999, que estão na mesma revista porque o número de artigos selecionados no primeiro semestre do referido ano (apenas cinco) tornava sua publicação inviável.

Falando agora da Comissão Editorial, começamos por prestar uma rápida homenagem aos membros que tiveram de nos deixar após o oitavo número: Jessica, Karen e Paulo Sérgio, que tanto se dedicaram para que a *In Verbis* prosseguisse em sua curva ascendente. Seus respectivos lugares na história de nosso curso já estão reservados.

Aos mais novos integrantes, Alexandre Frazão, Amanda Barcelos, Anna Luisa, Luiz Marcelo e Marcos Júnior, juntamente com a remanescente Vivian Marassi, coube a tarefa de vencer o desafio do momento: tornar a revista conhecida além das

fronteiras potiguares. Daí o destaque todo especial que temos dado à nossa *homepage* na Internet, a qual já nos possibilitou receber encomendas via *e-mail* de pessoas de diversos pontos do país, como Belo Horizonte, João Pessoa e Palmas.

Por fim, agradecemos aos nossos patrocinadores. São eles a Escola Superior da Magistratura do RN (ESMARN), o Escritório Simões Advocacia e Mendes Cunha Advogados Associados. Suas preciosas contribuições foram indispensáveis para que a presente edição pudesse ser publicada, fazendo com que a *In Verbis* ultrapasse a expressiva marca de 120 artigos publicados nestes seis anos de existência.

A Comissão Editorial

SUMÁRIO

DA INEFICIÊNCIA E INADMISSIBILIDADE DA REDUÇÃO DA IDADE PARA IMPUTABILIDADE PENAL

Anna Luisa B. S. passeggi,
João Maria P. Medeiros, e
Marcos J. S. de Freitas Júnior

DIREITO ADQUIRIDO OU EXPECTATIVA DE DIREITO? APLICAÇÃO EM UM CASO CONCRETO

Claudemir J. Silva

O PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE NA AÇÃO PENAL CONTRA PESSOA JURÍDICA: REFLEXÕES ACERCA DE SEU VIGOR

Henry Wagner Vasconcelos de Castro

O TRABALHO DA MULHER FRENTE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A LEI n.º. 9.799/99

Jéssica Raquel Carvalho Morris

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE ACESSO A INTERNET COM BASE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Leifson Gonçalves Holder da Silva

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DO SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO

Luis Henrique Silva Medeiros

DIREITO INTERNACIONAL E GLOBALIZAÇÃO

Luiz Marcelo Varella de Azevedo

EFETIVIDADE PROCESSUAL: VISÃO ACERCA DA SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

Marco Bruno Miranda Cleinentino e Ronaldo Pinheiro de Queiroz

PROPRIEDADE HORIZONTAL - CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO

Maria Cláudia Capi Pereira

A SUSPENSÃO DA EMISSÃO DE CARTEIRA DE
HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR SOB A ÓTICA DO DIREITO
ADMINISTRATIVO

Odyle Cardoso Serejo Gomes

DA DENUNCIÇÃO DA LIDE AO SERVIDOR PÚBLICO NAS
AÇÕES PROPOSTAS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO

Ricart César Coelho dos Santos

COMÉRCIO INTERNACIONAL E AS PRÁTICAS COMERCIAIS
DESLEAIS: UMA INCURSÃO JURÍDICA NAS MATÉRIAS DO DUMPING

Roberto Di Sena Júnior

DO CHAMAMENTO AO PROCESSO

Thiago Cássio *D'Ávila* Araújo

DA INEFICIÊNCIA E INADMISSIBILIDADE DA REDUÇÃO DA IDADE PARA IMPUTABILIDADE PENAL.

Anna Luisa Botelho S. passeggi
João Maria Pegado de Medeiros
Marcos José Sampaio de Freitas Júnior
Acadêmicos do 3º período do Curso de Direito - UFRN

INTRODUÇÃO: O PORQUÊ DOS PROJETOS DE DIMINUIÇÃO DA IDADE PARA IMPUTABILIDADE PENAL

É de conhecimento geral que o Brasil padece de inúmeras mazelas sociais e históricas, intimamente ligadas à maneira como a sociedade brasileira se construiu e se firmou. Um destes problemas, que tem entravado o *desenvolvimento* do país, pondo mesmo em xeque a dignidade da nação frente à comunidade internacional, é o tratamento dispensado às crianças e adolescentes. É historicamente incontestável o abandono destes *juvens* por parte do Estado brasileiro.

As autoridades sempre ignoraram o fato de que enorme parte de cada *nova* geração cresce nas mais cruéis e promíscuas condições, sem qualquer assistência educacional e psico-afetiva, sofrendo muitas vezes das mais arrasadoras das necessidades: a fome, e enfrentando o desajuste da família, instituição determinante para sua formação. Fingiram por muito tempo não enxergar neste nefasto tratamento dado aos Jovens uma das maiores causas dos persistentes problemas sociais do Brasil, como a criminalidade infanto-juvenil.

Ignorar a decisiva influência das más condições de *vida* da população na perpetuação dos problemas brasileiros tem sido um procedimento de praxe pc; parte dos membros do poder público, especialmente no que se refere à violência e à criminalidade urbana. Não raro nos deparamos com leis que estabelecem o endurecimento das penas e o aumento da responsabilidade punitiva do Estado, acompanhadas da falácia de que irão sozinhas diminuir substancialmente os índices de criminalidade. Em Parecer solicitado pelo Egrégio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária acerca de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) em seu art. 228¹, o prof. Rolf Koerner Junior, ex-secretário de segurança pública do Estado do Paraná, demonstra com precisão a impertinência e inutilidade destes "Movimentos de Lei e Ordem", citando como exemplo a reforma do Código Penal de 1977 do Ministro Armando Falcão, a qual empreendeu um reforço na legislação punitiva orientada "*pela falsa premissa de que o Direito Penal seria o verdadeiro, quicá o único, culpado pelos descalabros arrolados na Exposição de Motivos de 22 de Fevereiro de 1977*"². Tal reforma, como era de se

¹ Rolf Koerner Junior, "A menoridade é carta de alforria?". In Mario Volpi (org.), Adolescentes privados de liberdade: A Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal. São Paulo: Cortez, 1997.

² "O aumento dos índices de criminalidade, que se observa em escala mundial, fez com que, no Brasil, grande número de condenados, inclusive perigosos, permaneçam em liberdade, não sendo possível cumprir os respectivos mandados de captura, por não haver onde recolhê-los, mesmo com novas penitenciárias construídas e por mais que elas se multipliquem" (Exposição de Motivos de 22 de fevereiro de 1977 *apud* Rolf Koerner Junior, ob. cit., p. 115). Observa-se que para o Ministro Armando Falcão seria a brandura das leis penais- incapazes de dissuadir o

esperar, não logrou êxito algum. A criminalidade permaneceu ascendendo e a violência não parou de recrudescer qualitativamente, o que resultou em nova investida do Governo Federal, que em 1984 já sancionava uma Nova Parte Geral ao Código Penal.

Combatendo estas ofensivas conservadoras, também se manifestou o hoje Ministro do STF Nelson Jobim, afirmando categoricamente em seu discurso de posse no Ministério da Justiça: *"Não se pode pretender (...) que as questões de segurança pública neste País sejam resolvidas exclusivamente com agravamento da capacidade repressiva do Estado"*³.

O fato é que mesmo com essa desastrosa experiência de tratamento inadequado do problema da criminalidade, que consolidou a prática de enclausurar criminosos de baixa periculosidade junto com traficantes de drogas e homicidas, sacramentando o processo de falência de quase todas as políticas de segurança pública e do sistema penitenciário como um todo, não houve mudança na mentalidade de nossos legisladores. Como se já não bastassem todos estes abusos e inconseqüências, cogita-se submeter adolescentes de dezesseis e dezessete anos ao mesmo sistema marginalizador utilizado com os adultos.

No Congresso Nacional, dezoito são as PECs e os Projetos de Lei (PL) que visam a reduzir a idade para imputabilidade para os dezesseis anos, num espaço de oito anos: PL 343/91, do deputado Elcio Alvares (PFL/ES); PEC 1891/91, do deputado Jackson Pereira (PSDB/CE); PL 3434/92, do deputado Sérgio Arouca (PPS/RJ); PEC 171/93 do deputado Benedito Domingos (PP/DF); PEC 037/95, do Deputado Telmo Kirst (PPR/RS); PEC 091195, da deputada Araceli (PFL/MG); PL 174/95, do senador João França (PP/RR); PEC 01596, do senador Romero Juca (PFL/RR) e outros; PEC 045/96, do Senador Ney Suassuna (PMDB/PB); PEC 049/96, do senador Gilberto Mirandal (PMDB/AM) e outros; PEC 051/96, do senador José Bonifácio (PPB/TO) e outros; PEC 301/96, do deputado Jair Bolsonaro (PPB/RJ) e PEC 386/96, do deputado Pedrinho Abrão (PTB/GO) e outros; PEC 426/96, da deputada Nair Xavier Lobo (PMDB/GO) e outros; PL 3538/97 do deputado Énio Bacci (PDT/RS); PEC 531/97, do deputado Feu Rosa (PMDB/ES) e outros; PEC 007/98, do senador Odacir Soares (PTB/RO) e outros e PEC 008/98, do senador Artur da Távola (PSDB/RJ)⁴ e outros.

Ao analisar a justificativa da PEC 301/96, a qual motivou o citado Parecer do prof. Rolf Koerner Junior, vê-se em sua justificativa alguns dos argumentos mais comuns utilizados pelos críticos do art. 228 da Constituição Federal de 1988 (CF)⁵, que demonstram com extrema clareza as razões de tal iniciativa.

"Considerando que a realidade de nossos dias demonstra que o adolescente com idade de dezesseis anos já possui discernimento suficiente para avaliar os danos que causam os atos ilícitos, bem como crimes, que pratica, somos levados a propor a mudança do citado

criminoso- o principal motivo do alto índice de criminalidade. O aumento do rigor na legislação penal impediria sua transgressão.

³ Discurso de Posse do Ministro da Justiça Nelson Azevedo Jobim proferido em 2 de janeiro de 1995 *apud* Rolf Koerner Junior, ob. cit., p. 111/112.

⁴ Dados obtidos in <http://www.inesc.org.br/CA/Doc/p11t.Jjry1J?c.bIDJ> (16/03/99)

⁵ CF 228. Os menores de dezesseis anos são inimputáveis, sujeitando-se às normas da legislação especial.

*artigo. Conhecedores da inimputabilidade dos detentores de idade inferior aos dezoito anos, os imputáveis os incitam ao crime, usando-os como baluarte de suas idéias e planos criminosos. Sabemos que a mudança da idade não irá prejudicar àqueles que levam uma vida regrada dentro dos princípios morais e da boa convivência, independente da condição social de que desfrutam"*⁶.

2. IMPROCEDÊNCIA DA DIMINUIÇÃO DA IDADE PARA A RESPONSABILIDADE PENAL

2.1 - Inimputabilidade, impunidade e discernimento

A primeira das premissas que alicerçam o debate em torno da questão é a de que o critério adotado pelo legislador foi o discernimento. Esse argumento sugere a idéia de que a inimputabilidade para os menores de dezoito anos seria uma proposição ultrapassada, porque oriunda de uma época em que os jovens com esta idade seriam supostamente mais ingênuos e teriam menos acesso à informação.

A maneira como esse problema foi historicamente tratado demonstra a improcedência do raciocínio da obsolescência da imputabilidade aos dezoito anos. Ao contrário do que se imagina normalmente, a idade para a imputabilidade penal no Brasil teve, no decorrer do tempo, uma curva ascendente. E isso contraria a lógica do amadurecimento como fator determinante para a fixação da imputabilidade. O Código Criminal do Império de 1830 dispunha em seu art. 10, § 1º, que não se julgariam criminosos os menores de quatorze anos, embora fossem considerados pela jurisprudência da época relativamente imputáveis aqueles que tivessem de 7 a 14 anos. Com o Código Republicano de 1890, poderiam ser processados os que tivessem de 9 a 14 anos. A Lei 4.242 de 1921, por sua vez, veio a impedir a possibilidade de se processar os menores de 14 anos, seguindo-se essa linha evolutiva até o Código Penal de 1940, que pela primeira vez fixou a idade para a imputabilidade aos 18 anos⁷.

Na verdade, o que o legislador fez foi consagrar na CF, e posteriormente no Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da *proteção integral*, amparado na sábia noção de que não se pode expor os adolescentes, que praticarem ações definidas pelo Código Penal como crimes, às desastrosas deformidades do sistema penitenciário brasileiro. Mais que isso, fez-se concretizar na legislação brasileira

às Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), em Cujos princípios fundamentais dispõe-se que:

"4. É necessário que se reconheça a importância da aplicação de políticas e medidas progressistas de prevenção da delinquência que evitem criminalizar e penalizar a criança por uma conduta que não cause grandes prejuízos ao seu desenvolvimento e que nem prejudique os demais. Essas políticas e medidas deverão conter o seguinte: (...) e) reconhecimento do fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com frequência,

⁶ **Proposta** de Emenda à Constituição n.º 301, de 1996 (Do Sr. Jair Bolsonaro e outros) *apud* Rolf Koerner Junior, ob. cit., p. 110.

⁷ Rolf Koerner Junior, ob. cit., p. 124-125.

parle do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade, e f) consciência de que, segundo a opinião dominante dos especialistas, classificar um jovem de "extraviado", "delinqüente" ou "prédelinqüente" geralmente favorece o desenvolvimento de pautas permanentes de comportamento indesejado. 5. Devem ser desenvolvidos serviços e programas com base na comunidade para a prevenção da delinqüência juvenil. Só em último caso recorrer-se-á a organismos mais formais de controle social⁸".

Pode-se antever que, se rebaixada a imputabilidade para os dezesseis anos, certamente haverá uma varredura de alguns jovens infratores de dezesseis e dezessete anos das ruas, pelo período que duraram suas reclusões. Cumprida a pena, estes jovens serão devolvidos a sociedade num "estado de periculosidade" ainda maior que aquele de quando entraram, já que nesta idade a personalidade do indivíduo ainda está em pleno processo de formação. Os efeitos da "contaminação carcerária" serão ainda mais intensos do que o são, comprovada mente, com os próprios adultos.

É inclusive esta a linha de raciocínio contida na Exposição de Motivos da Reforma Penal de 1984, que fixou a imputabilidade aos dezoito anos, com base na improcedência da internação de adolescentes em estabelecimentos reservados a adultos, posição defendida antes mesmo da Constituição de 1988:

"Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 anos. trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, por ser ainda incompleto, é naturalmente antisocial à medida que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos' necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária"⁹.

É imprescindível ter em mente, como bem lembra o Desembargador do Estado de Santa Catarina, Amaral e Silva, que o pressuposto fundamental do art. 228 é uma conclusão obtida cientificamente, a partir da Criminologia, que, "com base em dados, decorrentes da análise da prática do sistema penitenciário, concluiu resultar inconveniente aos próprios fins de prevenção e repressão, submeter crianças e jovens

⁸ Mario Volpi (org.), Adolescentes privados de liberdade: A Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal. p. 93-94.

⁹ Exposição de motivos da Reforma Penal de 1984, n.^o 23, *apud* Wilson Donizeti Liberati, Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente. p. 71.

ao sistema reservado aos adultos¹⁰". Coube à técnica da política criminal propor "*como alternativa ao método rígido das penas criminais um sistema flexível de medidas protetivas e/ou sócioeducativas, capazes, conforme o caso, de proteger, educar, e até punir, melhor prevenindo práticas anti-sociais*"¹¹.

Tem-se, portanto, com as medidas sócio-educativas um tratamento corretamente diferenciado, não uma omissão da lei. A impunidade legal dos adolescentes é um mito, alimentado em grande parte pelo fato dos mesmos já não serem mais tratados como meros objetos, mas como sujeitos de Direito, estando estabelecidas no art. 111, II a V, do ECA várias garantias processuais, como "*a igualdade na relação processual, a defesa técnica por advogado, a assistência jurídica gratuita integral aos necessitados, na forma da lei e o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente*". Tudo isto se opõe de alguma forma ao que determinava o antigo Código de Menores, cujas determinações tiravam da esfera da ação do jovem a sua própria defesa.

Além disso, o reforço que o ECA promove nas garantias contra toda forma de violência imposta aos adolescentes dificulta a truculência e o abuso na ação de policiais e de outros cidadãos perante o ato infracional do menor. Os que acham que justiça se faz com as próprias mãos, de preferência armadas, esbravejam contra esta legislação que, no seu entender, teria sido feita para "defender marginais". É inevitável citar nesta ocasião Antônio Carlos Gomes da Costa, que, com extrema maestria, justifica e eleva de forma cética as garantias constitucionais regularmente no ECA: "*Só uma sociedade que aprende a respeitar 'os piores' será capaz de respeitar a todos*"¹². Deve-se louvar a existência destas garantias, e não ficar insistindo, como diz o professor Hélio Xavier de Vasconcelos, membro efetivo da Comissão Nacional de Direitos Humanos, neste tão comum "*complexo de inferioridade*", segundo o qual leis civilizadas só dão certo na Suíça e nunca no Brasil.

2.2 – O uso dos adolescentes para o crime, a "vida dentro dos princípios morais" e a influência das desigualdades sociais

A justificativa da PEC 301 apresenta os principais equívocos relacionados à questão da imputabilidade penal. Um deles refere-se ao rebaixamento como necessário porque os imputáveis induzem os inimputáveis a agir ilícitamente, "*usando-os como baluarte de suas idéias e planos criminosos*". Este argumento apresenta inúmeras falhas. A primeira trata da "autoria intelectual" dos crimes, que é também tipificada como crime no Código Penal (CP), constando como agravante, inclusive se "instiga ou determina a cometer crime alguém *sujeito à sua autoridade ou*

¹⁰ Amaral e Silva, "Mandar jovens de 16 anos para o sistema carcerário vai resolver a questão da violência e da criminalidade?" In SUBSÍDIO, Texto para reflexão e estudo do INESC, ano 111, n.º 24. p. 9.

¹¹ Ob, cit., p. 9.

¹² Emílio Garcia Mendez, "Adolescentes em conflito com a lei (segurança cidadã e direitos fundamentais)", In: Revista da ESMape, V. 3, n.º 7. Trad. Antonio C. Gomes da Costa, p, 210.

ao punível em virtude de condição ou qualidade pessoal (art. 62,III do CP)¹³, havendo, portanto, meios legais de evitar que menores acobertem a responsabilidade dos maiores, bastando apenas decisão do judiciário para que sejam utilizados. A impunidade dos imputáveis não é responsabilidade dos inimputáveis,

A segunda falha deste argumento constitui a falácia basilar do projeto de redução da maioria penal: a idéia de que um sistema penal absolutamente ineficiente na prevenção de crimes dos maiores de dezoito anos funcionará com os menores desta idade. Um verdadeiro desafio à lógica.

Finalmente, esse argumento retira toda a culpa do menor, uma vez que o torna mero instrumento de alguém já reconhecido na lei como responsável. Destarte, não seriam então os inimputáveis culpados, mas vítimas, devendo o Estado concentrar a ação repressiva sobre aqueles que são o "princípio motor" das infrações. Agiria então o argumento do **uso de** menores para delitos mais em defesa da consagração do princípio da proteção integral do que seria um motivo para condená-la, Ratifica-se o sentimento de que o Estado deve coibir toda e qualquer tentativa de exploração das crianças e adolescentes. Muito mais prudente e racional combater o explorador que o explorado.

Numa perspectiva psico-sociológica, reafirma-se posicionamento exposto anteriormente. Constatou-se no final d justificativa da PEC 301 a seguinte redação: *"Sabemos que a mudança de idade não irá prejudicar àqueles que levam uma vida regrada dentfi dos principios morais e da boa convivência, independente da condiçã social de que desfrutam"*. Este enunciado nada mais é que uma diferente formulação da idéia de que as desigualdades sociais não concorrem como fator relevante para o crime, influenciando na formação dos citados "princípios morais". Sendo os aspectos psicológicos do discernimento, do juízo moral e da personalidade alguns dos principais elementos utilizados na defesa da redução da idade para imputabilidade penal, é conveniente que se faça uma reflexão mais aprofundada acerca do tema, de forma complementar, para auxiliar no entendimento da questão.

A adolescência é uma fase de reestruturação afetiva e intelectual da personalidade, momento em que o indivíduo começa a delimitar os contornos de sua própria individualidade e a ter consciência da sua posição de sujeito, de agente, em um processo de individuação semelhante ao que ocorre na primeira infância. Embora o indivíduo já possua o "discernimento" aclamado pelos defensores da redução da minoridade penal, ele apenas inicia o seu processo de autonomia, ou seja, é tão somente neste momento que começa a adquirir a capacidade de auto-regulação. Antes disso, o seu conceito de certo e errado, o seu juízo moral, é heterônomo, ou seja, meramente absorvido do grupo, sem que tenha havido tempo ainda para internalizar as regras morais.

*"A capacidade de autonomia resulta da interiorização de regras de valores consecutiva a um processo de negociação pessoal com diversos sistemas normativos de interdependênciel e de obrigações sociais. (...) a autonomia é correlativa à construção da identidade na adolescência; ela depende do segundo processo de separação individuação ... "*¹⁴

Nesse novo processo de individuação ocorre o desligamento dos

¹³ grifo nosso

¹⁴ Roland Doron; Françoise Parot. Dicionário de Psicologia. São Paulo: Ática, 1998, p.103.

modelos parentais e a tentativa de ter reconhecido o seu papel social. Na busca da construção de uma nova realidade, surge o grupo para suprir a necessidade de um novo tipo de inserção na comunidade e do reconhecimento desta. A adolescência é, portanto, um momento de (re)definição da identidade e da formação de um juízo moral próprio, estreitamente ligado à infância, com a qual o adolescente ainda não cortou relações. Não nos referimos aqui à infância mágica e pura que dizem não mais existir. Essa infância imbuída de cândida inocência é na verdade um entrave para o reconhecimento do real processo de formação do indivíduo, pois reconhecem como anormais as que não se enquadram nesse ideal =cristão de pureza infantil.

Na verdade, a criança é um ser amoral, que no início de sua vida sequer possui a consciência de existir isoladamente do ambiente que a cerca ou de sua mãe. Até mais ou menos o primeiro ano a criança somente existe enquanto indivíduo para os que a observam. Para ela mesma, antes disso, não há diferença sensível entre sua realidade interna e externa. Não que ela seja a "tábula rasa" idealizada por Locke, um mero receptáculo de experiências, mas é um momento onde ela não identifica parâmetros, apenas, apenas sente a realidade e a absorve de forma desorganizada. Somente a partir da definição de um "EU" e um "NÃO-EU"¹⁵ a criança pode estabelecer relações intersubjetivas (pois agora ela se "reconhece" como sujeito, sabe que constitui uma unidade separada). Neste momento, a criança vai começar a desenvolver a sua personalidade, lançará as bases do sujeito que será. Não serão bases absolutamente determinantes, mas serão sem dúvida as mais importantes.

O juízo moral, que constitui o fundamento do "discernimento" pode ser entendido como a "avaliação (e, mais comumente, a auto avaliação) das condutas, com base em critérios que dependem dos valores morais que vigorarem no grupo"¹⁶. O estudo do juízo moral na criança foi empreendido com sucesso por Jean Piaget, um dos expoentes da psicologia cognitiva. Segundo sua teoria, a criança inicialmente não possui valores próprios, por isso suas regras de conduta e avaliação moral são impostas por indivíduos que possuam ascendência sobre ela, os pais ou substitutos, São regras que ela obedece sem nenhuma avaliação moral. Uma criança pequena não sabe o que é certo ou errado, mais simplesmente o que deve e o que não deve fazer, obedecendo àqueles que reconhece como autoridade. A passagem da heteronomia para a autonomia acontece em três estágios principais:

- estágio pré-moral: o sujeito apenas quer satisfazer suas próprias necessidades. A criança só leva em conta seu próprio interesse nas relações intersubjetivas;

- estágio convencional: a criança já tem consciência do código de conduta do grupo e só é capaz de formular juízos de valor de acordo com o que é convencionalizado, agindo somente em consideração às sanções exteriores;

- estágio da autonomia: o sujeito julga de acordo com sua própria consciência, intermediando seus interesses pessoais e o código do grupo, não agindo em função somente de um ou de outro.

Isto posto, adentrar-se-á agora pelos pontos principais: a falácia do

¹⁵ D.T. Winnicot. A família e o desenvolvimento do indivíduo. Belo Horizonte: Interlivros, 1980. p.176

¹⁶ Rolon Doron; Françoise Parot, ob.cit., p. 454. *grifo* nosso.

adolescente plenamente responsável, a negação da influência do meio na formação do juízo de valor do adolescente e os aspectos negativos da redução da menoridade penal para o adolescente.

A falácia do adolescente plenamente responsável é consequência imediata da negação da influência da sociedade na formação do juízo de valor do adolescente. Essa negação é uma reação às correntes psicológicas dos anos setenta e oitenta que radicalizaram transformando o indivíduo num mero produto social, sem qualquer arbítrio. Embora haja estes posicionamentos radicais, não podem ser banalizadas teorias importantes na compreensão dos processos de formação da personalidade.

Percebe-se nos estágios de formação do juízo de valor que o ambiente é de onde se retiram as primeiras noções de moralidade. Se no segundo estágio o que é convencional no ambiente da criança é algo desviante do que é convencional no restante da sociedade, é altamente provável que, no estágio da autonomia, a intermediação que ela faça entre seus interesses e o código social seja desproporcional.

Nessas crianças os modelos são deturpados. A autoridade, os limites e a maneira de se lidar com o desejo são diferentes. O fato de crescerem num sistema marginal faz com que tenham dificuldade na adaptação a novos valores e, principalmente, a novos princípios de conduta. Deve-se acrescentar que este sistema, além de marginal, é fundado no antagonismo com o restante da sociedade, por haver um sentimento de rejeição intrínseco. Se "*identidade pessoal é a construção dinâmica da consciência de si por meio de relações intersubjetivas das comunicações lingüísticas e das experiências sociais*"¹⁷, esta criança, e conseqüentemente este adolescente, terá sérias deturpações na formação de sua identidade, formando um autoconceito frágil, que retardará ou fragilizará ainda mais seu estágio de autonomia.

A redução da menoridade penal pressupõe que o adolescente será julgado pelos mesmos parâmetros e receberá o mesmo tipo de sanção, inclusive a mais difundida: a privação de liberdade. Embora o adolescente de hoje disponha de um número bem maior de informação que o adolescente de 1940, quando a idade penal de dezoito anos foi fixada, essa informação não pôde ser utilizada em benefício moral do jovem e tampouco foi este o critério, o do discernimento, que fundamentou a fixação desta idade. O que se verifica na realidade é que o que chamamos de informação são noções vagas e desorganizadas passadas pela mídia, com um posicionamento parcializante e um conteúdo moral completamente falho ou deturpado. A mídia não contribuiu com a educação dos adolescentes como se diz. No máximo introduziu-os a temas como sexo e violência, banalizando-os. Os programas "educativos" não constituem um contrapeso, pois são praticamente inacessíveis, seja pelo horário, seja pelo formato,

A mídia passa outros tipos de modelo. Ela é essencialmente comercial e difundiu em desejo e idéia uma felicidade consumista nem sempre alcançável na prática. O apelo sutil e bem elaborado da propaganda muitas vezes aumenta o sentimento de exclusão social pela exclusão econômica, e, portanto, o sentimento de frustração. O adolescente, um ser em eterna busca por aceitação, pois ainda não delimitou sua identidade, é reconhecidamente o mercado mais lucrativo, pois é o mais sensível a estes apelos. Esta fase, como muito bem perceberam os legisladores de 1940 e de 1988, deve ser protegida porque o sujeito está no delicado processo de individuação. Ele deve possuir modelos estáveis, deve ter condições propícias para a

¹⁷ Roland Doron; Françoise Parot, ob. Cit., p.403. grifo nosso.

correção de deformações ocorridas no primeiro processo de individuação. Nesse momento é preciso que sejam reforçados os valores socialmente corretos.

Com uma nova redução da minoridade estaremos colocando a nova identidade do indivíduo em alto risco. Se o sujeito, no momento em que está redefinindo valores e ainda não possui autonomia, é posto em um ambiente incomparavelmente mais prejudicial do que aquele que o tornou infrator, estaremos dificultando de forma quase incontornável sua ressocialização. Sem educação, sem experiência profissional que garanta sua mínima sobrevivência ao sair da prisão, e tendo formado sua personalidade em meio a um ambiente tremendamente inóspito a ele mesmo e a qualquer valor social, é muito provável que este adolescente, ao sair adulto, prossiga na delinquência para sobreviver e por falta de opção.

Infelizmente, as teorias que preconizavam a influência do ambiente na formação da personalidade, à força de sucessivas interpretações deturpadas, deram margem para generalizações racial e socialmente preconceituosas. No combate ao preconceito houve prejuízo para a aceitação da teoria. Geralmente são dados dois exemplos que parecem desmentir a tese de que o ambiente seja tão importante na formação da personalidade do indivíduo (teoria ecológica). O primeiro deles é de que num meio extremamente propício à delinquência juvenil, muitos adolescentes mantêm sua conduta ilibada, e o segundo é que num meio pouquíssimo propício, o adolescente eventualmente revela-se um delinqüente perigoso. Existe um erro fundamental neste raciocínio, que é o de reduzir o ambiente à classe social do indivíduo. Embora que num país de diferenças sociais abissais como o nosso a pobreza seja um elemento potencializador da criminalidade, não é de maneira nenhuma o único fator determinante.

No primeiro caso, o do ambiente considerado propício à formação de um criminoso, tem-se um meio de extrema pobreza e de convivência estreita com atividades criminosas, mas o *jovem* mantém uma conduta "*dentro dos princípios morais*". Nesse caso geralmente existe um adulto que possua laços afetivos com o *jovem* e que lhe serve de modelo: um professor, um tio, um amigo mais *velho*, etc. Alguém que possua ascendência sobre ele, e durante a fase da heteronomia (estágio convencional), possa passar os *valores* socialmente aceitos como corretos.

No segundo caso, considerar-se-ia que o ambiente menos propício ao *desenvolvimento* de um adolescente seria onde não há privações materiais - classes média e alta. Verifica-se aí uma ausência de modelo. Os pais nem sempre podem ficar com os *jovens*, e ao *invés* de serem substituídos por outros modelos de autoridade, como parentes, são substituídos por babás ou empregados, que por estarem geralmente subordinados ao adolescente, não podem impor-lhe limites, criando um hábito de tolerância e impunidade dentro do lar que o *jovem* tende a reproduzir no grupo social mais amplo. Tenta-se mostrar assim que o ambiente não é tão-somente a classe social, mas os elementos que permitem ao indivíduo estabelecer contato com a realidade e posicionar-se nela, tais como a existência de uma autoridade que possa ditar normas em concordância com as normas sociais, sem sufocar o nascimento de uma identidade própria.

Portanto, já não se pode defender nenhuma espécie de "determinismo social" e colocar que a causa de todo e qualquer crime é unicamente a pobreza ou algum outro problema social, encontrando-se, portanto, sempre fora do criminoso. Aceitar este raciocínio é defender, como bem assevera o jurista Emilio Garcia Mendez, insigne estudioso do assunto, l'm "paternalismo ingênuo", que tende a subtrair a responsabilidade dos *jovens* infratores com a patologização de suas condutas. Como resultado surge a postura *cúmplice da marginalidade*, que "*se manifesta de forma difusa*

*no comportamento de educadores e outros técnicos, que tendem a reverter de uma profunda deslegitimação todas as formas de resposta institucional ao delito juvenil independente do seu conteúdo concreto*¹⁸”.

Mas, por outro lado, é uma irresponsabilidade enorme empreender o chamado "retribucionismo hipócrita"¹⁹, ou seja, promover o endurecimento penal como "resposta" às infrações, retribucionismo este

que se ergue baseado na concepção de que o crime é sempre uma simples escolha moral do infrator, que, entendido então como um "mau elemento", merece ser castigado e punido com rigor máximo pela sociedade. Estas "respostas" têm um efeito funesto, sem que possuam qualquer perspectiva de recuperação do infrator, aumentando a tensão nos conflitos sociais, já que não consideram a realidade social e a multiplicidade de fatores que estão em jogo. A Ciência moderna, em especial a Psicologia e a Criminologia, já tem dado evidências suficientemente fortes da incontestável relação entre as desigualdades sociais e o aparecimento do crime.

*"A situação dos adolescentes autores de atos infracionais no Brasil é reflexo da desestruturação social em que a criança e o adolescente em situação de indigência são levadas às mais variadas e divergentes estratégias de sobrevivência, culminando na autoria de crimes e contravenções, tornandoos usuários do sistema de atendimento do menor infrator"*²⁰.

Uma análise cuidadosa de levantamentos realizados em agosto de 1997 em todas as unidades federadas confirma o peso dos problemas sociais sobre a questão. As estatísticas referentes ao grau de instrução, por exemplo, mostram que 53,09% dos adolescentes que cometeram atos infracionais naquele mês tinham, no máximo, a 4ª série do primeiro grau completa. Estendendo-se os dados para também as faixas que **compreendem os adolescentes que completaram da 5ª à 8ª série**, os números saltam para 91,13%. Em suma, tem-se que menos de 9% dos, menores infratores têm o primeiro grau completo²¹. Verifica-se então que **o problema da criminalidade juvenil possui raízes estruturais, muito mais profundas do que a suposta, e inverossímil, tolerância do sistema penal.**

2.3 A real dimensão da criminalidade juvenil e a legislação comparada

As estatísticas também desmentem totalmente a suposição de que ' menores estariam liderando uma onda de violência no país e saindo impunes. Dados demonstram que, do total de crimes praticados do país apenas 10% são de autoria de

¹⁸ Emílio Garcia Mendez, ob. cit., p. 209. ¹⁹ Ob. cit., p. 209.

¹⁹ Ob. Cit., p. 209.

²⁰ Fórum de Dirigentes Governamentais de Entidades Executoras da Política ,I., Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (FONACRIAD). Sistema de atendimento sócio-educativo ao adolescente Infrator. FONACRIAD, agosto, 1997.

²¹ FONACRIAD, Sistema de atendimento sócio-educativo ao adolescente Infrator, agosto de 1997.

menores²².

Não obstante esse fato, dados do Fórum de Dirigente Governamentais de Entidades Executoras da Política de Promoção Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (FONACRIAD) publicados em agosto de 1997, colocam que apenas 8,46% do total d infrações praticadas por menores são contra a vida. Na maior parte do casos são infrações con'tra o patrimônio - 73,8%, que incluem furto (50%); roubo e extorsão (45%); usurpação, dano e propriedade indébita, entre outros (4,6%)²³. Demonstra-se que além de representar uma baixa porcentagem no plano geral, as infrações praticadas por menores constituem principalmente crimes contra o patrimônio, principalmente furtos, que não são crimes violentos.

Alguns, entretanto, consideram os citados números, mas acreditam que o problema está na "impunidade" dos menores infratores, pois se alimenta a falsa idéia de que em países desenvolvidos não se leva em conta a idade do individuo que pratica o delito.

Na verdade, países apresentando melhores índices sociais possuem idades para imputabilidade penal mais altas, exemplo da Suécia e do Chile, em que a idade escolhida foi aos 21 anos [RTdM1]. Já o Haiti estipulou sua idade para imputabilidade penal aos 14 anos. No Seminário das Nações Unidas sobre o Bem-Estar Social (Paris, 1949), expressou-se que *"nos países europeus, ou ao menos em países de civilização ocidental, é desejável que, para efeitos penais, a idade de responsabilidade não seja fixada abaixo dos dezoito anos"* ²⁴. Seguindo as orientações desta convenção, 55% dos países fixaram a imputabilidade penal aos dezoito anos, sendo esta a média nos Estados Unidos, América Latina e Europa. Em contrapartida, somente 13% estabeleceram dezesseis anos para a imputabilidade penal²⁵. Portanto, nossa legislação não se revela branda ou dura demais em relação a outros países, mas adequada a um contexto social, econômico e cultural próprio.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além das diversas razões ponderadas, pelas quais o art. 228 não deve ser reformado, há também limitações formais que impedem sua modificação. Como exposto, o art. 228 tem como objetivo, com base na doutrina da proteção integral, assegurar direitos dos mais elementares, impedindo que os menores de dezoito anos sejam privados das mínimas condições para uma boa formação de sua personalidade, considerando a condição de pessoa em desenvolvimento e *"antevendo talvez os movimentos emocionais decorrentes do aumento das taxas de criminalidade"*²⁶.

Desta forma, constitui-se ele numa das garantias pessoais de

²² Revista Igualdade, Livro 2, do Centro de apoio Operacional das Promotorias da Criança e do adolescente, Curitiba, janeiro/março, 1994, p. 55, apud Rolf Koerner Júnior, ob.cit, p. 111.

²³ FONACRIAD, Sistema de atendimento sócio-educativo ao adolescente infrator. FONACRIAD, agosto, 1997.

²⁴ Cesar Barros Leal, "A delinqüência juvenil, nos seus fatores exógenos e prevenção" apud Amaral e Silva, ob. cit. p. 10.

²⁵ Ob, cit, p. 10

²⁶ Hélio Bicudo, "A responsabilidade Penal da Criança e do jovem". Folha de São Paulo, ed. De 26 de jul]nho de 1995 apud Rolf Koerner Junior, ob. cit., p. 147.

natureza análoga²⁷, já que estas abrangem as disposições que não estão no art. 5º, “no catálogo dos direitos, liberdades e garantias”, mas que “beneficiam de um regime jurídico constitucional idêntico aos destes”²⁸.

Logo, conforme o que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da CF, tem-se que o art. 228 está fora do alcance de qualquer Emenda Constitucional: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) os direitos e garantias individuais”. A imputabilidade aos dezoito anos é clausula pétrea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DORON, R.; PAROT, F. Dicionário de Psicologia. São Paulo: Ática, 1998.

FONACRIAD; VOLPI, Mario (org.). Adolescentes privados de liberdade: a normativa Nacional e Internacional & Reflexões sobre a responsabilidade penal dos adolescentes. São Paulo: Cortez, 1997.

FONACRIAD. O sistema de atendimento sócio-educativo ao adolescente 1111/,1101 FONACRIAD, agosto, 1997.

GOIÁS, J.; SILVA, A.; CURY, M.; PINOTI, A.J. Inimputabilidade não é impunidade. in SUBSÍDIO: texto para reflexão e estudo do INESC, ano 3, nº 24, Brasília: junho, 1995

LIBERATI, W.D. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDEZ, Emilio Garcia. Adolescentes em conflito com a lei (segurança cidadã e direitos fundamentais). in Revista da ESMape, v. III, n. 7. Recife: jan/jun, 1998.

VASCONCELOS, Hélio Xavier de. Inimputabilidade sim, impunidade não. Texto gentilmente fornecido pelo autor.

WINNICOTT, D. W. A família e o desenvolvimento do indivíduo. Belo Horizonte: Interlivros, 1980.

²⁷ O art. 228 situa-se no Capítulo VII, do Título VIII da Carta Magna. Porém, é de natureza análoga aos Direitos e Garantias Fundamentais contidos no art. 5º, Capítulo I, do Título II.

²⁸ J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p. 529 apud Rolf Koerner Junior, ob. Cit. P. 153.

DIREITO ADQUIRIDO OU EXPECTATIVA DE DIREITO?

Aplicação em um caso concreto.

Claudemir J. Silva

Acadêmico do 6º Período do Curso de Direito - UFRN

"A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano. O homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não pudesse se julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada." (Portalis)

INTRODUÇÃO

Uma lei pode projetar seus efeitos em situações verificadas antes do início de sua vigência? Um fato que começou a ser realizado sob a égide da lei antiga, mas consumou-se sob o reinado da lei nova, deve ser regido por qual diploma normativo? Qual lei deve ser aplicada em uma situação de fato, quando esta se constituiu sob o império da lei antiga, e permanece constituída projetando seus efeitos durante o período em que vige a lei nova?

Quem busca respostas a estas questões é o direito intertemporal. Segundo Carlos Maximiliano¹. "O direito Intertemporal fixa o império de duas normas que se seguem reciprocamente. Em suma: tem por objeto determinar os limites do domínio de cada uma dentre duas disposições jurídicas consecutivas sobre o mesmo assunto ...".

Tema bastante polêmico - que mereceu profundas análises dos mais renomados juristas como Roubier, Gabba, Lassale, Jéze, Clóvis Beviláqua, Limongi França, entre outros -, a intertemporalidade de leis não é de simples compreensão, tendo em vista a tênue distinção entre direito adquirido e expectativa de direito.

Este trabalho pretende trazer a discussão teórica da intertemporalidade para um caso concreto que ocorre na seara da Justiça Federal. Não analisaremos neste estudo os pressupostos processuais, as condições da ação e suas nulidades, mas tão somente o mérito da questão do caso sob análise.

¹ *In Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*, 1946, p. 8.

2 - DO CASO EM DISCUSSÃO

A lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, em seu artigo 16, inciso IV, facultava ao beneficiário do Regime Geral de Previdência Social que designasse como seu dependente uma pessoa, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida, desde que comprovada a dependência econômica. Ocorre que, em 28 de abril de 1995, entrou em vigor a Lei nº 9.032, que revogou, expressamente, no seu artigo 8.º, IV, o disposto no artigo 16, da Lei nº 8.213/91, extinguindo a figura do dependente designado.

No regime anterior à Lei nº 9.032/95, o dependente, ainda que designado, fazia jus à sucessão previdenciária, o que não foi contemplado nesta nova Lei, provocando uma corrida à guarida jurisdicional do Estado, a fim de preservar o direito daqueles dependentes designados antes do advento da Lei nº 9.032/95.

É esta exatamente a questão a ser debatida neste trabalho: com a morte do beneficiário, na vigência da nova Lei, o dependente designado antes da lei nº 9.032/95, tem direito adquirido à sucessão previdenciária, ou teria apenas expectativa de direito, já que a morte do titular do benefício ocorreu depois da *lex nova*, que extinguiu a figura do dependente designado?

3 - A TEORIA DOS "DIREITOS ADQUIRIDOS"

Derivado de *acquisitus*, do verbo latino *acquírere* (adquirir, alcançar, obter), adquirido quer dizer obtido, já conseguido, incorporado.

Surgindo embrionariamente durante a Idade Média, a denominada "teoria dos direitos adquiridos" ganhou ampla defesa durante a fase científica do estudo da intertemporalidade jurídica, por todos aqueles que vislumbravam, no processo de aquisição de direitos subjetivos, o fenômeno capaz de definir a adequada solução dos problemas nascidos neste particular campo da vida jurídica.

De forma sintética, poderíamos dizer que os defensores desta corrente têm, como alicerce de todas suas reflexões, a idéia de que as novas leis não devem retroagir sobre aqueles direitos subjetivos que sejam considerados juridicamente como adquiridos pelo seu titular. Ou em outras palavras: ao ver destes, a questão da irretroatividade das leis tem assento na premissa fundamental que afirma a impossibilidade de uma lei vir a desrespeitar "direitos adquiridos" sob o domínio de sua antecedente.

3.1 - A teoria de Gabba

Dentre os modernos estudiosos do Direito Intertemporal, indubitavelmente que o patamar mais elevado do processo evolutivo da teoria dos direitos adquiridos foi alcançado por Gabba, na sua magnífica obra *Teoria della Retroattività delle Leggi*. Para o mestre italiano, o princípio da não retroatividade das leis deveria ser resumido na idéia de que as Leis não podem ser retroativas de forma a propiciar a violação de direitos adquiridos. O desrespeito a estes implicaria a existência de uma retroatividade "injusta", sendo, por conseguinte, "justa" qualquer outra forma de ação retroativa da lei nova sobre fatos ou relações antecedentes.

Afirmou ser adquirido "todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-la, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi realizado, embora a ocasião de fazê-la valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito; e que b) nos termos da lei, sob cujo império se estabeleceu o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu"².

Para Gabba, o direito adquirido só se pode configurar diante de uma lei nova, desde que esta se refira a matéria efetivamente regulada pela legislação antecedente. Isto porque "não pode um cidadão racionalmente pretender que, por não ter estado vinculada até o momento a sua liberdade em um dado assunto, não o deva igualmente ser no futuro, alegando um pretense direito de liberdade, que teria o seu fundamento apenas no não haver a lei até o momento considerado aquela matéria, nem explicitamente nem implicitamente, nem diretamente nem indiretamente"³.

Para o autor da *Teoria della Retroattività delle Leggi*, para que um direito seja considerado adquirido, não basta que seja concreto, isto é verificado relativamente ao indivíduo em virtude de um fato idôneo, é também indispensável que se tivesse tornado elemento ou parte do patrimônio individual.

O direito adquirido é "individual" não apenas no sentido de que pertence a um indivíduo, mais ainda no sentido de que este se liga diretamente com a individualidade, com caracteres próprios e distintivos, Insta. Nesta medida, contra as leis "elementares ou fundamentais" (isto é, as leis que regulam o Estado, a condição pessoal dos indivíduos e a condição jurídica das coisas e direitos dos quais estas podem ser objeto), não se poderiam conceber "direitos adquiridos", a não ser limitadamente àqueles efeitos positivos que já haviam sido realizados no modo e nas condições estabelecidas.

Na teoria da retroatividade, observa Gabba que os direitos pertencentes aos indivíduos sempre se fariam adquirir mediante "fatos". A lei, ao ver deste, apenas permitiria aos cidadãos a conquista de direito ante a ocorrência de fatos determinados, ou de determinadas configurações de certos fatos. Desta forma, enquanto uma pessoa não pudesse demonstrar que a hipótese legal se verificou em seu favor, o que existiria seria apenas uma mera "possibilidade" de direito, mas não direito concreto, e muito menos direito adquirido.

São, para Gabba, requisitos essenciais dos fatos aquisitivos:

a) que os fatos aquisitivos sejam realizados (*siano compiuti*);

b) que sejam postos em ação (*posti in essere*) em tempo idôneo.

c) que aquele que destes pretende valer-se, tenha capacidade prescrita em lei;

d) que tenham sido observadas as formalidades prescritas em lei, sob pena de nulidade⁴.

² *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino, 1891, p. 191 apud José Eduardo M. Cardozo, *Da retroatividade da lei*, p.126.

³ *Teoria della retroattività delle leggi*, p. 206 apud José Eduardo M. Cardozo, *op. Cit.*, p. 129.

⁴ *Teoria della retroattività delle leggi*, p. 227 apud José Eduardo M. Cardozo, *op. cit.*, p. 132.

Assim, os fatos aquisitivos que não completaram seu ciclo de formação não produziram "direitos adquiridos", mas autênticas expectativas de direitos. No que concerne ao "tempo idôneo dos fatos aquisitivos", observa Gabba que estes devem em regra ser posteriores ou ao menos contemporâneos da lei, em face da qual propiciarão a aquisição de um direito. Já quanto às "condições subjetivas das pessoas, pondera o mestre italiano que qualquer pessoa, para vir a adquirir um direito, deve possuir a "capacidade preestabelecida em lei, no tempo por essa indicado". Essa capacidade, que haveria de ser tida como um dos requisitos do próprio fato aquisitivo, compreenderia tanto a capacidade de agir quanto a capacidade de direito. Assim, para fins de aquisição de direitos, a capacidade, seja natural, seja jurídica, de adquirir ou transmitir direitos, "deve ser aquela prescrita pela lei do tempo no qual vem realizado (*posto in essere*) o fato da aquisição ou transmissão".

Considerando as formalidades dos "fatos aquisitivos", afirma Gabba de forma peremptória o princípio de que "as formalidades dos fatos aquisitivos devem ser aquelas estatuídas pela lei vigente ao tempo em que os fatos foram realizados"⁵.

Apesar de ter sido escrita no final do século passado, seja pela notável profundidade de seus estudos, seja pela reconhecida dimensão que estes assumiram no campo do direito intertemporal, ainda hoje, as principais idéias defendidas pelos seguidores da denominada teoria dos direitos adquiridos, podem ser remontadas, na essência, aos minuciosos escritos que integram a afamada *Teoria della retroattività delle leggi*. Os próprios escritores que discordam do Eminentíssimo Professor de Pisa, dentre eles com destaque o italiano Chironi, o alemão Affolter e o francês Roubier, na aplicação de suas teorias, não deixam de basear-se, constantemente, em elementos da doutrina daquele,

3.2 O pensamento de R. Limongi França

Dentre os autores nacionais, Limongi França é um dos mais respeitados na matéria. É interessante observarmos o seu conceito de direito adquirido: "*É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência da Lei nova sobre o mesmo objeto*"⁶.

Justifica o insigne jurista brasileiro a sua fórmula, assinalando, as seguintes circunstâncias: a) ela está rigorosamente de acordo com o conceito legal brasileiro, de direito adquirido; b) abrange todos os elementos do conceito de Gabba; c) preenche as lacunas apontadas pelos críticos do conceito do eminente mestre italiano.

Faz-se mister anotar o conceito de expectativa de direito do mestre Limongi França, para quem "*expectativa é a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico*"⁷. Segundo ele, a diferença entre expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, do fato aquisitivo específico, já configurado por completo.

⁵ *Teoria della retroattività delle leggi*, p. 240 apud José Eduardo M. Cardozo, op. cit., p. 135.

⁶ R. Limongi França. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. p. 231.

⁷ *Ibidem*, p. 234.

4. O DIREITO INTERTEMPORAL NO SISTEMA POSITIVO BRASILEIRO:

A norma retroativa atinge os efeitos de atos jurídicos sob o império da norma revogada, já a norma irretroativa não se aplica a qualquer situação jurídica constituída anteriormente. O direito brasileiro não tomou como princípios absolutos a retroatividade nem a irretroatividade, permitindo que a lei nacional retroaja em alguns casos e em outros não, respeitando sempre o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Segundo Celso Ribeiro Bastos, em seu Comentários à *Constituição Federal de 1988*, "a nossa lei maior, ao contrário do que muitas vezes somos levados a crer, não consagra o princípio da irretroatividade, nem de forma implícita, nem explícita". A leis podem, em princípio, retroagir, deixando resguardadas desta ação todas as realidades mencionadas no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, como também podem, em princípio, não retroagir, deixando a abrigo de uma excepcional ação retroativa estas mesmas realidades. Nada predetermina, pois, a nossa Constituição, acerca desta matéria, exceto no campo penal, onde no inciso XL do artigo 5.º explicitou que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Seguindo a tradição do Direito brasileiro, a Constituição Federal promulgada no dia 5 de outubro de 1988 dedicou regra expressa ao equacionamento genérico da questão relativa ao fenômeno do conflito das leis no tempo. Diz esta, *in verbis*: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", a exemplo do que já haviam feito as cartas de 1934, 1946 e 1967.

O direito adquirido está também consagrado na Lei de Introdução ao Código *Civil* (Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942, com a redação dada pela Lei n. 3.238 de 1 de agosto de 1957):

"Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ao ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possam exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem"

Tanto o legislador, como os magistrados, ou ainda as próprias autoridades administrativas estão vinculados ao princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e á coisa julgada. O único que a tal principio não se vincula, no entender de José Eduardo Martins Cardozo⁸, é o próprio legislador constitucional que por meio de normas portadoras de efeito retroativo, imediato, ou mesmo futuro, poderá expressamente prejudicar direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou a coisa julgada, posicionamento que diverge da opinião de muitos autores, dentre eles, Pontes de Miranda. Mesmo autores que admitem a possibilidade de as emendas possuírem tal poder, fazem ressalvas aos efeitos daí decorrentes, como as que

⁸ Op. cit., p. 324.

se vê do escólio abaixo:

"É cediça (...) na nossa doutrina e jurisprudência a afirmação de que não pode haver direito adquirido contra a Constituição. (...) Não podemos ignorar por igual forma que a própria Constituição assegura o direito adquirido. Para que cessem, portanto, de viger os direitos adquiridos sob o manto da Constituição anterior, é necessário que a própria Lei Fundamental os faça cessar, ou então que suprima todo o instituto no seio do qual o direito adquirido se embutia. Por exemplo: qualquer direito adquirido resultante de um contrato de locação desapareceria diante de uma Constituição que suprimisse o próprio direito de propriedade. Há que se considerar ainda o caso da Emenda Constitucional. A esta, sem dúvida, pela força de que está revestida de norma constitucional, cabe o cassar direitos adquiridos. Mas aplique-se, aqui, o que foi dito com relação à própria Constituição. Não basta, por exemplo, uma emenda que se limite a suprimir o dispositivo constitucional sobre o qual se calcava o portador do direito adquirido.

É da própria essência deste o continuar a produzir efeitos, mesmo depois da revogação da norma sob a qual foi praticado." (Celso Ribeiro Bastos et Ives Gandra da Silva Martins, Comentários à Constituição do Brasil, v. 2, S. Paulo, 1989)

5. DA DISCUSSÃO NA SEARA DA JUSTIÇA FEDERAL

Na Seção Judiciária do Rio Grande do Norte são inúmeros os processos impetrados contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), na maioria ações ordinárias, onde os autores pleiteiam pensão I, do falecimento de segurado da Previdência, quando já em vigor a lei nº 9.032/95, por terem sido designados dependentes sob a égide da lei nº 8.213/91. Argumentam que a lei não pode cassar-lhes direito adquirido antes de sua vigência, por ter-se caracterizado a designação como um ato jurídico perfeito.

Conforme antes registrado, não analisaremos nesse trabalho os pressupostos processuais, as condições da ação e suas nulidades. Pouco importa aqui se a parte autora é capaz ou incapaz, se há necessidade de participação do Ministério Público Federal no feito como custos *legis*, nem tampouco se as provas existentes no processo caracterizam dependência econômica. Não. Não é este o nosso intuito. Esse trabalho visa exclusivamente analisar o mérito da questão, qual seja: os dependentes que foram designados sob a vigência da lei n 8.213/91 têm direito adquirido ao benefício previdenciário ou mera expectativa de direito ao mesmo, se o óbito do beneficiário ocorre quando já predominava a lei n.o 9.032/95?

Em parecer na Ação Ordinária nº 98.3785-3 da 1.^a Vara da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, o Procurador da República Marcelo Navarro Ribeiro Dantas opinou pela procedência da ação:

"8. A designação Da menor como dependente foi feita com base n legislação vigente àquele tempo, constituindo se, por conseguinte, num ato jurídico perfeito" que há de ser respeitado pela lei nova, e face do princípio constitucional do art. 5.º, XXXVI, da Carta Política."

"10. O mesmo dispositivo constitucional linhas atrás mencionado, protege também o direito adquirido, cuja existência in casu

o réu nega veementemente. Acresça-se, então, como rebate ao argumento do réu, que, se o fato gerador do benefício foi a morte do segurado, posterior ao advento da legislação que extinguiu a figura do dependente designado, o fato gerador da condição de beneficiário designado, no entanto, foi o ato de designação, ocorrido antes da modificação legal.

11. Então, a autora tinha e tem direito adquirido à condição de beneficiária, com base nisso, passou a ter expectativa de direito ao benefício, cuja condição se cumpriu, com a morte do segurado de quem era dependente designada, o que lhe carregou inelutavelmente a pensão".

Nesse sentido também é a opinião do Procurador da República Francisco Chaves dos Anjos Neto, ofertando parecer na ação ordinária nº 98.2939-7, da 3.^a Vara da Justiça Federal do Rio Grande do Norte:

"Sob a égide, seja do art. 12, inciso I/, cle o art. 14, § 1.º, ambos do Decreto n.º 83.080/79, seja do art. 16, inciso IV, da Lei n.º 8.213/91, aquela se colocou, definitivamente, na condição de perceber a pensão, a partir da morte do segurado, direito este que se incorporou ao seu patrimônio, não podendo, destarte, ser subtraído pela Lei 9.032/95, que não tem efeitos retrospectivos e, mesmo se o tivesse, não poderia atingir a situação da parte-autora, legalmente salvaguardada pelo art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 e art. 6.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC)".

Em caso similar, o Juiz Federal, da 2.^a Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, Walter Nunes Junior, sentenciou favoravelmente ao autor:

"EMENTA: PENSÃO POR MORTE - MENOR DESIGNADO - LEI 9.032/95 - ATO JURÍDICO PERFEITO DIREITO ADQUIRIDO - PROCEDÊNCIA.

Ocorrendo a inscrição junto à Previdência Social, na condição de menor designado, antes do advento da Lei 9.032, de 1995, ainda que o falecimento do segurado tenha se verificado posterior a essa data, tem-se como devida a concessão da pensão por morte, em obséquio ao direito adquirido.

Procedência. ". (Ação Ordinária 95.0010766-3, DOE 7.3.96)".

Como já dito, este é um caso não completamente pacífico, havendo muitas posições divergentes, como a decisão do Juiz Federal da 4.^a Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, Edilson Pereira Nobre Júnior, nos autos da Ação Ordinária n.º 97.0012612-9:

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. DIREITO ADQUIRIDO. IMPROCEDÊNCIA.

I - Em matéria de direito intertemporal, as pensões são regidas pela lei contemporânea ao óbito, ainda que outra tenha sido a vigente quando da aquisição da qualidade de dependente.

1/ - Pretensão rejeitada pelo Estado-Juiz."

A discussão já alcançou a 2.^a instância do Poder Judiciário Federal, sendo firme a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região no sentido do reconhecimento do direito adquirido dos dependentes designados:

"EMENTA: Previdenciário. Pensão por morte. Dependente designado durante a vigência da lei 8213/91Recebimento do benefício. Direito.

1. Não obstante o advento da Lei 9.032/95, que suprimiu a figura do dependente designado, não há como se negar o direito ora apelante de receber o benefício de pensão por morte, uma vez que sua designação tomou-se perfeita e acabada quando na vigência da lei 8.213/91, que admitia a aludida designação.

2. Assim, mantida a qualidade de dependente e a condição de menor e com advento da morte do instituidor do benefício, possui a autora direito adquirido de ver sua designação reconhecida. Precedente desta corte.

3. Apelação provida. Sentença reformada."

(TRF-5ª Região, Ac 05112796, publ. DJ 20.06.97, pg. 46569)

6 - CONCLUSÃO

Não obstante a complexidade da matéria, por estar diretamente relacionada à própria segurança jurídica, *in casu*, ante o exposto, parece claro tratar-se de uma questão de direito adquirido, posição que se coaduna com as principais teorias sobre o tema e que se consolida na jurisprudência nacional, respeitadas as opiniões em contrário. Senão vejamos.

De acordo com o § 2.º do artigo 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, "Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do 'exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem".

A diferença entre o termo e a condição consiste, efetivamente, em que esta representa um *evento* futuro e incerto, enquanto que o termo se refere a momento futuro e certo.

No caso em que estamos tratando, o começo do exercício do direito ao usufruto da pensão previdenciária pelo dependente designado estava vinculado ao *evento* "morte" do segurado. Seguindo a linha de pensamento do Procurador da República Francisco Chaves dos Anjos parecer *retra* citado, há que se *levar* em conta, para um fato gerador que se vincula ao *evento* "morte", a modalidade de ato jurídico termo.

Termo pode ser definido como instante ou dia certo a partir do qual deve começar ou no qual *deve* extinguir-se a eficácia de um ato jurídico, de acordo com os ensinamentos da professora Maria Helena Diniz, "a morte é sempre certa, a data em que vai ocorrer é que é incerta". (Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 279)

E é a própria Maria Helena Diniz, com a segurança que lhe é peculiar quem esclarece: "O termo inicial (dies a quo) ou suspensivo é o que fixa o momento em que a eficácia do negócio *deve* ter início, retardando o exercício do direito. Assim sendo, o direito a termo, será tido adquirido". (Código Civil Anotado, p. 124)

Resta, para conclusão, afastarmos a possibilidade de expectativa de

direito.

Segundo Limongi França, "*expectativa* é a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico". Para este autor, a diferença entre expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, do fato aquisitivo específico, já configurado por completo.

Relembrando as lições do mestre Gabba, "*as formalidades dos fatos aquisitivos devem ser aquelas estatuídas pela lei vigente ao tempo em que os fatos foram realizados*". Ora, no caso em discussão, o fato aquisitivo específico está na designação do dependente pelo segurado, antes da *vigência* da lei n.º 9.032/95. Se o dependente foi designado antes da *lex nova*, constituiu-se um ato jurídico perfeito, que é uma das causas da configuração do direito adquirido. Se não o foi, o fato aquisitivo específico (a designação) ficou pendente, trata-se de *expectativa* de direito.

Portanto, *data vênia*, se o dependente foi designado pelo segurado, antes da *vigência* da lei n.º 9.032/95, respeitadas as formalidades estatuídas pela lei 8.213/91, o fato aquisitivo específico restou configurado por completo, tornando o designado, definitivamente, na condição de perceber a pensão, a partir da morte do segurado. Direito este que se incorporou ao seu patrimônio, caracterizando direito adquirido à sucessão previdenciária, ainda que o óbito do segurado tenha ocorrido após a entrada em *vigor* da *nova* lei.

Estamos, sem *dúvida*, diante de uma das mais acaloradas e instigantes discussões do mundo jurídico e que somente será definida quando da *apreciação* pelo Supremo Tribunal Federal, o que ainda não ocorreu.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de direito constitucional. 19. Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro et.MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentário, à Constituição do Brasil. V.2, São Paulo: Saraiva, 1989.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Da irretroatividade da lei. São Paul Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996. -----. Curso de direito civil brasileiro. 1º vol., 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

Enciclopédia Saraiva do Direito / coord. do professor R. Limongi França VaI. 25. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRANÇA, R. Limongi. A irretroatividade das leis e o direito adquirido São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

MAXIMILIANO, Carlos. Direito íntertemporal ou teoria da retroatividade das leis. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

- Pareceres do Ministério Público Federal

Francisco Chaves dos Anjos Neto. Procurador da República. Ação

ordinária nº 98.0002939-7, da 3.^a Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas. Procurador da República. Ação ordinária n.º 98.0003785-3, da 1.^a Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

O PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE NA AÇÃO PENAL CONTRA PESSOA JURÍDICA: REFLEXÕES ACERCA DE SEU VIGOR

Henry Wagner Vasconcelos de Castro
Acadêmico do 8.º Período do Curso de Direito - UFRN

1 - CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Um dos relevantes desafios arrostados pela Contemporaneidade tem consistido em propiciar o oferecimento de respostas jurídicas adequadas aos novos problemas experienciados pelos homens, defluentes dos crescentes graus de complexidade que têm vindo a caracterizar suas relações nas mais diversas esferas da vivência social (relações produtivas, trabalhistas, de consumo, familiares, etc), matizadas, em concomitância, por um inquietante quebrantamento dos paradigmas éticos outrora consolidados.

Nesse contexto, a temática relativa aos impactos ambientais exercidos pelo desempenho do prevaecente modo de produção tem recebido especial enfoque na pauta das preocupações internacionais, firmando-se os participantes de sua abordagem, o mais das vezes, na constatação de que o desenvolvimento econômico e social, decerto imprescindível à civilização pós-moderna, está sendo alcançado à custa de inconseqüente e, alguns casos, irreversível degradação dos recursos naturais, com acentuada mitigação da qualidade de vida em diversas localidades do planeta.

No Brasil, na esteira da conjuntura em descortino, adveio a Lei nº 9.605, de 13 de fevereiro de 1998, a qual, cominando sanções penais à promoção de atividades lesivas ao meio ambiente por pessoas jurídicas, veio a introduzir no ordenamento jurídico pátria - em cisma à assentada orientação doutrinária preconizadora do princípio *societas delinquere non potest* - a responsabilidade penal dos especificados entes¹. Com efeito, tergiversando em torno da principiologia norteadora do Direito Penal em matéria de aferição da culpabilidade, consignou o legislador no texto do artigo 3º, *caput*, do supracitado instrumento normativo:

"Art. 30. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa,

¹ Elucidativa quanto à orientação excludente da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é a lição de CEZAR ROBERTO BITENCOURT, nestas illocações: "A conduta (ação ou omissão), pedra angular da Teoria Geral do Direito Penal, é produto essencialmente do homem. A doutrina, quase à unanimidade, repudia a hipótese de a conduta ser atribuída à pessoa jurídica. Nesse sentido, também é o entendimento atual de Muñoz Conde, para quem "A capacidade de ação, de culpabilidade e de pena exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que não pode ser atribuída à pessoa jurídica, mero ente fictício ao qual o Direito atribui capacidade para outros fins distintos dos penais" (Bitencourt, Boletim IBCCrim, abril/1998, p. 7).

civil penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

Todavia, não obstante o esforço do legislador no sentido de, em recurso a soluções de natureza penal, melhor coibir atividades lesivas ao meio ambiente promovidas por pessoas jurídicas, tem-se trazido a cobro da inteligência dos juristas, por outro turno, em virtude da inovação engendrada em nosso Direito pela Lei nº 9.605/98 (designada "Lei de Crimes Ambientais"), cuidados concernentes à necessidade de viabilizar respostas jurídicas impeditivas da eventual instrumentalização de entidades coletivas por componentes que, movidos pela ciência de autonomia entre suas próprias pessoas e aquelas primeiras, venham a estabelecer estas como estratégias à consecução de fins ilícitos, com repercussões ambientalmente danosas, porém de maneira segura às suas respectivas liberdades individuais. Nesses termos, antepõe-se aos penalistas e processualistas brasileiros indagação referente ao modo; como embarçar o impune manejo da estrutura de entidades coletivas por membros seus com vistas à realização de fins penalmente ilícitos, questão cujo grau de dificuldade revela-se especialmente acentuado, em razão da exigência de que a solução porventura alcançada não importe incongruente renúncia às diretrizes científicas atinentes à distinção existencial firmada entre as pessoas jurídicas e seus integrantes².

Nesta oportunidade, mediante a análise das ingerências exercidas pelo princípio da indivisibilidade da ação penal sobre as demandas criminais promovidas contra pessoas jurídicas - no Direito pátrio, sempre privativas do Ministério Público e apenas viáveis em face da ocorrência de crimes definidos como ambientais - objetiva-se, em perscrutação à própria sistemática da Ciência Processual Penal, apresentar contribuição ao entendimento e desenlace do problema que: ora trazemos à ponderação. Para tanto, examinar-se-á a função reitoral exercida pelo princípio da obrigatoriedade em torno da ordenação dos concernentes à ação penal de iniciativa pública, perseguindo trazer a lume a inferência de sobre ela também vigorar o princípio da indivisibilidade, embora tradicionalmente adstrito à ação penal de iniciativa privada. Ademais, uma vez demonstrada a heteronomia do Princípio da Indivisibilidade no campo de disciplina da ação penal própria do Ministério Público, trar-se-á à abordagem o especial vigor por si **assumido**, em juízo de admissibilidade, no tocante às demandas propostas contra pessoas jurídicas, concluindo pela necessidade de as correspondentes denúncias alcançarem, peremptoriamente, os referidos entes e as pessoas naturais responsáveis pelo direcionamento de suas atividades, sob a ilação de inépcia.

2. O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE: FUNÇÃO SISTEMATIZADORA

A título de estabelecimento dos primeiros marcos teóricos orientadores do presente estudo, faz-se relevante fomentar algumas reflexões acerca do princípio da obrigatoriedade, arrostando-lhe o sentido e a função sistematizadora exercida sobre institutos do ordenamento jurídico processual pátrio pertinentes à ação penal de

² Realmente, a independência entre os sócios ou associados e as pessoas jurídicas por si compostas encontra legal substrato na Parte Geral do Código Civil, cujo artigo 20, *caput*, preceitua: "As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros".

iniciativa pública.

Deveras, conquanto temperado pelo princípio da insignificância e pelas categorias da composição e da transação - alçadas à importância de direitos públicos subjetivos dos acusados pela prática de crimes definidos como de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, artigos 61, 72, 74 e 76) -, vigora no sistema do Direito Processual Penal brasileiro, quanto à disciplina da ação de ajuizamento privativo do Ministério Público, o princípio da obrigatoriedade, inferido da dicção do artigo 24 do Código de Processo Penal³.

Supedaneado na premissa consoante a qual os delitos não podem ficar impunes, o princípio da obrigatoriedade - por alguns doutrinadores também designado princípio da legalidade, a exemplo de JOSÉ FREDERICO MARQUES⁴ e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO⁵ - importa aos responsáveis pela persecução criminal estatal óbice quanto ao desempenho de juízo de discricionariedade, fundado em parâmetros de conveniência e oportunidade, de modo que, uma vez constatada a ocorrência de fato em tese típico e a cuja apuração haja reservado o legislador a ação penal de iniciativa pública, devam a autoridade policial e o Ministério Público, respectivamente, instaurar procedimento inquisitivo e propor a referida ação.

A valer, a despeito da ressalva existente quanto ao acim exposto, atinente às formas diversas como o princípio em consideração vem a determinar a atuação das autoridades policiais e do Ministério Público em face dos eventos delitivos, de maneira tal a não obstruir este último a viabilidade de valoração acerca da culpabilidade do indivíduos em torno dos quais hajam se reunido razoáveis indícios de autoria, decerto permissível não é ao Ministério Público, quando não cabalmente convencido a respeito da inocência ou de alguma causa extintiva da punibilidade em cada caso específico, negligenciar propositura da respectiva demanda penal. Trata-se, com efeito, de conclusão substantiada no divulgado princípio *in dubio pro societatem* uma das mais significativas projeções lógicas do princípio da obrigatoriedade.

Sobremodo, o princípio da obrigatoriedade, em contraste a princípio da oportunidade regente da ação penal de iniciativa privada revela-se, com todos os seus consectários, como aquele que melhor coaduna-se aos interesses de política criminal estatal, pois o combate criminalidade enquanto fenômeno social, segundo palavras do processualista italiano FRANCESCO CARNELUTTI, referenciadas por FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO⁶, é matéria de interesse público (*interest rei publicae*), preponderantemente. Assim, também em atenção a essas razões, dispondo de elementos concernentes à materialidade de fato cuja persecução criminal seja-lhe privativa e de ponderáveis indícios quanto à autoria, fatores estes mínimos designativo de justa causa à propositura da ação penal, deverá o Ministério Público, em regra, ajuizá-la.

³ Impera o citado dispositivo: "Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-la".

⁴ Marques, 1966, v. 3, p. 376-377.

⁵ Tourinho Filho, 1995, v. 1, p. 40-43.

⁶ *Ibidem*, idem, p.294

Feitas essas necessárias considerações preliminares a respeito dos elásticos substanciais assumidos pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública no ordenamento jurídico brasileiro tem-se a possibilidade de a contento discernir a função reitoria por aquela exercida no que tange à sistematização de institutos outros concernente à citada ação.

Em verdade, a manifesta ou tácita consagração normativa de determinado instituto jurídico vem a apresentar como norma consequência a adoção de institutos outros compreendidos como úteis ou necessários à operacionalidade daquele primeiro, recurso que também de forma expressa ou implícita ocorre. Trata-se de fenômeno inafastável no que tange aos princípios do Direito, mormente na esfera do processo, por força de sua essencial instrumentalidade.

De fato, constitui-se o princípio da obrigatoriedade em instituto que desempenha, na esteira do acima esclarecido, relação dialética com diversos outros princípios referentes à disciplina jurídica da ação penal de iniciativa exclusiva do Ministério Público, significando que, em paralelo à circunstância de estabelecer-se aquele primeiro como proposição reitoria sobre a qual está alicerçada a heteronomia dos demais princípios pertinentes ao sistema normativo da mencionada ação, estes últimos, por seu turno, funcionam como fatores de determinação do sentido, da amplitude e da viabilidade do próprio princípio que se lhes põe à base.

Pertilhando a mesma ordem de idéias em torno da posição fundamental ocupada pelo princípio da obrigatoriedade em face dos demais institutos jurídicos componentes do sistema regulador da ação penal de iniciativa pública, doutrina com percuciência AFRANIO SILVA JARDIM:

"Se os institutos jurídicos são a união sistemática dos princípios que regulam uma determinada relação de normas, consoante ensinamento do Prof Heleno Fragoso já exposto, fica evidente que a intensidade, exclusividade ou predominância de um princípio fundamental vai dar a tais institutos ou categorias jurídicas um colorido todo especial, influenciando, por vezes na sua própria existência. Este aspecto deve ficar bem claro no capítulo posterior, onde procuraremos mostrar o funcionamento sistemático de certos institutos processuais a partir do princípio da obrigatoriedade, que passa a funcionar para nós como um verdadeiro pólo metodológico da tarefa a ser empreendida"⁷. (grifo não autêntico).

Neste diapasão, têm-se como corolários lógicos e necessários do Princípio da obrigatoriedade os princípios *in dubio pro societatem*, da indisponibilidade ou irrenunciabilidade, da oficialidade e da indivisibilidade, não obstante a persistência de equivocada orientação preconizadora da circunscrição do derradeiro mencionado ao peculiar microsistema da ação penal de iniciativa privada. Adiante, demonstrar-se-ão com maior vagar as afirmações neste interim sustentadas, trazendo a enfoque, em função do objetivo definido ao presente estudo, o liame existente entre os princípios da obrigatoriedade e indivisibilidade.

3. INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA: LÓGICA

⁷JARDIM,1999, p.117-118.

No ordenamento do Direito Processual Penal brasileiro, encontra-se o princípio da indivisibilidade nitidamente preceituado quanto à ação penal de iniciativa privada. Trata-se de inferência sedimentada na exegese dos textos dos artigos 48 e 49 do Código de Processo Penal, exigentes de propositura da queixa - quando atinente a fato criminoso acerca do qual se tenha firmado ao menos a razoável probabilidade de concretização mediante o concurso de pessoas, acompanhada de ciência quanto à identidade destas - contra todos os co-autores e partícipes, de modo a vedar-se ao querelante a imputação da prática do ilícito a somente um ou alguns de seus agentes, sob pena de extinção da punibilidade relativamente a todos estes, mesmo quanto aos querelados, em virtude da extensão conferida aos efeitos da renúncia tácita beneficiadora dos indivíduos não incriminados.

Disposições igualmente claras não existem no Código de Processo Penal sobre a disciplina da ação penal exclusiva do Ministério Público. Dessa forma, guiadas pela hermenêutica da literalidade, a doutrina e a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal⁸, propiciaram o granjeio de expressiva acolhida ao entendimento de inaplicabilidade do princípio da indivisibilidade à ação penal de iniciativa pública. Cuida-se, entretanto, de orientação cujo vigor, hodiernamente, está-se a mitigar, em razão do prisma diverso a partir do qual se tem passado a buscar depreender o princípio em referência, visando-se não mais a teorizá-lo em dissociação às demais categorias participantes da sistemática da Ciência Processual Penal, mas sim com base na compreensão de seu interagir.

No que tange à ação penal de iniciativa pública, deveras, consiste o princípio da indivisibilidade em conseqüência lógica do princípio da obrigatoriedade, em grau sobremaneira acentuado. Porque é forçoso ao Ministério Público, em regra, propor a ação penal a si privativa, não se lhe possibilitando renunciar ao direito de deduzir em Juízo a demanda criminal, basta-lhe ao cumprimento do encargo não apenas a propositura de denúncia em função da ocorrência de fato definido como crime, senão, outrossim, o denunciar a todos os indivíduos em torno dos quais se hajam constituído razoáveis indícios de autoria. Eis o raciocínio a justificar o silêncio legal - apenas aparente, conforme se deduz -, a tornar mesmo absolutamente dispensável a consignação de literal exigência relativa à propositura da ação penal de iniciativa pública contra todos os co-autores e partícipes de infração a que seja aquela reservada.

Neste particular, investe-se o sistema do Código de Processo Penal de incontestável coerência. Verdadeiramente, ao passo que a normatização concernente à ação penal de iniciativa pública coaduna-se, com os temperos já ressaltados, ao princípio da obrigatoriedade, de forma tal a haver se afigurado despiciendo ao legislador prescrever em termos expressos a compulsoriedade do ajuizamento da citada ação em face de todos os indiciados, rege o sistema da ação penal de iniciativa privada o princípio da oportunidade, motivo por que se revelou imperativo ao mesmo legislador claramente o excepcionar, no sentido de estabelecer, em contrapeso à faculdade de

⁸ No Agravo Regimental n.º 99.303-7, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal veio a rejeitar nulidade argüida, com fulcro em argumento assim ementado: "Ação penal pública, Princípio da indivisibilidade (art. 48 do Cód. Prec. Penal). Diz respeito às queixas (em crime de ação privada) e não aos, crimes de ação pública, pois o Ministério Público pode, a qualquer tempo, denunciar os demais autores do crime, quando identificados e localizados" (DJ de 01,02,85) (*Apud* Jardim, 1999, p. 293).

dedução da querela, a insuscetabilidade de o interessado vir a exercê-la de maneira discriminatória.

Realmente, diligenciou o codificador obstar que a ausência de refreamento ao princípio da oportunidade, ensejando a arbitrariedade na instrumentalização da ação penal de iniciativa privada, viesse a dar azo à vindita e a vícios outros contrastantes aos fins colimados pelo ordenamento jurídico ao outorgar aos particulares, em situações determinadas, a legitimação processual penal.

Em corroboração a essas ponderações sobre a integração, conquanto não literal, do princípio da indivisibilidade no sistema normativo atinente à ação penal de iniciativa do Ministério Público, como defluência axiomática do princípio da obrigatoriedade, lecionam, com clareza, HÉLIO TORNAGHI, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO E AFRANIO SILVA JARDIM, respectivamente:

*"Indivisibilidade. A ação é direito de pedir ao Estado que faça justiça, não que seja instrumento de vindita. Entendeu a lei que pedir a punição de uns e não a de outros ofensores não seria solicitar justiça, sim exercer vingança, Estabeleceu, então, a regra da indivisibilidade da ação privada (CPP, art. 48), mercê de preceito expresso, desnecessário ao caso de ação pública, pois que o Ministério Público não pode renunciar ao exercício da ação"*⁹;

*"A ação penal, seja pública ou privada, é indivisível, no sentido de que abrange todos aqueles que cometeram a infração. Quanto à ação privada, há, a respeito, texto expresso (CPP, art. 48). E isto por uma razão muito simples: se a propositura da ação penal constitui um dever, é claro que o Promotor não pode escolher contra quem deva ela ser proposta. Ela deve ser proposta contra todos aqueles que cometeram a infração (nec delicta maneat impunita). (...) Em se tratando de ação privada, porque regida pelo princípio da oportunidade, poderse-ia pensar que a vítima teria o direito de promover a ação penal contra quem quisesse, isto é, poderia escolher dentre os culpados o que deveria ser processado"*¹⁰; e

*"A indivisibilidade da ação penal também é uma consequência, agora necessária, do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública. Na espécie tal consequência se apresenta tão inarredável que não precisou o legislador explicitar o princípio da indivisibilidade da ação penal pública. Já na ação penal de iniciativa privada, tendo em vista o princípio da oportunidade, impunha-se ao legislador regular a matéria do art. 48 do Código de Processo Penal. Caso contrário, em sendo a ação privada uma faculdade, o querelante poderia exercitá-la contra qualquer dos autores da infração penal ao seu talante"*¹¹.

⁹ Tornaghi, 1995, v. 1, p. 65.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 296. 11

¹¹ *Op. cit.*, p. 116.

Em desfecho a estas colocações em torno da heteronomia do princípio da indivisibilidade sobre a ação penal de iniciativa pública, *convém* precisar que, a despeito de o referido princípio aplicar-se a todas às ações penais, diversidade há quanto às suas repercussões conforme se esteja a tratar, em cada caso concreto, de ação penal de promoção exclusiva pelo Ministério Público ou de ação penal de iniciativa privada. No que tange a esta, tem-se, como conseqüência da não-propositura de queixa contra a totalidade dos indivíduos em torno dos quais existam indícios bastantes de autoria ou participação em delito, a extensão dos efeitos jurídicos da renúncia tácita beneficiadora dos indiciados não incriminados àqueles que o hajam sido, com a extinção da punibilidade de todos os possíveis agentes, indiferentemente. A respeito da ação de iniciativa pública, pelo contrário, o não-ajuizamento de denúncia contra a integralidade dos prováveis concorrentes, seguida pela aquiescência judicial, importa mero arquivamento tácito em face das pessoas não denunciadas, de maneira a subsistir a possibilidade de vir a ser proposta a demanda penal contra aquelas, desde que *novos elementos* probatórios, no entanto, surjam (Súmula nº 524 do Supremo Tribunal Federal¹²).

Nesses termos, oportuniza-se harmonização sistêmica do Princípio da indivisibilidade a ambos os distintos princípios da oportunidade e da obrigatoriedade. Faz-se mister, a seguir, secundando as idéias então alinhadas, abordar os aspectos que, em juízo de admissibilidade, realçam o vigor do princípio da indivisibilidade da ação penal, quando mediante ela venha a ser formulada acusação contra pessoa jurídica.

4. AÇÃO PENAL CONTRA PESSOA JURÍDICA: REALCE À INDIVISIBILIDADE

É cediço na Ciência Jurídica - de conformidade às contyribuições doutrinárias prestadas pelo gênio do institucionalismo de MAURICE HAURIOU¹³, GEORGES RÉNARD¹⁴ e GASTON MORIN¹⁵ cuja influência faz-se determinante em todos os quadrantes do Direito - que, a despeito das impropriedades pertinentes à compreensão de pessoa jurídica como mera ficção ou engenho técnico-científico, equivocadamente revela-se, outrossim, o entendimento em cujo sentido venha a elevar-se aquela entidade à categoria de realidade com existência de natureza ontológica,

¹² Enuncia o texto da Súmula n.º 524 do Supremo Tribunal Federal: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas".

¹³ *Précis de droit constitutionnel*, 2. ed., Paris, Sirey, 1929. *Apud* Diniz, 1995, p. 468.

¹⁴ *Lê théorie de l'institution*, Paris, Sirey, 1930. *Apud* Diniz, 1995, p. 468.

¹⁵ *Lê rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif*, Paris, Sirey, 1934. 1/., "II)iniz, 1995, p. 468.

substancial.

Como conquista da Ciência do Direito, a valer, firma-se a percepção segundo a qual, não se constituindo em artifício, nem, por enquanto, em realidade propriamente factual, tangível, a pessoa jurídica, conquanto se posicione como ente distinguível das pessoas de seus membros, não o seja, porém, em essência, senão apenas em finalidade, de modo a categorizar-se, pois, como realidade de natureza estritamente jurídica.

Nesta ordem de raciocínio, não obstante o Direito atribuir à pessoa jurídica, compreendida nos termos acima elucidados, a personalidade permissiva da ampla aquisição de direitos e obrigações a si próprios no contexto social, cumpre ter presente a necessidade de não se oportunizar à inteligência o equívoco da completa dissociação de aquela entidade, enquanto realidade apenas juridicamente depreensível no que tange a seu necessário arcabouço humano, do qual efetiva e inarredavelmente promana o seu atuar.

Com efeito, enquanto existência teleológica, potencializadai pelos fins de entes outros associados com o escopo de viabilização àqueles, não pode ser conduzida a aceitação do atributo de vontade, própria à pessoa jurídica a termos categóricos, excedentes do formal. Precisa-se, em verdade - eis postulação cujo vigor contemporaneamente se acendra, mormente em face do paulatino quebrantamento das recalitrâncias à acolhida da teoria da desconsideração da pessoa jurídica (*entity disregard doctrine*) no plano cível -, não pôr completamente à ilharga de consideração o substrato volitivo propiciado pelos indivíduos componentes da pessoa jurídica e determinante, em última análise, das características e conseqüências do desempenho da entidade.

Propugnando por similar seqüência de pensamentos - em combate à orientação kelseniana que, no contexto de reivindicação de pureza metodológica à Ciência do Direito frente a qualquer interação com aspectos alheios à sua sistemática, conduziu a termos absolutos a teorização da pessoa jurídica como existência estritamente normativa, desprovida de viés com a subjacente realidade humana - pontifica o jusfilósofo MIGUEL REALE:

"Pensamos, todavia, que esse modo de ver, que só considera o aspecto lógico-normativo da questão, põe fora do Direito dois outros aspectos não menos essenciais: o fato de certos homens se congregarem para a realização de um valor ou fim que os inspira e determina. Sem essa base fático-axiológica como seria possível recortar, no sistema universal das normas jurídicas, aquele conjunto considerado referido (imputável) a estes ou àqueles outros indivíduos? Notem os senhores como a teoria tridimensional, superando o normativismo kelseniano, também no tocante à natureza das pessoas jurídicas, ao mesmo tempo que reconhece serem estas 'realidades normativas', não as secciona, mas antes as vincula, necessariamente, aos fatos e valores que são a razão de ser ou o conteúdo daquelas realidades"¹⁶ (grifo não autêntico).

Estabelecidas essas premissas, deflui assentar-se no que atine especificamente à matéria de responsabilização penal de pessoa jurídica, consoante o abaixo dissertado, a necessidade de especiais cautelas quanto à verificação de

¹⁶ Reale, 1995, p. 234.

observância ao princípio da indivisibilidade em ação penal por meio da qual se veicule acusação contra entidade coletiva.

Verdadeiramente, segundo o já explanado, embora o Direito confira à pessoa jurídica existência autônoma em face de seus integrantes (Código Civil, artigo 20), forçoso é reconhecer que o ente em referência sprovado é de corpo físico e de psiquismo exclusivamente seus. Assim, revelando-se o ente coletivo incapaz de desempenho doloso u culposo como resultado de vivacidade psicológica oriunda de sua personalidade singularmente compreendida, realça-se peremptoriamente precisa a perscrutação em torno da participação de seus membros na eventual determinação de atividade penalmente tipificada.

Em outras asserções, entendido que a pessoa jurídica descortina-se inábil ao cometimento de atos delitivos por iniciativa autônoma, apenas o podendo fazer como mecanismo conduzido pela inteligência de outrem, exige-se a não-coarctação da persecução penal à entidade coletiva, de forma tal a serem estendidas as averiguações ao suporte humano da atividade reputada ilícita. Neste sentido, aliás, preceitua o artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 - a pioneira na imputação penal de ente coletivo, gize-se -, que a responsabilidade das pessoas jurídicas pela ocorrência de crimes contra o meio ambiente não tem o condão de excluir a responsabilidade das pessoas físicas autoras, co-autoras ou partícipes no mesmo fato delituoso.

Ainda em respaldo, destaca-se a doutrina de SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA, professor da Universidade de São Paulo e Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em lição neste interim trazida à transcrição:

*"Onde uma entidade jurídica privada for responsável por sério dano ao meio ambiente, mesmo que o dano causado resulte de um ato individual ou de omissão, ou ainda de atos cumulativos e/ou omissões cometidas ao longo do tempo, a imposição de sanções penais contra as entidades jurídicas privadas não deve exonerar de culpa os elementos humanos dessas entidades envolvidos na perpetração de delitos contra o meio ambiente"*¹⁷.

Logo, aferindo-se a insuscetibilidade de afastamento da responsabilidade penal dos componentes de pessoa jurídica pela atividade delituosa à qual porventura guiem aquela, de modo tal a não poderem vir a ser eximidos quanto às cominações legais, dessume-se o especial reforço assim atribuído ao princípio da indivisibilidade da ação penal.

Com efeito, na linha do raciocínio em desenvolvimento, embora efetivo relativamente a todas as demandas penais, sejam de iniciativa privada, sejam de promoção exclusiva pelo Ministério Público, o princípio da indivisibilidade ainda mais vigoroso descortina-se em se tratando de ação penal de iniciativa pública ajuizada contra pessoa jurídica, porque às injunções científicas do princípio reitor da obrigatoriedade incrementase, em particular, o próprio senso do concreto, consubstanciado na percepção dos insuperáveis vieses estabelecidos entre as atividades do ente coletivo e os desígnios de seus integrantes. Firma-se, a uma oração, a inferência de não haver como ser denunciada pessoa jurídica pela ocorrência de delito sem que igualmente o sejam os membros responsáveis pelo norteamo de seu desempenho

¹⁷ Shecaíra, 1998, p. 136.

ilícito.

Portanto, em observância ao princípio da indivisibilidade da ação penal de iniciativa pública, matizado pela elementar inviabilidade de promoção de demanda criminal contra pessoa jurídica sem o concomitante direcionamento da persecução penal aos agentes humanos condutores das atividades daquele primeiro ente, há de se concluir pela inépcia e conseqüente inadmissibilidade de denúncia desatenciosa às deduções expostas, porque nela ausente condição cuja exigência, para o exercício da ação penal, é haurida na sistemática do ordenamento jurídico (Código de Processo Penal, artigo 43, 111, segunda parte¹⁸), de modo a impor-se-lhe a rejeição.

Em assumindo os magistrados a solução ora postulada frente a denúncias marcadas pela impropriedade consistente na só inculpação de pessoas jurídicas cujas atividades hajam dado causa a danos ambientais definidos como criminosos, em cabal omissão relativamente às pessoas de seus membros dirigentes ou responsáveis, estarão a decerto impulsionar o Ministério Público, o *dominus litis* da ação penal de iniciativa pública, a constantes cuidados em torno da averiguação da fonte inteligente determinante das atividades ilícitas impugnadas e, por a estabelecer orientação obstativa da impunidade dos sócios ou associados mentores de aquelas, arditosamente encastelados sob as distintas personalidades das correspondentes entidades dirigidas. Em suma, partindo do basilar senso de não se poder ignorar o fato de sempre haver por trás de uma pessoa jurídica o comando de ao menos uma pessoa física, poderão os magistrados prestar decisiva contribuição a impedir - embora a médio ou longo prazo - que, em seqüência à aplicação de sanção à aparência formal, deixe-se a realidade a livremente operar, encoberta mesmo sob roupagem outra, qual uma nova pessoa jurídica, tão-somente porque provida de novo registro público e cadastro tributário.

5. EPÍLOGO

No presente estudo, está assentado, a título de premissa primária, que o princípio da obrigatoriedade mantém, enquanto pólo metodológico, relação dialética com diversos outros princípios pertinentes à disciplina da ação penal de iniciativa pública, estabelecendo-se como categoria sistematizadora sobre a qual está alicerçado o vigor de aqueles. Nesse exato sentido, tem-se firmada a inferência de promanar a partir do especificado instituto reitor, como conseqüência lógica, a heteronomia do princípio da indivisibilidade no tocante à ação privativa do Ministério Público. Verdadeiramente, convém frisar, porquanto a este imperiosa a propositura de denúncia em razão da ocorrência de fato definido como crime, exige-se-lhe, para o resguardo mesmo da observância à obrigatoriedade da ação penal, o ajuizamento contra todos os indivíduos acerca dos quais existam ponderáveis indícios de autoria.

Ademais, há defendida a tese de que o princípio da indivisibilidade, embora efetivo quanto a todas as demandas penais, quer de iniciativa privada, quer de promoção exclusiva pelo Ministério Público, ainda mais vigoroso descortina-se com referência ao empreendimento de ação penal de iniciativa pública contra pessoa jurídica, porque às esclarecidas injunções científicas do princípio da obrigatoriedade acrescenta-se, de forma peculiar, a própria percepção dos irretorquíveis liames existentes entre as atividades dos entes coletivos e os desideratos de seus respectivos

¹⁸ Prescreve o referido dispositivo: "A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) III - (...) faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal".

integrantes, motivo em função do qual também a estes deve ser dirigida a *persecutio criminis*, sob pena de inépcia da peça acusatória, nos termos preceituados pelo artigo 43, III, 2^a parte, do Código de Processo Penal.

À guisa de desfecho, haure-se das incursões teóricas neste trabalho realizadas, em remate à problemática introdutoriamente trazida à baila, a conclusão de constituir-se a rejeição de, denúncia proposta contra pessoa jurídica, porém desprovida de qualquer incriminação quanto à conduta de agentes humanos em torno dos quais existam indícios de efetiva responsabilidade pelo desempenho societário lesivo ao meio ambiente, em solução que, além de correção técnica, reveste-se da virtude de propender ao robustecimento de orientação obstativa da impunidade de indivíduos cujas expressões volitivas seja determinantes, em verdade, das conseqüências danosas de atividade que, apenas em um plano formal, têm-se como imputáveis aos correspondentes entes administrados.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica à Luz da Constituição Federal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 65, p. 7, ab 1998.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JARDIM, Afranio Silva. Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres. 7, i ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 3.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SHECAIR, A., Sérgio Salomão. A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e o Direito Ambiental. O Novo em Direito Ambiental. Bel Horizonte: Del Rey, 1998.

TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

O TRABALHO DA MULHER FRENTE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A LEI Nº 9.799/99

Jessica Raquel Carvalho Morris
Acadêmica Concluinte do Curso de Direito - UFRN

“A igualdade não é um dado, mas um construído”
Hannah Arendt

1. INTRODUÇÃO

As mulheres brasileiras representam atualmente 40,4% da população economicamente ativa do país. Apesar de nas últimas três décadas ter dobrado sua participação no mercado de trabalho, constata-se grande desequilíbrio nos valores por elas percebidos quando se comparam aos auferidos pelos homens, pois, mesmo exercendo igual atividade, recebem menor remuneração. O censo do IBGE de 1990 revelou que o salário médio das mulheres é praticamente a metade do salário dos homens¹, em que pese terem em média mais anos de estudo as trabalhadoras continuam ganhando menos que os colegas do sexo oposto, além de ser mais difícil seu acesso ao trabalho, diante da discriminação sofrida.

Frente a esta realidade, surge o presente estudo, que tem como objetivo a análise da proteção dispensada ao trabalho da mulher. Para tanto, far-se-á inicialmente um breve levantamento histórico, observando o lugar ocupado pela mulher nesse processo de evolução e o tratamento a ela dispensado pelas leis de cada época.

Em seguida analisar-se-á o princípio da igualdade para tentar delimitar seu alcance, examinando-se em que situações pode uma lei fazer distinções em razão da diferença de gênero, para finalmente se questionar: a nova lei de proteção ao trabalho da mulher (lei nº 9.799/99) afronta ou não o referido princípio constitucional, se é ou não um discrimine permitido diante do mesmo, perquirindo-se, então, sobre os benefícios e malefícios por ela trazidos.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

¹ [http://www.proderj.rj.gov.br/cedim/mulhernet.htm\(20/09/99\)](http://www.proderj.rj.gov.br/cedim/mulhernet.htm(20/09/99))

Analisando-se historicamente o trabalho da mulher, percebe-se que ele esteve presente desde a mais remota época da sociedade humana apresentando características específicas.

Tanto na Antigüidade como na Idade Média a mulher foi considerada ser inferior, estando afastada do processo produtivo, trabalhando apenas no âmbito interno da família. Xenofonte, discípulo Sócrates, descreveu que

*"Os Deuses criaram a mulher para as funções domésticas, o homem para todas as outras. Os Deuses a puseram nos serviços caseiros, porque ela suporta menos bem o frio, o calor e a guerra. As mulheres que ficam em casa são honestas e as que vagueiam pelas ruas são desonestas"*².

Na Antigüidade oriental a legislação era especialmente severa com a mulher. Para fundamentar essa assertiva cita-se como exemplo artigo 415 do Código de Manu que estabelecia que: *"Uma mulher está sob a guarda do seu pai durante a infância, sob a guarda do seu mar; durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela não deve jamais conduzir-se à sua vontade"*³.

Perante o Alcorão a situação não mudou muito, pois como diz o v. 223 do capítulo 11: *"Vossas mulheres são o vosso campo. Vede a vosso campo como for do vosso agrado, mas fazei antes alguma coisa, em favor de vossas almas"*⁴. Percebe-se, portanto, que o tratá-las não era na intenção de fazê-las felizes, mas sim de adquirir graça divina para as almas dos proprietários desses campos. A lei maometana afirma sempre a supremacia conjugal do homem, como fica claro no capítulo IV "v. 38 - Os homens são superiores às mulheres por causa, das qualidades pelas quais Deus elevou aqueles acima destas e porque os homens empregam os seus bens em dotar as mulheres"⁵.

Esse quadro de isolamento feminino do processo produtivo estendeu-se até a Revolução Industrial, onde a nova e distinta dinâmica de organização do sistema produtivo incentivou a integração da mulher ao mercado de trabalho. A mão-de-obra masculina chegou a ser preterida, pois os salários das mulheres eram menores e sua jornada de trabalho era maior, a omissão estatal permitia a absurda e inconmensurável exploração nas relações de trabalho.

Décadas depois, após reiteradas pressões operárias, surgiram algumas medidas de proteção à mulher, tendo, porém, como principal causa a necessidade de impedir o desemprego masculino, em virtude da exploração desenfreada do trabalho da mulher e da criança.

A primeira lei surgida para proteção à mulher trabalhadora foi na Inglaterra com a "Coal Mining Act", em 1842, que proibiu seu trabalho em subterrâneos. Depois desta muitas outras despontaram, sendo que o primeiro documento a igualar o trabalho feminino ao masculino foi o Tratado de Versailes: *"A trabalho igual*

² SABINO JÚNIOR, Vicente. A emancipação sócio-jurídica da mulher. São Paulo, Juriscredi, p. 248. *Apud* BARROS, Alice Monteiro de. Coord. Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá. São Paulo: L T 1993. p. 15.

³ AL TAVILA, Jayme de. Origem do direito dos povos. 58 ed. São Paulo: Ícone 1989. p. 75.

⁴ AL TAVILA, Jayme de. Origem do direito dos povos. 58 ed. São Paulo: ícone 1989, p.137.

⁵ AL TAVILA, Jayme de. Origem do direito dos povos. 58 ed. São Paulo: Ícone 1989, p. 137

deve-se pagar salário igual, sem distinção de sexo do trabalhador”⁶. O mesmo tratado criou a OIT, onde foram institucionalizadas medidas de proteção à mão-de-obra feminina, através de instrumentos internacionais.

Mister se faz ressaltar a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que no plano internacional contribuiu na concretização ao propugnar a não discriminação quanto a emprego e profissão por motivo de sexo. Em seu artigo 2º (1) dispõe que:

*"Todo homem tem capacidade para gozar dos direitos e das liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer condição"*⁷. (grifos acrescentados)

Em 24 de abril de 1992, foi aprovado, ratificado, promulgado e entrou em vigência no Brasil o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aprovado na XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em Nova York, em 1966. Importante ressaltar alguns dos seus artigos, tais como o 3º, que dispõe sobre o compromisso dos Estados-Partes de *"assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais"* e o artigo 7º, que elenca os direitos a serem reconhecidos a toda pessoa, salientando-se:

a) *uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) um salário eqüitativo e uma remuneração igual por um trabalho de qualquer valor, sem qualquer distinção; e particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às do homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual; ii) uma existência decente para eles e suas famílias, e conformidade com as disposições do presente Pacto; (. . .) c) igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade."*

O Pacto de São José da Costa Rica, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, também ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, em seu artigo 1º prevê o compromisso entre os Estados-Partes de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir seu livre exercício a toda pessoa, *"sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou racial, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social"* (grifos acrescentados) e dispõe em seu artigo 24 que *"todas as pessoas são iguais perante a Lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei"*⁸.

Há ainda muitas outras leis e normas que promovem a igualdade no

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Coord. Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá. São Paulo: L Tr, 1993. p. 17

⁷ ALTAVILA, Jayme de. Origem do direito dos povos. 58 ed. São Paulo: ícone, 1989., p. 300.

⁸ <http://www.direitoshumanos@usp.br> (30/09/99)

trabalho, cite-se como exemplo de âmbito internacional a Convenções ratificadas pelo Brasil, da A professora Alice de Barro Monteiro elenca as principais: a Convenção nº 1, Convenção n. 103, Convenção, Convenção nº 111 e a Convenção nº 142.

No Brasil, o Estado relegava o trabalho feminino ao mais completo abandono, permanecendo a tradição de manter a mulher enclausurada no lar. Em 1912 foi criado o projeto do Código de Trabalho que legislava sobre o labor feminino, permitindo que a mulher contratass, sem a permissão do marido. Diante, porém, da reação contrária foi, em 1917, reprovado. Em 1932 surgiu a primeira lei (Decreto nº 21.417-A) que cuidou da mulher trabalhadora e, em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, disciplinou sobre o trabalho feminino. Todavia o Direito Civil impunha restrições referentes à capacidade da mulher que ao convolar núpcias passava ao estado de relativamente incapaz, ficando subordinada ao marido, situação esta que só foi modificada em 1962, com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121 de 27.08.62), que alterou o art. 6º do Código Civil, passando este a relacionar apenas como relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 21 anos, os pródigos e os silvícolas, tendo a mulher casada sido excluída deste rol.

3 - PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A igualdade jurídica foi firmada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 1º: "*os homens nascem e ficam livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundamentadas na utilidade comum*"⁹.

Inicialmente, o pensamento pregado pelos franceses era de se acabar com as regalias e as distinções de classes sociais, traduzindo, então uma reação contra os privilégios da nobreza e do clero oriundos do regime feudal. Assim sendo, os cidadãos passaram a ter direitos iguais e a liberdade de exercê-los¹⁰.

Contudo, a economia tomou o rumo da prática da acumulação de riquezas e cada pessoa passou a receber sua quantia conforme seu ou herança. Estando o Estado inerte, tempos depois, evidente estava a desigualdade social oriunda dessa prática política e econômica¹¹. Instalaram-se, dessa forma, outras desigualdades no novo regime.

A Declaração da Filadélfia (1944), sustenta, no item III letra a, que: "*todos os seres humanos, sem distinção de raça, credo ou sexo, têm direito a perseguir seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança econômica e em igualdade de oportunidades*"¹²(grifos acrescidos).

E a Carta da ONU de 1945 assegura a igualdade entre os sexos e

⁹ ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 6. ed. São Paulo: Ícone Editora, 1989. p. 292.

¹⁰ MORRIS, Jessica Raquel Carvalho, NASCIMENTO, Arileide Maria do, SILVA, Maria Luiza Oliveira da. A violência doméstica contra as mulheres e a atuação do Ministério Público de Ceará Mirim. O promotor de justiça e o acadêmico de direito em prol da sociedade. Natal: Offset, 1998. p. 70-72.

¹¹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da isonomia e a Igualdade da mulher no direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.35.

¹² BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995. p.135

enumera entre seus propósitos "*conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter, social, cultural ou humanitário e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todo sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*¹³". (grifos acrescidos)

Transportando-se o princípio, acima citado, para o Brasil, deve-se atentar ao Texto Constitucional de 1988:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de Qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e a estrangeiros residentes no País inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos, desta Constituição; (...) (grifos acrescidos).

A idéia geral é que não basta a igualdade de direitos obrigações dos cidadãos na, lei (igualdade estabelecida pelo legislador)l Faz-se mister uma aplicação da lei de modo paritário a todos, pai consoante entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, "*a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulado, da vida social que necessita tratar equitativamente todos o cidadão*¹⁴" (grifos acrescidos)

Não obstante, é importante lembrar, como afirma Kelsen, que:

*"A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida nã é concebível: seria absurdo impor a todos o indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmo direitos sem fazer distinção alguma entre eles como, por exemplo, entre crianças e adultos indivíduos mentalmente sadios e alienado homens e mulheres"*¹⁵. (grifos acrescidos)

Distinções terão de haver, "*as normas sempre fazem e sempre fazem istinções entre coisas, seres, situações*"¹⁶. O que há de se indagar é se essas distinções são ou não uma ofensa ao princípio da isonomia. Ensina Celso Antônio Bandeira de Meio que "é sempre possível desigualar entre categorias de pessoas desde que haja uma razão prestante, aceitável, que não brigue com os valores consagrados no Texto Constitucional: isto é, que não implique em exaltar desvalores"¹⁷.

¹³ BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o direito do trabalho. São Paul LTr, 1995. p. 135.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio d igualdade. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 1994. p. 10.

¹⁵ *Apud* MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio d igualdade. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 11.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da isonomia. Revista trimestral de direito público. São Paulo p. 80.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da isonomia. Revista trimestral de direito

Em consonância a esse pensamento está o artigo 1º da Convenção da OIT - 111, do qual se salienta a parte 2: "*as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação*" (*grifos acrescidos*), ou seja, é indispensável que a atividade a ser exercida dê suporte às restrições, não bastando a mera conveniência da empresa, nem lhe cabendo o arbítrio. "*Portanto, as restrições, para o exercício do cargo, devem decorrer dele e serem objetivas e inafastáveis*"¹⁸. É o caso de um candidato do sexo masculino pretender inscrever-se para um concurso público para cargo de polícia feminina, certamente ser-lhe-á vedada a inscrição, sem que se considere violado o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal de 1988.

A Convenção sobre "Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher", da ONU, de 1979, em seu artigo 1º conceitua discriminação como sendo:

*"toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tendo por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo"*¹⁹.

A discriminação pressupõe, portanto, um tratamento diferenciado comparativamente desfavorável, que é inclusive reforçado pelos comportamentos conservadores em relação à mulher na familiar e social. Dai a urgência em se eliminar todas as maneiras discriminação baseadas em gênero. A erradicação e o combate discriminação são medidas fundamentais para se garantir a todos o pleno exercício dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Em que pese a ação internacional ser de grande valia na I da mulher pela isonomia, não tem se mostrado suficiente para concretização desse ideal. É por isso, que ao lado das normas acima citadas, há outras, que foram criadas visando impedir a discriminação trabalho de que são vítimas as mulheres, garantindo-lhes igualdade direitos.

Sabe-se, porém, que "*para garantir e assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva, São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular inserção e inclusão desses grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais*"²⁰.

3.1. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

público. São Paulo p. 82.

¹⁸ CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. Novas disciplinas sobre o trabalho da mulher. Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte. n.o 2, agosto 1999. Natal: PRT - 21 a Região, 1999. p. 105

¹⁹ NASCIMENTO, Sônia Aparecida da Costa. O trabalho da mulher: das proibições para o direito promocional. São Paulo: L Tr, 1996. p. 44

²⁰ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 134.

Como dito alhures, uma lei pode tratar diferentemente pessoa quando a Magna Carta estabelece a igualdade entre elas, nos caso onde se dá proteção aos que precisam de um tratamento diferenciad para terem direitos e obrigações equivalentes aos demais - que em nada serão prejudicados.

A própria Constituição, no que se refere à concessão d licença-maternidade e licença-paternidade, faz distinção na estipulação dos prazos (120 dias para a mãe - art. 7º, XVIII da CF/88 e 05 dias par, o pai - ADCT art. 10, § 1º) em virtude da mãe ter de estar mais temp próximo ao bebê, por este carecer de amamentação e pelo fato d mulher ter de se recuperar do parto. Esse tipo de distinção não inconstitucional, pois é plenamente justificável, não tendo caráte aleatório. É, na verdade, discrimine legítimo, uma vez que não contraria preceito igualitário defendido pela Lei Maior.

Deve haver sempre Uma justificativa lógica para a aplicação de determinado quesito discriminatório. Desse modo, é de fundamental importância citar as palavras de Pimenta Bueno: "*a lei deve ser uma e ai mesma para todos, qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e' unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania*"²¹.

Estabelecida, na Magna Carta de 1988, a igualdade de gênero – a igualdade jurídica entre homens e mulheres - tornou-se preceito constitucional. Qualquer lei que o fira será tida como inconstitucional.

Todas as constituições a partir de 1934 referiram-se à proteção à mulher sendo, contudo, a mais completa a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo dispôs sobre licença maternidade (inciso XVIII), proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo (inciso XXX) e proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (inciso XX).

Registre-se, ainda, que além da Constituição Federal de 1988, a Consolidação das Leis do Trabalho possui capítulo próprio que trata da matéria “Da proteção do trabalho da mulher”, Capítulo III, Seção I, alterado recentemente pela lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, que modificou os artigos 373, 390 e 392 do mesmo, legislação esta que será objeto de análise no próximo item.

4. ANÁLISE DA LEI Nº 9.799/99

O legislador infraconstitucional, na Consolidação das Leis do Trabalho, enfrentou o tema da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho estabelecendo preceitos tendentes a sua superação, como se depreende do estudo dos artigos 373, 390 e 392 modificados pela Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999.

"Art. 373. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 1994. p. 18.

referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promo ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar estado de gravidez, salvo quando a natu da atividade seja notória e publicamente, incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador preposto a revistas íntimas nas empregada ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento de políticas de igualdade entre homens mulheres, em particular as que destinam corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. "

Note-se que os incisos I, II e V do artigo supracitado estabelecem regras assecuratórias do direito à igualdade de acesso a emprego. Com relação ao estado de gravidez, os incisos II e V dispõem de forma categórica, que o mesmo não pode ser levado em consideração para a admissão ou promoção, ou até mesmo para motivar a dispensa do trabalho.

É de se destacar que a Lei 9.029/95 definia como crime prática discriminatória a exigência de *"teste, exame, perícia, laudo atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez"*. Como bem lembra a professora Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro *"antes, (...) empregador não poderia investigar ou averiguar o estado de gravidez da empregada, Mas, como as alterações físicas, à medida que a gravidez evolui, a tornam patente, a lei anterior não fornecia garantia suficiente"*. Além disso, pela já revogada lei (9.029/95) o empregador não podia exigir informações sobre o estado de gravidez, mas poderia, se quisesse solicitá-las, assim, a vedação trazida pela nova norma (Lei nº 9.799/99) é de sua importância, pois evita que a candidata seja indagada a respeito de sua vida privada. *"Ante a proibição, agora taxativa, sobre a recusa de emprego ou acesso a concurso de que resulte discriminação, qualquer investigação a respeito pelo empregador, mesmo através de discreta pergunta, em entrevista ou questionário - já constitui indício (forte) de atitude discriminatória"*²².

O último inciso deste artigo tem redação limitadora, vez que veda ao empregador ou seu preposto a possibilidade de efetuar revistas íntimas em suas "empregadas ou funcionárias", que apesar de serem as vítimas mais frequentes desse ato abusivo, não são as únicas, pelo que a nova lei deveria conferir essa proteção tanto a

²² CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. Novas disciplinas sobre o trabalho da mulher. Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte. Nº 2, agosto 1999. Natal: PRT – 21ª Região, 1999. p.105.

mulheres como a homens indiscriminadamente. Ressalte-se que o Pacto da Costa Rica dispõe sobre o referido tema expressamente em seu artigo 11, parte 2: “ninguém poderá ser *objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação*”.

Concorda-se com a mestra Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro ao afirmar que *"assim, como garantia do direito à intimidade (Cuja índole constitucional - arf. 5º, X é de ser sublinhada), esta norma deveria figurar nas normas de 'Introdução' da CLT, aplicando-se, indistintamente, nas relações de emprego de homens mulheres"*²³.

O artigo 390 também foi alterado, passando a dispor que:

"Art. 390B. As vagas dos cursos de formação de mão-de-obra, ministrados por instituições governamentais, pelos próprios; empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante, serão oferecidas aos empregados de ambos os sexos

Art. 390C. As empresas com mais de cem empregados, de ambos os sexos, deverão manter programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional da mão-de-obra.

Art. 390E. A pessoa jurídica poderá associar-se à entidade de forma profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, órgãos e entidades públicas ou entidades sindicais, bem como firmar convênios para o desenvolvimento de ações conjuntas, visando à execução de projetos, relativos ao incentivo ao trabalho da mulher”.

A ênfase dada à formação profissional é relevante, chegam inclusive, a Convenção 142 da OIT no seu artigo 1º, parte 5 a proclamá-la como diretriz:

"5. As políticas e os programas deverão encorajar e habilitar todas pessoas, em bases iguais e sem qualquer tipo de discriminação, a desenvolver e a utilizar, suas capacidades para o trabalho em seus melhores interesses e de acordo com suas próprias aspirações, tendo em conta necessidades da sociedade' E, na Recomendação 117 da OIT, de 1962, con que a formação profissional deve estar isenta de toda forma de discriminação, em razão da raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social"

Através dessa formação profissional possibilita-se a obtenção da igualdade entre homens e mulheres, rompendo-se, pois, o circuito limitador da atuação profissional da mulher.

Com o artigo 390 E visa-se a realização de convênios entre empresas e entidades que efetuem ações conjuntas objetivando incentivar o trabalho das mulheres, através da elaboração de produtos que elas fabriquem ou confeccionem, facilitando, então, a sua integração em profissões técnicas além de outras que pertencem,

²³ CASTRO. Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. Novas disciplinas sobre o trabalho da mulher. Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte. Nº 2, agosto 1999. Natal: PRT – 21ª Região, 1999.p.108.

culturalmente, ao universo masculino.

Algumas mudanças com relação à licença maternidade foram trazidas com a nova redação do artigo 392.

"Art.392

§ 4º É garantido à empregada durante a gravidez, sem prejuízo do salário demais direitos:

I - transferência de função quando as condições de saúde o exigirem assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares".

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), realizou em 1919 a sua primeira conferência na cidade de Washington, onde aprovou a Convenção nº 3 que assegurou à gestante:

"a) o seu afastamento do trabalho durante as seis semanas subseqüentes ao parto (art. 3º, alínea a); b) o recebimento de prestações monetárias no curso desse licenciamento, cujo valor, fixado pela autoridade competente, deveria ser suficiente para sua manutenção e a de seu filho, e pago 'pelo Tesouro público ou por um sistema de seguro' (art. Cit., alínea c)"²⁴.

Esse tratado foi ratificado pelo Brasil, apesar de que, à época, havia imposição ao empregador de pagar os salários da empregada gestante durante a licença.

Em 1952, no entanto, a Convenção nº 103 ampliou para doze semanas, no mínimo, a licença obrigatória da empregada, com o período pós-parto nunca inferior a seis semanas, além de determinar que "em hipótese alguma deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que emprega", desestimulando, assim, a discriminação contra o trabalho **feminino**.

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 7º, inciso XVIII determina: "São direitos dos trabalhadores urbanos e de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias".

Essa licença é devida, independentemente da modalidade do do contrato de trabalho²⁵.

"A licença-maternidade passou a ser benefício previdenciário que é custeado pelas contribuições patronais calculadas sobre a folha de pagamento; o empregador paga à gestante os salários devidos e os

²⁴ SUSSEKIND, Arnaldo. O salário-maternidade e o STF. Revista L Tr Legislação do trabalho. Vol. 63, nº 06, São Paulo: L Tr. p. 731.

²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 461.

desconta dos recolhimentos habituais devidos à Previdência Social”²⁶.

Portanto, percebe-se a grande evolução do instituto, p deixou de ser encargo direto do empregador que contratou a gestante transformando-se em um instituto previdenciário, com vantagens para a empresa contratante e para a própria mulher, que terá menos razão para ser discriminada, já que do contrário o trabalho feminino se tornará mais oneroso.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 dispôs em seu artigo 14 que:

"Art. 14. O limite máximo para o valor dos benefícios do Regime Geral Previdência Social de que trata o art. 201 Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200 (hum mil e duzentos reais) devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral da previdência social."

Baseado nessa disposição, o INSS expediu a Ordem Serviço nº 619/98, declarando que esse limite aplica-se também salário-maternidade. Contudo, o Supremo Tribunal Federal acolhe liminarmente e por unanimidade, o postulado na ADin-1946, afirman que o salário-maternidade não está incluso no limite de R\$ 1.200, imposto aos benefícios previdenciários do artigo 14 da EC 20.

*"Consoante acentuou o relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ministro Sydney Sanches, o salário-maternidade é um, benefício que deve ser pago integralmen pela Previdência Social, independente do valor do salário da trabalhadora gestante, visto que a Constituição Federal assegura o direito à licença-maternidade sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias (art. XVIII)"*²⁷.

O professor Arnaldo Sussekind aduz ainda que

*"a Convenção da OIT n.103 ratificada pelo nosso País e considerada cláusula pétrea pelo § 2º do art. 5º da Constituição, proíbe que o salário da gestante, durante o seu licenciamento, seja pago diretamente pelo empregador, a fim de evitar a discriminação contra o trabalho feminino"*²⁸.

Pelo exposto, conclui-se que os salários pagos pelo à gestante, durante a licença, devem ser reembolsados pelo INSS, em qualquer restrição.

Ainda, no que tange à proteção à maternidade, o novo dispositivo assegura à mulher grávida mudar de função, garantindo-lhe o salário antes percebido.

²⁶ CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 257

²⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. O salário-maternidade e o STF. Legislação do trabalho. Vol. 63, nº 06, São Paulo: LTr. p. 731

²⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. O salário-maternidade e o STF. Revista LTr Legislação do Trabalho. Vol. 63, nº 06, São Paulo: LTr. p. 731.

Proíbe, dessa forma o "eventual rebaixamentosalarial, se a mulher tiver necessidade de passar a exercer função inferiormente retribuída; e, conferindo taxativo caráter temporário, assegura a restauração da função originária, no momento do retorno ao trabalho, após terminada a gravidez"²⁹. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda-se a dispensa de empregada gestante, desde que confirmada a gravidez até 5 meses após o parto.

Garante-se, também, na nova redação do artigo supracitado a concessão de horário dentro da jornada de trabalho para que a trabalhadora possa ter no mínimo 6 (seis) consultas médicas, distribuídas entre o segundo e sétimo mês, considerando-se que no nono mês é proibido o trabalho da mulher grávida (quatro semanas antes do parto – art. 392, caput).

Como adverte a professora Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, às infrações aos referidos artigos aplicam-se as penalidades previstas na "Seção VI – Das penalidades", visto que a Lei 9.799/99 somente alterou as Seções I, IV e V do Capítulo III da CLT, advertência esta de fundamental relevância visto que a ausência de sanções torna qualquer lei inócua.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que a questão aventada é de suma importância, não só para as mulheres, mas para toda a humanidade, para o seu desenvolvimento e da efetiva aplicação dos direitos humanos.

Todavia, é fundamental enfatizar que não é somente através de leis que se poderá solucionar o problema das injustiças institucionais e os vícios de comportamento que impedem que no Brasil haja efetivamente igualdade, pois "*a discriminação não se desfaz por efeito de normas. É preciso que elas adquiram vivência e passem a compor o universo cotidiano das práticas*"³⁰.

Para tanto, são indispensáveis estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão das mulheres no mercado de trabalho, fazendo-se campanhas de conscientização visando ao esclarecimento da população acerca dos direitos da mulher como ser humano, ressaltando a importância da preservação do princípio da igualdade, realizando amplas discussões, reuniões e debates, onde instituições ofereçam sugestões e participem, ao mesmo tempo criando mecanismos de defesa da mulher para construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988), assegurando-se, assim, a proteção e a promoção da dignidade humana³¹, princípio este, que parece conter em si todos os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, e ainda um caráter, social, econômico e moral. Não foram esses, porém, os aspectos que o legislador teve intenção de evidenciar na Constituição. A Carta Magna quis demonstrar que "*o Estado se erige sob a noção da dignidade da pessoa humana*"³². Dai, faz-se evidente que a dignidade da

²⁹ CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. Novas disciplinas sobre o trabalho da mulher. Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte. nº 2, agosto 1999. Natal: PRT – 21ª Região, 1999. p. 111.

³⁰ CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. Novas disciplinas sobre o trabalho da mulher. Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte. nº 2, agosto 1999. Natal: PRT - 21ª Região, 1999. p. 1113-114

³¹ MORRIS, Jessica Raquel Carvalho. Poder Judiciário e cidadania. III Congresso brasileiro de processo civil e trabalhista. Natal, 1999. p. 21-22

³² BASTOS, Celso Ribeiro Bastos, MARTINS, Ives Gandra .. Comentários à Constituição do Brasil. Vol. 1.ed.1988.Editora Saraiva. SP.

pessoa humana funciona como suporte de todos os direitos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil. Face ao exposto percebe-se ser responsabilidade do Estado criar um ambiente de bem estar onde o cidadão possa se desenvolver por completo.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAVILA, Jayme de. Origem do direito dos povos. 5ª ed. São Paulo: Ícone 1989.

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. A igualdade entre o homem e a mulher. In: Associação Paulista do Ministério Público. Ano I, n.8, junho de 1997.

BARROS, Alice Monteiro de. Coord. Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá. São Paulo: L Tr, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 23 ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O principio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. Novas disciplinas sobre o trabalho da mulher. Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte. nº 2, agosto 1999. Natal: PRT - 21ª Região, 1999

FARIA, Ricardo de Moura, MARQUES, Adhemar Martins, BERUTTI, Flávio Costa. História. Vol. 1, Minas Gerais: Editora LÊ, 1989.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. Práticas discriminatórias contra a mulher e outros estudos. São Paulo: LTr, 1996.

MORRIS, Jessica Raquel Carvalho, NASCIMENTO, Arileide Maria do Maria do, SILVA, Maria Luiza Oliveira da. A violência doméstica contra as mulheres e a atuação do Ministério Público de Ceará Mirim. O promotor de justiça e o acadêmico de direito em prol da sociedade. Natal: Offset, 1998.

MORRIS, Jessica Raquel Carvalho. A reforma do Poder Judiciário. In Verbis. V.3, nº 5. Natal: UFRN, 1997. p. 119-143.

___ Poder Judiciário e cidadania. III Congresso brasileiro de processo

civil e trabalhista. Natal, 1999. p. 21-22

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1994.

NASCIMENTO, Sônia Aparecida da Costa. O trabalho da mulher: das proibições para o direito promocional. São Paulo: L Tr, 1996.

PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. Enunciados do TST comentados, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1996.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ROCHA, Sílvia Regina da. O trabalho da mulher à luz da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Instituições de direito do trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 1991.

___ O salário-maternidade e o STF. Revista LTr Legislação do trabalho. Vol. 63, nº 06, São Paulo: LTr.

<http://www.proderj.rj.gov.br/cedim/mulhemet.htm> (20/09/99)

<http://www.direitoshumanos@usp.br> (30/09/99)

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE ACESSO A INTERNET COM BASE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Leifson Gonçalves Holder da Silva
Acadêmico Concluinte do Curso de Direito - UFRN

1. INTRODUÇÃO

Apesar de atualmente existirem cerca de 150 milhões de internautas no mundo¹, sendo o Brasil o sexto parque mundial em usuários de computadores² e possuir cerca de 321 provedores com 865 pontos de acesso em em 348 cidades brasileiras com mais 4 milhões de usuários³, o vínculo que se estabelece entre esses sujeitos ainda se revela desproporcional em virtude da vulnerabilidade técnica e jurídica dos consumidores nessas novas relações.

Impossível o acesso a conhecimentos sobre as tecnologias utilizadas para a prestação do serviço, o que dificulta a delimitação dos direitos e deveres decorrentes da formação desse vínculo, dando azo a uma infinidade de escusas para que o provedor de acesso à Internet se exima de realizar um serviço de qualidade.

Diante disso, para que sejam devidamente delimitadas as responsabilidades advindas da falha na prestação do serviço oferecido, pelos provedores de acesso à Internet frente aos seus usuários, se faz necessária a fixação prévia de algumas proposições genéricas acerca da classificação da matéria por ser oportuno ao seu esclarecimento.

2. ORIGEM E BENEFÍCIOS DA INTERNET⁴

Fazer compras, visitar museus e universidades, namorar, consultar o saldo da conta bancária, pesquisar informações sobre os mais variados assuntos, conversar com pessoas de diversas partes do mundo. Hoje é possível fazer tudo isso sem sair de casa⁵ através do computador pessoal. A Internet TODAVIA nem sempre foi assim.

Ela *teve* um início modesto, como apenas uma rede denominada ARPANET, considerada sua genitora⁶. A ARPANET surgiu em 1969 como uma experiência do Departamento de Defesa do governo dos Estados Unidos. Com o

¹ Imobiliárias *descobrem poder de venda da Internet*. Jornal Gazeta Mercantil. 16.09.99, p. c-1.

² CALHEIROS, Renan. *Proteção ao consumidor*. Diário de Natal, 19 de maio de 1999, p.2.

³ Segundo a Abranet, Associação Brasileira de Provedores de Internet. Notícia de 29/07/99 (<http://www.Abranet.org.br/>).

⁴ Como *funciona a Internet*. Revista "Consumidor S. A.", nº 29, São Paulo: IDEC, abril de 1998, p. 14/15.

⁵ *Cuidado com as armadilhas do comércio virtual*. Revista "Consumidor S.A.", nº 29, São Paulo: IDEC, abril de 1998, p. 12.

⁶ TRACY LAQUEY, Jeany C. Ryer. *O manual da Internet*. tradução Insight Serviços de Informática. Rio de Janeiro: Campus, 1994, p. 4.

tempo e o com seu desenvolvimento, acabou sendo ampliada e difundida para fins *civis* e comerciais.

Hoje a Internet é uma teia de âmbito mundial formada redes universitárias, comerciais militares e científicas interconectadas. De fato, ela é a interligação de milhares de redes locais e regionais computadores situados em diferentes países e formadas com variadas finalidades e abrangências. Na lição de Michael Miller:

"A Internet não é mais do que uma rede gigantesca e de âmbito mundial que conecta centenas de milhares de computadores - cada um dos quais podendo estar conectado à sua própria rede local. Este é o motivo pelo qual a Internet é descrita muitas vezes como uma 'rede de redes'; ela é simplesmente um enorme conjunto de computadores individuais.⁷"

Essa rede mundial de comunicação liga os milhões computadores no mundo por meio de endereços eletrônicos. Os países geralmente são identificados na rede por duas letras - no caso do Brasil, o código é br. As organizações, por sua vez, possuem códigos específicos para identificar suas características básicas, chamados domínios: com (empresas privadas), net (canais de comunicação), e edu (instituições de ensino), mil (instituições militares), gov (*governo*) e org (outras organizações).

Dada a sua origem no Brasil, as primeiras instituições ligadas À Rede Nacional de Pesquisa (RNP), precursora da Internet no país, foram as universidades e centros de pesquisa. *Todavia*, a Internet só começou a se tornar mais conhecida em 1994 e, a partir daí, tem crescido de uma forma tão rápida que hoje é difícil dizer com precisão quantos usuários existem no país.

Todavia, atualmente pode-se destacar como benefícios advindos com o seu incremento a utilização do(s):

Correio eletrônico (e-mail) - É o serviço mais usado. Possibilita enviar e receber mensagens de outro computador conectado à rede em qualquer lugar do mundo. Além das mensagens, *você* também pode enviar arquivos com fotos, documentos, planilhas, etc. Este serviço geralmente está incluso nos pacotes oferecidos pelos provedores. Para usar o correio é fornecido um endereço eletrônico que normalmente possui o formato: nome@provedor.com.br

World Wide Web (www) - Traduzindo, "teia do tamanho do mundo" É a parte gráfica da Internet. Através dos programas de navegação (browsers) é possível consultar milhares de páginas (homepages ou sites), onde se pode encontrar as mais variadas informações e serviços.

Grupos de discussão (news group) - Em caso de dúvida sobre um determinado assunto, é possível lançá-la em algum grupo de discussão ligado à Internet. Se não conseguir resposta há pelo menos grandes chances de saber onde encontrá-la.

IRC (Internet Relay Card) - Permite trocar mensagens em tempo real com outros usuários da rede. A conversa pode ser privativa ou aberta a qualquer outro usuário. É conhecido também como "chat".

3. VÍNCULO EXISTENTE ENTRE O PROVEDOR INTERNET E

⁷ MILLER, Michael. *Internet rápido e fácil para iniciantes*. Vanderberg Dantas de Souza. Rio de Janeiro: Campus, 1995. p. 2.

SEUS USUÁRIOS.

Como visto, hoje a Internet é a interligação de milhares de redes locais e regionais de computadores situados em diferentes países e formadas com variadas finalidades e abrangências.

Para que seja possível fazer uso das suas facilidades e benefícios, não basta possuir, todavia um computador equipado com programas específicos, um modem⁸ e uma linha telefônica. Além do concurso de várias prestadoras do serviço telefônico, é necessário ainda uma empresa privada, de preferência situada próxima ao consumidor, que intermedie esse acesso: o provedor de acesso à Internet⁹.

Nesse sentido Michael Miller afirma que:

*"Essas empresas estabelecem suas próprias conexões diretas, e depois configuram linhas telefônicas para que os usuários possam discar e utilizar essas linhas. Através de uma série de protocolos software e hardware, a chamada telefônica do seu computador é transferida para a Internet, e, a partir dela, você tem a possibilidade de obter acesso a qualquer outro computador da Net"*¹⁰.

O Provedor funciona, nesse sentido, como um verdadeiro intermediário entre o internauta e a Internet, pois ele – mediante um pagamento prévio - conecta o usuário a toda a rede por meio de linhas especiais chamadas de *links*, envolvendo tal procedimento geralmente a digitação de um nome de usuário e uma senha previamente determinados no momento da adesão ao serviço.

O consumidor, em geral comprando uma quantidade de horas determinadas, passa à condição de usuário do referido Provedor, adquirindo uma conta Internet¹¹ com um nome de conexão¹² e senha¹³, passando a dispor em seu favor de um endereço eletrônico (mail) para suas correspondências eletrônicas

⁸ Dispositivo que converte sinais digitais de seu computador em sinais analógicos para transmissão por meio de uma linha telefônica (modulação) e converte os sinais analógicos da linha telefônica em sinais digitais que seu computador pode utilizar (demodulação). *Apud KENT, Peter. Guia incrível da Internet.* São Paulo: Makron Books, 1995, p. 391.

⁹FERNANDES, Antônio Joaquim. *Responsabilidade do provedor internet. Responsabilidade Civil On Une*: <http://www.urinforma.com.br> (06.06.99).

¹⁰ MILLER, Michael. *Op. Cit.*, p. 10.

¹¹ O termo conta Internet (ou simplesmente, conta) será empregado com significado de "acesso à Internet". Podem ser ainda utilizados os termos *serviço Internet* ou *conexão Internet*; todos significando a mesma coisa: aptidão para *chegar à* Internet e utilizar seus serviços. *Apud KENT, Peter, Guia incrível da Internet.* São Paulo: Makron Books, 1995. p. 44.

¹² Também chamado de *login*, *username* e *nome da conta*. Este é o nome da conta que o usuário deve digitar todas as vezes que acessar a Internet. Ele informa ao fornecedor de acesso quem você é para saber se pode deixar que você se conecte à rede (e saber de quem cobrar o tempo). Seu nome de conexão também fará parte do "endereço" que outros usuários digitam quando querem enviar uma mensagem para você. *Apud KENT, Peter. Op. Cit.*, p. 49.

¹³ A senha é um código secreto para ser digitado quando o sistema pedir. O Ministério Público Federal inclusive já se manifestou sobre o tema afirmando' que "para que fique caracterizado o acesso exclusivo ao contratante (ou pessoa por ele autorizada), é fornecida uma senha de acesso" pelo próprio provedor. Procuradores da República André de Carvalho Ramos e Ducirall Farena. Cartilha *Serviços de valor adicional. Dúvidas mais frequentes dos consumidores - a experiência do Ministério Público Federal/SP*.

particulares.

O provedor se obriga assim a oferecer os meios técnicos para que, utilizando seu computador pessoal e o sistema telefônico, consumidor tenha acesso à rede mundial de informações. A faculdade de haver, em caráter individualizado e contínuo, o acesso à Internet, é o objeto desse contrato celebrado entre o usuário e o Provedor de acesso. É de fato, uma obrigação de fazer, na qual o provedor vincula-se à prestação de um serviço ou ato positivo em benefício do credor, no caso, do usuário consumidor.

Assim, não há como se negar que o vínculo que se estabelece entre ambos caracteriza-se como um verdadeiro contrato de consumo, que tem como objeto a prestação de serviços. O Provedor se enquadra pois, no fornecimento do acesso à Internet, como fornecedor, e o usuário, como consumidor, portanto, nos limites fixados pela Lei nº 8.078/90 (arts. 2º e 3º), mais conhecida como o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

4. CARACTERIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

Uma vez delimitado o objeto (prestação de serviços) e o tipo de contrato (de consumo) que se estabelece entre o provedor (fornecedor) e o usuário (consumidor), também se faz importante estabelecer seus **caracteres** essenciais, sejam eles:

a) Execução Continuada - Diante dessas circunstâncias peculiares o provedor assume, conforme leciona Antunes Varela, uma obrigação duradoura, com prestação de execução continuada¹⁴. Ainda para a professora Cláudia Lima Marques, os serviços de transmissão de informações por computadores, se incluem entre os que vinculam os consumidores em contratos cativos de longa duração¹⁵.

Nesse sentido, segundo os ensinamentos da eminente civilista Maria Helena Diniz:

"Os contratos de execução continuada são os que se protraem no tempo, caracterizando-se pela prática ou abstenção de atos reiterados, solvendo-se num espaço mais ou menos longo de tempo. Ocorrem quando a prestação de um ou de ambos se dá a termo. (...) são os que sobrevivem com a persistência da obrigação, muito em ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição ou de cursos de um prazo, cessa o próprio contrato." (Grifos acrescidos)¹⁶.

Assim, quanto ao modo de execução, trata-se de obrigação cumulativa onde é formado um vínculo em que o devedor se compromete a realizar diversas prestações, de tal modo que não se considerará cumprida a obrigação até a execução de todas as prestações prometidas, sem exclusão de qualquer delas. O provedor *"que contrai esse tipo de obrigação terá que satisfazer as várias prestações como fosse se*

¹⁴ "Constituem exemplos típicos de prestações de execução continuada as do fornecedor de dados informáticos". *Apud ARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 7. ed., 1. v., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 94.*

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 57. Apud FERNANDES, Antônio Joaquim. Op. Cit.*

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 3. v., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 87/89.*

uma só"¹⁷.

b) Consensual (Não-Solene) - Na formação dos contratos entre consumidores e provedores de acesso à Internet é importante lembrar que se trata de um contrato atípico que, além de não dispor de um modelo legal, regulará uma série de novos serviços.

Particularmente nessa modalidade, os contratos entre consumidores e provedores se perfazem pela simples anuência das partes, sem a necessidade de outro ato mais solene. A ordem jurídica não exige, para que se aperfeiçoem, senão o acordo das partes, não impondo, portanto, nenhuma forma especial para a sua celebração. Basta o consentimento dos contratantes para a sua formação.

Segundo Maria Helena Diniz, contrato consensual é aquele que:

*"(...) se aperfeiçoa com o simples acordo de vontade das partes, independe de qualquer materialidade externa. Como todo contrato, requer emissão volitiva, embora não exija forma especial. É, portanto, contrato não-solene, podendo ser verbal ou escrito. Trata-se, pois de contrato de forma livre."(Grifos acrescidos)*¹⁸.

Ainda segundo a doutrinadora,

*"A falta de contrato escrito não é razão para que alguém, que desfrutou dos serviços de outrem, se exima de pagá-los (...) de modo que para cobrança judicial remuneração de serviço não será necessário exibir contrato escrito (...). Se verbal o contrato, sua prova se fará por qualquer modo admissível juridicamente"*¹⁹.

Partindo desse pressuposto, a recíproca também é verdadeira, ou seja, a falta de um contrato escrito não é razão para que alguém, que recebeu a remuneração para a realização de um determinado serviço, se exima de cumpri-lo, de modo que para imposição/responsabilização judicial de execução do serviço não realizado não será necessário exibir Contrato escrito, podendo sua prova ser realizada por qualquer meio admitido direito.

Expõe com muita propriedade nesse mesmo sentido Luiz Antônio Nunes ao dissertar sobre os contratos de consumo disciplinados pelo CDC:

*"(...) quando se fala em contrato, não se fala somente nos escritos, com cláusulas expressas, mas também nos contratos verbais, os não escritos, bem como os mais simples, representados, por exemplo, numa corriqueira emissão de uma nota fiscal por um estabelecimento comercial qualquer, na compra e venda de um produto."(Grifos acrescidos)*²⁰.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, p. 116.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, p. 237.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, p. 238.

²⁰ NUNES, Luiz Antônio. *Curso Prático de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 68.

De fato, atualmente, em face da velocidade com que se dão as relações comerciais entre consumidores e fornecedores inerentes à sociedade industrializada moderna, nem sempre os contratos pactuados são escritos. Conforme Cláudia Lima Marques *"os contratos verbais são firmados tacitamente a todo momento, chamados por Larenz de 'condutas sociais típicas', que podem ser simples recibos"*²¹ como são em geral as contratações realizadas com os Provedores.

c) Bilateral - O Contrato em questão gera obrigações para ambos os contraentes: a prestação de serviço para o usuário, e a remuneração para o provedor, que deverá executá-lo na forma devida, em tempo conveniente, de acordo com as normas técnicas, cumprindo-o ainda no lugar pré-estabelecido.

d) Oneroso - Finalmente, é oneroso porque origina vantagens para ambos os contratantes, mediante contraprestações recíprocas. As partes sofrem um sacrifício patrimonial, com o intuito de obterem, cada uma, vantagem correspondente, de forma que o ônus e proveito fiquem numa relação de equivalência.

5 . RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES

Sabe-se que, em virtude de qualquer ação danosa que ven provocar lesão ao direito de outrem, é assegurado o direito ao ofendi de exigir a reparação pelos prejuízos materiais ou morais advindos.

Para melhor delimitação da responsabilidade civil d fornecedores de serviços, o legislador pátrio elencou no art. 6º, do CD diversos direitos básicos do consumidor dentre os quais se destacam:

"Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção reparação de danos patrimoniais e individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas prevenção ou reparação de dan patrimoniais e morais, individuais, coletivos difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;"

Assim, *"ocorrendo ofensa pelos fornecedores de bens serviços aos direitos do consumidor, serão eles responsabilizad, civilmente, se obrigando à reparação dos danos provocados pela ofensa"*²². De fato, nas ações relativas a prestação de serviços não há como se neqar que o descumprimento da obrigação de realiza-los é ilícito contratual, gerando a responsabilidade civil do infrator.

Não restam dúvidas de que a conduta dos Provedores acesso à Internet, quando não correspondem ao avençado, trata-se um ilícito praticado em desacordo com a ordem jurídica pátria violan direito subjetivo individual do usuário, obrigando-o a reparar o dan causado. Como muito bem ensina Maria Helena Diniz, a *"obrigação indenizar (...) é a conseqüência juridica do ato ilícito"*. Complementa autora afirmando que:

²¹ CUNHA, Belinda Pereira da. *Antecipação da tutela no código de defesa do consumidor: tutela individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 82.

²² SILVA, Luiz Cláudio. *Responsabilidade civil: teoria e prática das ações*. R de Janeiro: Forense, 1998. p. 53.

"É de ordem pública o princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou, indenizando-o (...) O ato ilícito cria, portanto, para o autor a obrigação de reparar danos por ele causados a terceiro. Essa obrigação recebe a denominação de responsabilidade civil. "(Grifos acrescidos)"²³.

Os Provedores assumem assim, por força do CDC, os riscos decorrentes de sua atividade profissional ou econômica, sendo à ele aplicada a teoria dos riscos segundo a qual:

"todo aquele que se propõe a desenvolver qualquer atividade no campo do fornecimento de bens e serviços conseqüentemente tem a obrigação de responder pelos fatos e vícios resultantes dessa atividade econômica, não se questionando aí se concorreu ou não com culpa ao evento danoso"²⁴.

De fato, com o advento do CDC, não há mais que se cogitar se houver ou não culpa do fabricante, produtor, fornecedor, etc. na elaboração do produto ou no fornecimento do serviço, bastando tão somente ao consumidor indicar o dano e o nexo de causalidade existente (art. 14, CDC). Nesse sentido Cláudio Bonatto afirma que:

"No que respeita à responsabilidade civil, a regra geral do COC é a da responsabilidade objetiva, fundada na te via do risco da atividade, (...) Isto porque o fundamento da indenização integral do consumidor, constante do art. 6º, VI, do COC, é o risco da atividade, (...) insuscetível de excluir do fornecedor o dever de indenizar, mesmo quando ocorrer caso fortuito ou força maior"(Grifos acrescidos)²⁵.

Essa responsabilidade funda-se num pressuposto de equid "quem aufere vantagem com certa atividade, deve responder prejuízo que essa atividade venha a causar: 'cuius commoda incommoda; ubi emolumentum ibi onus'; onde está a vantagem, está encargo"²⁶.

Segundo as lições de Viviane Coêlho de Séllos, "*Constit excludentes da responsabilidade do fornecedor, apenas o fato de nullo colocado os seus serviços no mercado; a não existência de defeito serviço; e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*"²⁷ (...) (§ 3º, I e II, art. 14, CDC), situações essas dificilmente verificadas na grade

²³ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, p. 587/588.

²⁴ SILVA, Luiz Cláudio. *Op. Cit.*, p. 53.

²⁵ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dai Pai *Questões convertidas no código de defesa do consumidor*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria Advogado, 1999, p. 121.

²⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 2. rev. e ampl., São Apulo: Saraiva, 1998, p. 66.

²⁷ *Apud* BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dai Pai. *Op. Cil.* 119.

maioria das contratações entre os Provedores e os usuários.

Não há como se negar que o Provedor, na condição fornecedor, detêm a prevalência de conhecimentos técnicos atinentes ao serviço que se dispõe a oferecer, o que induz à óbvia aceitação de que não pode ele eximir-se de uma prestação com qualidade.

Maria Helena adverte nesse sentido que a inexecução da obrigação pode ocorrer por culpa do devedor em virtude da sua “recusa (...) ou inadimplemento voluntário da obrigação de fazer, que não tornou impossível. Trata-se daquelas hipóteses em que o obrigado poderia ter cumprido o seu dever, mas não o faz porque não lhe é conveniente”²⁸ como na hipótese descrita. A indenização oriunda do descumprimento desse dever jurídico “tem por escopo substituir o cumprimento, acarretando ao devedor a responsabilidade pelas perdas e danos”²⁹.

Assim o Provedor, por força da remuneração que recebe para disponibilizar o acesso à Internet em benefício do usuário, é obrigado a prestação do referido serviço de forma continuada e ininterrupta, não em respeito aos diversos princípios que regem o ordenamento jurídico mas em especial, ao princípio geral da vedação ao enriquecimento ilícito e da boa-fé.

Cláudio Bonatto assevera à esse respeito que “(...) a express ‘boa-fé’ possui importância muito maior que de um mero conceito jurídico sendo, verdadeiramente, um princípio, uma diretriz a ser seguida, quando da interpretação das normas e também da sua concretização”³⁰.

De fato, a cláusula geral da boa-fé é um dos pilares fundamentais das relações de consumo nos termos do art. 4º, III, CDC. Belinda Pereira da Cunha assevera sobre esse tema que, “independente da disposição expressa das partes em contrato, tratando-se de relação de consumo, a cláusula geral da boa-fé deve ser observada, tendo sido adotada implicitamente pelo Código na expressão dos arts. 4º, inciso III, e 51, inciso IV”³¹.

A Parte Geral do Código Civil também fixa princípios que produzem reflexos em todo o ordenamento jurídico servindo como condições de sua explicação, muitos dos quais estão contidos em normas, porém em sua grande maioria, estão implícitos no sistema jurídico civil, exemplificadamente: “3) O da proibição do locupletamento ilícito; (...) 7) O de que ninguém pode invocar a própria malícia; (...) II) o de que as obrigações contraiadas devem ser cumpridas; (...) 19) o de que nas relações sociais se tutela a boa fé e se reprime a má fé”³². Ainda mais no Direito do Consumidor onde tais princípios ganham contornos mais acentuados.

6. QUALIDADE DO SERVIÇO

Provedor de acesso à Internet, em regra, quando oferece os seus

²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, p. 104.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, p. 356 .

³⁰ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dai Pai. *Op. Cit.*, p. 37 .

³¹ CUNHA, Belinda *Op. Cit.*, p. 65/66.

³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - teoria geral do direito civil. 11. ed. aum. e atual.*, 1. v., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 59/60,

serviços aos consumidores, compromete-se em disponibilizar através de meios digitais de transmissão de informações, acesso limitado Internet sem restrição de tempo e horário, com acesso garantido em todos os momentos para que o usuário, faça uso das comodidades oferecidas pela "grande rede".

Destacam-se dentre os princípios norteadores da atividade publicitária no seu relacionamento com o consumidor o princípio da veracidade (art. 31, *c/c* o art. 37, §§ 1º e 3º) - que obriga que a publicidade seja escorreita (honesto -, e o princípio da obrigatoriedade do cumprimento (art. 30) - que afirma que a publicidade integra o contrato que vier a ser celebrado e obriga o fornecedor a cumprir a oferta veiculada, vedando-se assim o anúncio de mera atração de clientela³³.

Nesse mesmo sentido, de acordo com a regra expressa do art. 48 do CDC:

"Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, inclusive a execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos." (Grifos acrescentados).

Diante das disposições do artigo em questão os fornecedores precisam ficar atentos em suas declarações de *vontade* em folhetos, propagandas e recibos que, porventura, impliquem obrigações pensadas nem queridas³⁴, já que, uma vez propostas, não poderão recusadas. *"Nessa perspectiva, o simples fato de ofertar produto ou serviço já obriga o fornecedor a cumprir o ofertado"*³⁵. De fato, o código afirma que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços recusar atendimento às demandas dos consumidores (art. 39, II).

O acesso à Internet, como já fora visto, deve ser prestado de forma continuada e com qualidade ao usuário. Nesse sentido Luiz Antônio Nunes assevera que o CDC:

*"(...) privilegia o aspecto 'qualidade' dos produtos e serviços. E a qualidade (...) pode ser definida como aquilo que o consumidor entende como tal. Ou, outras palavras, oferecer produtos e serviços de qualidade significa atender às expectativas, desejos, interesses, necessidades e direito do consumidor" (Grifos acrescentados)*³⁶.

É essa qualidade relegada à segundo plano muitas vezes pelo Provedor de acesso. A ânsia em conseguir mais usuários pode levá-lo a agir em função da ganância de novos mercados, de maiores lucros e satisfação de seus desejos e ambições, fazendo-o desenvolver uma atividade com qualidade abaixo do nível adequado.

³³ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 89.

³⁴ NUNES, Luiz Antônio. *Op. Cit.*, p. 91.

³⁵ ALMEIDA, João Batista de. *Op. Cit.*, p. 83.

³⁶ NUNES, Luiz Antônio. *Op. Cit.*, p. 32.

Esse tipo de fornecedor limitado muitas vezes comporta como se estivesse fazendo um favor ao cliente, quando na verdade a qualidade na prestação do serviço é uma obrigação inerente à sua posição na relação de consumo que, em regra, deveria ser de parceria e não de oposição.

Não basta, portanto, a simples entrega do produto ou realização do serviço. Necessário se faz que este seja realizado de acordo com o tempo, o modo, e o lugar convencionados, circunstâncias essas não verificadas na hipótese dos autos.

Nesse sentido Peter Kent afirma que:

*"Embora a maioria dos fornecedores de acesso (organizações que podem conectar você à Internet) garantam que fornecem um amplo suporte técnico, muitos deles são pequenas organizações sem fins lucrativos que têm problemas em atender à demanda. E pelo fato de a Internet ser uma criatura tão amorfa, estas organizações podem sempre alegar que seu problema se encontra em outra área. A Internet cresceu tão rapidamente nos últimos anos que alguns fornecedores de acesso estão fornecendo um serviço muito ruim." (Grifos acrescentados)*³⁷.

Sônia Aguiar ainda assevera com muita propriedade sobre os provedores de acesso à Internet alertando que "(...) é preciso tomar cuidados pois, em toda a área iniciante de negócios, existem aqueles preocupados em ganhar dinheiro rapidamente, sem zelar pela qualidade de serviços oferecidos e os direitos do consumidor"³⁸.

Em razão de qualquer falha ou interrupção na prestação desse serviço, o usuário fica plenamente respaldado a exigir o ressarcimento dos prejuízos causados pelo Provedor, podendo inclusive se valer de todo o aparato disponível pelo Código de Defesa do Consumidor para exigir o adimplemento das obrigações assumidas de forma coercitiva através da concessão da tutela específica (art.84, CPC).

7 – CONCLUSÃO

Percebe-se do exposto que o Provedor de acesso à Internet, na posição de fornecedor de serviços, responsabiliza-se objetivamente pela má prestação ou falta dos seus serviços, não se perquirindo aí se agiu com culpa ou dolo, devendo arcar com as consequências advindas dessa prestação inadequada e de baixa qualidade bastando que fique configurado o nexo causal entre a sua conduta (seja omissiva ou comissiva) e os prejuízos verificados ao seu usuário.

Na maioria dos casos, uma visão imediatista, que privilegia o curto prazo, acaba por repercutir fatalmente na qualidade final do serviço. Luiz Antônio Nunes assevera a esse respeito que:

"Uma estratégia moderna pensa o consumidor como um comprador adquire um único produto ou serviço e um certo lucro imediato e

³⁷ KENT, Peter. *Op. Cit.*, p. 12.

³⁸ AGUIAR, Sônia. *Desatando os nós da rede: dicas para você não se enrolar na internet*. Rio de Janeiro: SENAC Nacional, 1997, p. 38, grifos acrescentados.

específico. Uma estratégia moderna administra o consum como um potencial de médio/longo prazo. Quando o empresário administra em a prazo ele acaba por prestar um atendimento para todo consumidor individualmente não gerar o lucro esperad, com isso termina minando a qualidade de negócio". (Grifas acrescidos)³⁹.

Os Provedores de acesso à Internet, como qualquer ou fornecedor de bens ou serviços, precisam entender, de uma vez todas, que o objetivo principal de seu negócio é o atendimento expectativas e necessidades do consumidor. De fato, "É somente a partir *do respeito ao direito do consumidor que o empresário pode expandir e manter a sua empresa*"⁴⁰.

Gaudêncio Torquato ensina com muita propriedade que o "novo consumidor agora muito atuante, não aceita mais as *explicação em tomo de descasos, desconsiderações, desleixo oferecidos pelas organizações públicas e privadas*"⁴¹.

Infelizmente, alguns Provedores não compreenderam, ain que um contrato limpo, uma conduta comercial clara e transparente, procedimento leal, induzem ao retomo do consumidor para fazer novos negócios⁴². É "(...) *necessário que as mentalidades seja modificadas, fim de que os agentes econômicos percebam que seu ingresso mercado de consumo representa muito mais do de uma simples atividade tendente a obtenção de lucro*"⁴³.

Assim, até que os Provedores de acesso à Internet passem se comportar de forma mais apropriada e profissional, respeitando direitos básicos do consumidor, caberá à este fazer valê-se coercitivamente através da intervenção do Poder Judiciário⁴⁴, exigindo uma pronta e justa reparação aos danos morais e materiais sofridos para que a eficiência e a qualidade dos seus serviços jamais sejam relegadas à segundo plano em detrimento do lucro desmedido.

8 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Sônia. Desatando os nós da rede: dicas para você não se enrolar na Internet. Rio de Janeiro: SENAC Nacional, 1997.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ARELA, Joçao de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed., 1. v., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

³⁹ NUNES, Luiz Antônio. *Op. Cit.*, p. 16.

⁴⁰ NUNES, Luiz Antônio. *Op. Cit*" p. 18

⁴¹ Relações Públicas e o consumidor do Brasil de Hoje, *Revista Comunicl, Apud ANDRADE, Cândido Teobaldo de Souza. Op. Cit.*, p. 143.

⁴² BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dai Pai. *Op. Cit.*, p. 40.

⁴³ *Apud* BONATTO, Cláudio; MOF3AES, Paulo Val~rio Dai Pai. *Op. Cit*" p. 5

⁴⁴ Reza o CDC, em seu art. 83, que o consumidor é legitimado para propor toda e qualquer espécie de ação que lhe seja útil para a defesa dos direitos e interesses relativos às relações de consumo.

Associação Brasileiras de Provedores de Internet. Notícia de 29/07/99(<http://www.Abranet.org.br>).

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dai Pai. Questões controvertidas *no código de defesa do consumidor*. 2. ed. ev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALHEIROS, Renan. *Proteção ao consumidor*. Diário de Natal. 19.05.1999.

_____ Como *funciona a Internet*. Revista "Consumidor S. A.", n.º. 29, São Paulo: IDEC, abril de 1998.

_____ *Cuidado com as armadilhas do comércio virtual*. Revista "Consumidor S. A.", n.º. 29, São Paulo: IDEC, abril de 1998.

CUNHA, Belinda Pereira da. *Antecipação da tutela no código de defesa do consumidor: tutela individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - teoria obrigações contratuais e extracontratuais*. 3. V., São Paulo: Saraiva, 1996.

FERNANDES, Antônio Joaquim. *Responsabilidade do provedor into* <http://www.jurinforma.com.br> (06.06.99).

_____ *Imobiliárias descobrem poder de venda da Internet*. *Jornal Gazeta Mercantil*. 16.09.99, p. c-1.

KENT, Peter. *Guia incrível da Internet*. São Paulo: Makron Books, 1995

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 2, rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1998

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa Consumidor*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MILLER, Michael. *Internet rápido e fácil para iniciantes*. Vanderberg Dantas de Souza. Rio de Janeiro: Campus, 1995

NUNES, Luiz Antônio. *Curso Prático de Direito do Consumidor*. S Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SILVA, Luiz Cláudio. *Responsabilidade civil: teoria e prática das ações* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TRACY LNJUEY, Jeany C. Ryer. *O manual da Internet*. tradução Insig Serviços de Informática. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DO SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO

Luis Henrique Silva Medeiros
Acadêmico Concluinte do Curso de Direito - UFRN

1 - INTRODUÇÃO

Indiscutivelmente, instigante. Eis nossa primeira impressão sobre o tema *responsabilidade civil*. Amplitude e profundidade. É a segunda sensação dos que adentram pelos seus caminhos.

Sem dúvida, trata-se do ramo do direito que mais se aproxima do ideal, muitas vezes utópico, de justiça. Aquela almejada pela maioria dos estudantes da ciência do direito e que, na prática, resta longe de ser aplicada. É na sua doutrina que se buscam as explicações e soluções para os danos causados por injustiças - sejam elas oriundas de entes públicos, sejam provenientes de atos de particulares.

Obviamente, como todo ramo jurídico, *teve sua evolução histórica*. Nasceu pequeno, aplicável a casos restritos e a situações preestabelecidas. Entrementes, ao longo do tempo, *pari passu* ao crescimento da noção de humanismo e da justa reparação de males injustamente causados, ganha corpo, tornado-se uma das disciplinas mais importantes do direito na atualidade.

Diante de tão amplo leque de opções, optamos por abordar um subtópico *novo*, o qual, apesar de já está intrínseco na nossa carta constitucional de 1988, foi recentemente esmiuçado pela lei 9.503/97, ou código de trânsito brasileiro.

Trata-se da *responsabilidade objetiva dos órgãos e entidades que compõem o sistema nacional de trânsito* - sistema este também nascido do retro diploma legal-, que pela primeira vez foi tão incisivamente abarcada por lei ordinária, implicando em atenção e cuidado adicional para aqueles que têm a competência sobre as estradas e rodovias brasileiras.

No entanto, não poderíamos nos furtar em fornecer, mesmo que de maneira sucinta, algumas noções acerca da Teoria da Responsabilidade Civil, mormente no que concerne à responsabilidade civil do Estado.

2 - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

A idéia de reparação é uma das mais antigas idéias morais humanidade¹. A sensação de revolta por um dano injustamente sofrido o conseqüente anseio de ressarcimento são intrínsecos à natureza humana.

Não custou muito para a religião condenar o abuso de direito disseminando seus dogmas e proibições, e estimular o arrependimento, primeiro passo em direção à reparação. Criaram-se dogmas e paradigmas em torno do que se passou a considerar *moral* - limite tolerável por cada sociedade -, indo contra esse conceito (cujo conteúdo poderia variar em virtude de casta, tribo, nação, religião, etc.) todo qualquer ato que pudesse violar princípios estabelecidos em determine ordem social e, por

¹ Caio Mário da Silva Pereira *apud* George Rippert

consequente, gerar um dano a um de seus membros.

Destarte, a primeira noção de reparação que se conhece está atrelada à idéia da *responsabilidade moral*.

No mundo jurídico, as primeiras aplicações do que viria a nossa responsabilidade civil, remontam à Roma Antiga. Ali, num primeiro momento, concebia-se apenas a reparação vinculada a um contrato preexistente. Era a noção de responsabilidade adstrita ao âmbito contratual e particular. Aplicava-se o que hodiernamente nos parece o óbvio: a penalização pelo não cumprimento do que houvera sido avençado. Se bem analisarmos, mesmo consequência tão elementar representou uma evolução enorme em relação ao tempo em que partes contratantes ficavam desamparadas ante um eventual descumprimento do acordado. A noção de *responsabilidade contratual*, pois já se fazia presente àquela época.

Aproximadamente em 250 a.C. surge a *Lex Aquilia*, originária de um plebiscito proposto pelo tribuno aquílio, a qual teve o mérito de ser o primeiro diploma legal a prever a *responsabilidade extracontratual aquiliana*. Segundo seu texto, para que se configurasse o dano produzido pela injúria (*damnum iniuria datum*), era necessária a presença dos seguintes elementos: a) *damnum*, ou lesão da coisa; b) *iniuria*, ou ato contrário ao direito; c) *culpa*, quando o ato resultava de ato positivo agente, praticado com dolo ou culpa².

Foi, portanto, a partir de sua edição, de acordo com a doutrina mais abalizada, que se introduziu o elemento *culpa* como um dos fundamentos da reparação do dano - *In lege Aquilia et levissima culpa venit*. Ou seja, a partir de sua vigência perquiria-se, outrossim, o aspecto subjetivo do dano ocasionado. A semente plantada com a edição da *Lex Aquilia* somente vem a tomar corpo e gerar frutos séculos mais tarde. É na França, durante o século XIX, que a doutrina da culpa ganha força, mais precisamente com a edição do Código Civil francês ou Código de Napoleão, cujo artigo 1382 prescrevia: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*³.

Para os seus adeptos, era inadmissível a imputação de reparação de dano a alguém se não ficou demonstrada ao menos uma das vertentes da culpa - imperícia, negligência ou imprudência. O senso de justiça, segundo estes, perpassava sempre pela certeza de existência do vínculo subjetivo entre a lesão e o ato do agente. Pior do que deixar desamparada uma eventual vítima seria condenar injustamente quem não concorreu para a consubstanciação do fato danoso.

Como nada na Ciência jurídica é imutável, a teoria subjetiva, na medida em que era mais pormenorizadamente estudada, passou a sofrer críticas. As mais importantes e frequentes atentavam para o fato de que, por vezes, era extremamente complicado para o lesado provar a culpa do autor. Isto porque os estudiosos do Direito e o próprio texto do Código imputavam o ônus da prova à vítima. Situações havia em que a parte vitimada simplesmente não tinha meios de comprovar a imprudência, negligência, imperícia ou omissão do agente causador.

Tais críticas ecoaram mais forte do peito de dois dos maiores doutrinadores da época: Josserand e Saleilles. Os dois passaram a ser os baluartes de uma nova concepção da responsabilidade civil, mais objetiva e com desprezo do

² Orlando Soares *apud* José Carlos Moreira Alves (Direito Romano, Vol. 11, 280)

³ todo e qualquer ato de homem que cause a outrem um dano, obriga aquele que o originou a repará-la (tradução livre)

elemento culpa. Fala-se aqui do nascimento da teoria *objetiva*, a qual teve por primazia a observância de apenas dois requisitos para uma possível reparação: o *dano* ou *prejuízo* e o *nexo de causalidade* entre o fato e o dano.

Na opinião de Saleilles a doutrina da culpa incorre em erro de exegese sobre o texto do retro citado dispositivo legal. No seu entender, a palavra *faut* (culpa, erro) há de ser interpretada como *fait* (fato ou causa determinante do dano). Assim fazendo, o intérprete chegaria logo à conclusão de que a busca pela subjetividade, em grande parte das demandas reparatórias, é a supérflua. Ora, presumindo-se que o legislador francês quis referir-se ao fato provocador do dano e não ao erro ou culpa do agente, conclui-se que basta a sua presença, aliada obviamente a comprovação da lesão sofrida, para que o pleito se torne legítimo. *O elemento culpa é, portanto, prescindível.*

Luis Josseland, por sua vez, utiliza como argumento a necessidade de uma interpretação menos literal do texto do Código. Na sua visão, a teoria objetiva é uma resposta aos anseios sociais por uma segurança jurídica mais condizente com a vida contemporânea – arriscada e violenta. O incremento tecnológico, a mudança de hábitos, o próprio aumento populacional, etc., ao proporcionarem um afastamento da vida "bucólica" de outrora, trouxe um maior risco. cotidiana. Tudo isso, aliado à noção cada vez maior de humanismo justiça resultou numa demanda por uma segurança mais efetiva e eficiente. Eis uma das justificativas para a adesão à teoria *objetiva*, a seu ver mais célere e menos burocrática.

A partir da obra dos dois autores, a teoria objetiva ganha adeptos em todo o mundo e evolui para o que hoje em dia também conhecido como doutrina do risco.

Salientamos que, malgrado o crescimento da teoria objetiva doutrina subjetiva não deixou de existir e ser aplicada. Ocorre que, maioria dos ordenamentos jurídicos, existe previsão legal para ambas, devendo o operador da norma atentar para o caso específico.

É o que acontece no Direito pátrio. No Brasil, evitou-se a filiação exclusiva a um sistema, preferindo tanto os legislado constituintes quanto os ordinários preverem ambas as posições.

O nosso Código Civil já era ambíguo desde a sua publicação abraçando ora dispositivos claramente filiados a teoria subjetiva, filiando-se à corrente objetiva da responsabilidade. A Constituinte Federal de 1988 seguiu a mesma tendência, com exceção responsabilidade do Estado, a qual reputou eminentemente *objetiva* (art. 37, § 6º).

Creemos ser correta a posição adotada pelo nosso ordenamento, haja vista a disparidade de situações de potenciais reparações oriundas das relações humanas. O melhor caminho é o de lograr diferir as diferentes circunstâncias, atentando principalmente PI as partes componentes dos dois pólos da relação processual estabelecendo parâmetros de aplicação das duas correntes.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Intentando chegar ao ponto fulcral do nosso trabalho - responsabilidade objetiva dos Órgãos componentes do Sistema Nacional de Trânsito -, haveremos de passar obrigatoriamente pelo tema da responsabilidade civil do Estado ou responsabilidade administrativa.

3.1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA:

Cumpra salientar, primeiramente, que a aceitação da idéia de responsabilidade civil do Estado foi fruto de grande evolução ocorrida ao longo da história.

A bem da verdade, houve um tempo em que se defendia a total irresponsabilidade do Estado frente a ato ilícito seu. O Estado Absolutista como sua própria essência permite aferir, simplesmente não admitia que o rei pudesse errar e, portanto, inadmissível seria uma eventual separação. *The King can do no wrong* era a frase que resumia bem tal período. Por óbvio, tal entendimento só poderia ser fruto de um estado totalitário, que não acolhia nenhum questionamento que arranhasse sua soberania.

Mesmo sob a égide do Estado Absoluto, talvez sob influência do movimento iluminista nascente, surge posição mais amena, aceitando, em alguns casos, a responsabilidade do Estado. Segundo esta corrente os atos do rei ou imperador se dividiam em atos de império (*iure imperii*), quando este agia de forma impositiva, objetivando a vontade do ente “Estado” como um todo pessoa física, e atos de gestão (*iure gestionis*) quando agia em semelhança ao particular ou tendo por fito assuntos de cunho privatista.

A essa época, o indivíduo que se sentisse lesado por ato de agente do Estado, haveria de, primeiramente, questionar se este havia sido praticado através ato de império ou ato de gestão. Na primeira hipótese, não haveria remédio para o dano causado, devendo o particular se conformar com o prejuízo. Na segunda, sim, caberia reparação, tendo em vista o Estado haver se equiparado a um particular.

Não precisamos dizer que tanto a teoria da irresponsabilidade total quando a dos atos de império e gestão sofreram duras críticas. A primeira, tendo em vista seu caráter autoritário e injusto. A outra, em relação a pouca clareza da distinção entre os termos atos de império e de gestão, além da impossibilidade de se dividir a personalidade do Estado – eminentemente pública.

Tal entendimento perdurou por tempo considerável, até a conclusão, e desta vez intangível, de que o Estado seria o responsável pelos atos de seus agentes. Era o início da solidificação da teoria da culpa no âmbito administrativo. Bastava a comprovação da culpa do agente que a Administração ficaria obrigada a reparar o dano.

A partir daí, vê-se a evolução de uma das mais importantes teorias que explicam a responsabilidade civil e que, como já dissemos, é aplicada até os dias de hoje. Nesse mesmo sentido, surgiram subdivisões desta mesma corrente, todas procurando explicar a responsabilidade do Estado, desvinculando-a cada vez mais da culpa do agente (culpa administrativa, teoria do risco integral e teoria do acidente administrativo).

Isto posto, logramos oferecer uma definição atual da responsabilidade civil do Estado como sendo a *obrigação ou dever legal de reparação ou ressarcimento do dano ou prejuízo causado pelo ato abusivo OU excessivo de um órgão da administração pública, seja q sua esfera de atuação, a um dos administrados*⁴.

3.2 - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

A doutrina nacional, abeberando-se no direito francês, custou a se

⁴ Orlando Soares

dividir em discussões quanto a melhor corrente a ser adotada na responsabilização do Estado.

O legislador, por sua vez, não tardou a conferir respotl internacional celeuma, adotando, através do art. 15 do nosso Código Civil o principio da responsabilidade objetiva para a administração, a saber:

Art. 15 - As pessoas jurídicas de direito público são civilm responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito, faltando ao dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Ademais, tal corrente foi adotada por diversos dispostl legais, restando claro que se o legislador pátrio não se filiou totalman ela - haja vista ter abraçado em outros tantos artigos do C.C. a teoria da culpa -, tampouco a ignorou por completo.

Atualmente, pode-se afirmar que a responsabilidade objetiva do Estado possui contornos constitucionais. Em seu texto, o legislador constituinte originário tratou de deixar expressa sua preferência quan afirma que as *pessoas de direito público e de direito privado prestado, de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, ne qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso* contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Afere-se, pois, que no sistema juridico brasileiro dispensam-se todos os questionamentos referentes à culpa ou dolo do agente (se mesmo foi negligente, imperito, ou imprudente) ou culpa do servi prestado (mau funcionamento, não funcionamento, funcionamen retardado). Trata-se da teoria do risco aplicada na integralidade, isto verificada a existência de um dano e a presença do nexu de causal ida entre o ato da administração e o prejuízo sofrido, procede o dever reparação. A culpa e o dolo do agente somente precisam • determinados para estabelecer a ação *in rem verso*, da Administraç contra o agente. Quer dizer, o Estado responde perante a vítima, independentemente da culpa do servidor. Este, entretanto, responde perante o Estado, em se provando que procedeu dolosa ou culposamente⁵.

4 - DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS ÓRGÃOS E ENTIDADES COMPONENTES DO SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO

Com o advento do novo Código de Trânsito Brasileiro, substituído do antigo Código Nacional de Trânsito, as discussões sobre o tema ganharam novos contornos. Os motivos para tanto são vários: o aumento do valor das penalidades pecuniárias, o rigor com que algumas condutas ilícitas passaram a ser tratadas, a tipificação de algumas infrações como crimes de trânsito, a criação de um Sistema Nacional de Trânsito.

Tanta novidade fez com que a mídia voltasse os olhos para o diploma legal em comento como nunca fizera com nenhum outro ramo do Direito. Tal fato trouxe o primeiro resultado positivo do novo Código: a atenção da população. Se nós, operadores da Ciência Jurídica, apreendemos desde os primeiros estudos que não se pode alegar o desconhecimento de norma, a mesma consciência não assenta na grande maioria da população. E como nosso contingente de analfabetos e semi-analfabetos é enorme, temos um grande número de normas legais que simplesmente "não pegam", isto é, em virtude do desconhecimento geral sobre o seu conteúdo (ou, em certos casos, por puro interesse particular) não são eficazmente aplicadas.

⁵ Orlando Gomes *apud* Washington de Barros Monteiro (Curso ... , vol 5, p. 108)

Felizmente, *in casu*, isto não ocorreu. Talvez por temor do alto valor da infrações, os brasileiros voltaram seus sentidos para o que dispunha o novo ordenamento de trânsito, o que acabou por diminuir sobremaneira o número de mortes nas estradas.

O Código de Trânsito Brasileiro foi constituído através da Lei Federal 9.503/97, alterada pela Lei 9.602/98, entrando em vigor na data de vinte e três de janeiro de 1998, após um *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias. Sob o ponto de vista técnico-legislativo já sofreu severas críticas por parte da doutrina, principalmente no que concerne ao capítulo dos crimes de Trânsito. Condenam-se, sobretudo, sua imprecisão técnica e a afronta a alguns princípios de Direito Processual.

A despeito de tal celeuma, decidimos nos ater ao mérito do nosso estudo - a responsabilidade objetiva dos Órgãos e Entidades do Sistema Nacional de Trânsito, expressamente abraçado pelo nosso Código -, deixando para outra oportunidade o comentário sobre as referidas divergências.

4.1 - DO SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO

O legislador tratou, através do art. 5º do Código, de conceituar o que seria tal organismo, a saber, *claris verbis*:

"Art. 5º. O Sistema Nacional Trânsito é o conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal dos Municípios que tem por finalidade o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação engenharia, operação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades."

Percebe-se, pois, que a gama de atribuições é grandemente literalmente, tudo o que estiver relacionado com o tráfego de veículo. passageiros, nas mais diversas vias do território nacional, adentra no rol competência do SNT.

Em seguida, o art. 6º do mesmo texto legal assevera seus três objetivos básicos, *in verbis*:

"Art. 6º. São objetivos básicos Sistema Nacional de Trânsito:
I - estabelecer diretrizes Política Nacional de Trânsito, com vista segurança, à fluidez, ao conforto, à defa., ambiental e à educação para o trânsito;
II - fixar, mediante normas procedimentos, a padronização de critérios técnicos, financeiros e administrativos para execução das atividades de trânsito;
III - estabelecer a sistemática de fluxos permanentes de informações entre seu" diversos órgãos e entidades, a fim de facilitar o processo decisório e a integração do Sistema."

Com efeito, fixados os seus objetivos fica mais fácil definir se campo de atuação e cobrar eventuais falhas. O legislador não quis deixar margem à dúvidas quanto as atribuições do Sistema em estudo. Além disso, no artigo seguinte tratou de

elencar os órgão e entidades que o comporiam, *ipsis literis*:

"Art.7º. Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades:

I - O Conselho Nacional de Trânsito CONTRAN, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo;

II - Os conselhos Estaduais de Trânsito - CETRAN e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal - CONTRADIFE, órgãos normativos, consultivos e coordenadores;

III - os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

IV - os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

V - a Polícia Rodoviária Federal;

VI - as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e

VII - as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - JARI .."

Expostos o seu conceito, objeto e composição, resta mais fácil compreendermos o contexto jurídico-positivo em que está inserido. O legislador almejou, através da sua criação, conferir um concatenamento lógico às questões afeitas à matéria, redimensionado toda a composição dos órgãos e entidades relacionados à disciplina trânsito.

Observa-se que, se por um lado foi exigida uma maior rigidez de conduta por parte dos usuários, de outro bordo o leque de atribuições daqueles que gerem o tráfego nas nossas vias públicas aumentou em muito. Ao elencar, na sua seção II do Capítulo II, a competência de cada IIII dos componentes do Sistema, preveniu-se uma série de conflitos que certamente adviriam com a promulgação CTB.

4.2 - DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS ÓRGÃOS QUE COMPÕEM O SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO

Como já dissemos, trata-se de tema já pacificado pelo legislador constituinte, o qual através do art. 37, § 6º da CF adotou a teoria do risco ou objetiva no pertinente a responsabilidade administrativa. Nos dias atuais, tal questão é ponto pacífico, ensejando dúvidas aos que se deparam com o assunto.

Entrementes, não bastasse a previsão constituído supra mencionada, o legislador do Código entendeu por bem explicitar seu texto a prescrição de responsabilidade objetiva para os órgão entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito e no seu art. 1º § 3º, asseverou:

"Os órgãos e entida componentes do Sistema Nacional de Trán respondem, no âmbito das respectl competências, objetivamente, por dan, causados aos cidadãos em virtude de 89 omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercicio do direito do trânsito seguro."

Pode parecer exagero da parte do legislador, haja vista constar preceito constitucional e dispositivo do Código Civil (em vigor desde 1916) no mesmo sentido, entretanto, tratando-se de direito a ser assegurado ou de dever a ser observado pela administração, cremos q nunca é demais fazê-lo constar o maior número de vezes.

Sabe-se que brasileiro, principalmente os agentes públicos, tem o péssimo hábito subvalorizar norma constitucional ante qualquer ato administrativo (despacho, resolução, decreto, etc.). Assim, vale mais a ordem emana da autoridade imediatamente superior que qualquer texto legal. Enquanto tal cultura prevalecer, não há de se falar em excesso de zelo. Ademais pelo fato do Direito de Trânsito ser uma especialidade bastante peculiar os seus operadores tem a tendência a se enclausurarem, fechando olhos para os demais ramos da Ciência Jurídica. Desta feita, uma previsão expressa no próprio texto legal de seu manuseio habitual é um grande passo para o cumprimento do princípio em tela.

Outro ponto positivo é a imediata ciência dos órgãos entidades candidatas ao SNT de que podem vir a ser responsabilizadas objetivamente por danos causados aos cidadãos em virtude de omissão ou erro seus.

Da análise amiúde do dispositivo em tela, percebe-se que legislador comete uma sutil imprecisão técnica. Ao elencar as três possíveis causas de reparação - *ação, omissão ou erro* - desviou-se em parte da teoria do risco ou objetiva. Explica-se: quando o mesmo fez anotar o *erro* como um dos motivos de uma provável indenização adentrou, por certo sem intenção, no espectro da teoria da culpa serviço (vertente da teoria da culpa ou subjetiva na esfera administrativa). Ora, se a responsabilidade é objetiva prescinde do elemento culpa – e o que é o erro, em sentido *lato*, senão um dos sinônimos desta? Que errou, ou foi imprudente, ou foi negligente, ou foi imperito na análise de determinado fato ou circunstância. Em algum momento da sua linha de raciocínio o agente cometeu um equívoco ou erro de interpretação, o que o levou a agir com manifesta culpa. Obviamente, dependendo do sentido em que são empregados, podem apresentar sentidos diferentes, no entanto em sua essência não podem ser dissociados.

Seguindo tal linha de raciocínio, conclui-se que, tendo em vista lograr legislador a adoção da teoria objetiva ou do risco, a menção do termo erro foi imprópria. Por outro lado, temos que este deslize não finda por descaracterizar o princípio abarcado, porquanto o *mens legis*, neste caso, é incontestável.

O rol de competências de cada um dos componentes é grande, significando uma atenção constante por parte daqueles que têm o mister da manutenção da ordem nas nossas estradas e rodovias.

Os tribunais, apesar de já se manifestarem favoravelmente à responsabilidade objetiva das autoridades de trânsito, tendem a ser mais rigorosos em decorrência da enorme gama de atribuições conferidas aos órgãos e entidades do SNT.

O resultado para o cidadão, portanto, tende a ser positivo, na medida em que este está mais cômico dos seus direitos e possui todos os instrumentos legais para demandar uma eventual indenização por danos causado pelos responsáveis pelo trânsito brasileiro.

CONCLUSÃO

Em que pesem os limites do presente trabalho, cremos haver atingido o seu fito principal, qual seja: fornecer uma noção inicial acerca de um tema do Direito de Trânsito bastante estimulante, a *responsabilidade civil dos órgãos e entidades do SNT*, perpassando, ainda, por alguns conceitos e evoluções da Teoria da Responsabilidade Civil ao longo da história.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, 2 vols, São Paulo: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roerto. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 1995.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Código de Trânsito Brasileiro Anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NÁUFEL, José. Novo Dicionário Jurídico Brasileiro. São Paulo: Foren 1997.

PEDROTTI, Irineu Antônio. Responsabilidade Civil, 2 Universitária, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. São Paulo: Forense, 1991.

SOARES, Orlando. Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro. São Paulo: Forense, 1996.

DIREITO INTERNACIONAL E GLOBALIZAÇÃO

Luiz Marcelo Varella de Azevedo
Acadêmico do 5º período do Cursô de Direito - UFRN.

1 - INTRODUÇÃO

Em todas as sociedades, desde a Antigüidade, sempre existiu alguma forma de troca, de comércio, bem como, sempre existiu o Direito. Direito esse que sempre ofereceu as bases para o desenvolvimento da sociedade e do comércio, seja este de qualquer natureza. O Direito, com seus princípios e normas, permitiu a estruturação das relações econômicas, em suas fases sucessivas, desde a implantação dos processos de produção e troca, até a estruturação do mercado, como é concebido hoje. Assim, compreende-se que o Direito é responsável pelo modelo econômico em vigência e da conseqüente "globalização", que, ao contrario do que muitos pensam, é um fenômeno antigo, que teve início do séc. XV com as expansões marítimas européias, em busca de novos mercados. A globalização como processo da Nova Ordem Econômica Internacional foi estabelecida pelo Direito Internacional, a partir do final da II Guerra Mundial.

ASPECTOS HISTÓRICOS

O mundo traumatizado do pós-guerra, a partir de 1945, precisou-se recuperar-se e evitar a repetição dos mesmos erros que levaram às duas Guerras Mundiais, erros relevantes, como o problema da dívida internacional, tornado insolúvel pela brutalidade das reparações impostas à Alemanha ao fim da I Guerra, e o traumatismo da grande Depressão dos Anos 30, quando "os planejadores do mundo pós-guerra acreditavam na relação causa e efeito entre a desorganização econômico-financeira dos anos que intermediaram as duas guerras mundiais, e a segunda conflagração" (Jacob Dolinger, 1975, p. 17). Por outro lado, a Liga das Nações (LdN), que havia sido criada em 1919, com o objetivo de ser o grande fórum internacional de negociações e de definição do Direito Internacional, mesmo tendo o incentivo do Presidente americano Woodrow Wilson, por questões políticas internas, os EUA não aderiram à Liga o que a enfraqueceu. Além disto os mecanismos adotados pela Liga não foram eficientes para solucionar as questões internacionais. "O golpe mortal à LdN foi desferido, em setembro de 1939, pela Alemanha, ao desencadear a Segunda Guerra Mundial". (Ricardo Seitenfus, 1997, p. 104). Formalmente, a LdN encerrou suas atividades em 31 de julh 1947, todavia a organização já havia perdido credibilidade, desde meados da década de 30, então, para atender á necessidade da criação de instituições que pudessem manter a paz e a segurança do mundo além de coordenar, as matérias internacionais, sejam culturais, sejam econômicas, em 1945, foi instituída a Organização das Nações Unidas (ONU), firmada através da Carta de São Francisco.

A ONU, como obra dos vencedores da II Guerra Mundial, possuía uma política liberal, ao contrário dos países do Eixo possuíam uma política intervencionista e essencialmente prote marca o início de uma Nova Ordem Internacional, com o coroamenl, neoliberalismo em sua essência, nas palavras de Dolinger: "o leitmotiv planejamento econômico da época do final da Segunda Guerra Mudial era de que a paz seria alcançada através da prosperidade de todo povos, e que isto só poderia ser

conseguido através do multilateralismo, i. e. a liberação do comércio internacional das restrições de escalt (Jacob Dolinger, 1975, p. 17). Ainda segundo a opinião do jurista" caracteriza melhor a renúncia à soberania nacional em matéria mone do que a cláusula IV, artigo 5º do Acordo de Bretton Woods, cuja letra "b" reza o seguinte: A alteração no valor par da moeda de um país som poderá ser feita mediante proposta deste e, ainda assim, após con ao fundo" (Jacob Dolinger, 1975, p. 20). O caráter neoliberal também deve ao fato da Carta da ONU estabelecer as bases anteriorm desenvolvidas pela Convenção de Bretton Woods de 1944 e pela carta do Atlântico de 1941, firmada por Roosevelt e Churchill, que mencionava a necessidade de manter aberto "o acesso ao comércio matérias primas do mundo, indispensáveis para a prosperidade econômica" (Ricardo Seitenfus, 1997, p. 154).

3. BRETTON WOODS E O CONFLITO DAS TEORIAS

Segundo o jurista R. Lavalle, citado pelo prof. Celso Mello, acordos de Bretton Woods foram os primeiros tratados internacio com conteúdo econômico e financeiro com vocação universal" (Celso Mello, 1997, v. 1, p. 651). Nesta convenção, duas teorias se chocara teoria do consagrado economista inglês John Maynard Keynes e a teoria da equipe americana, liderada então por Harry Dexter White. A teoria Keynes, visava a adoção de um sistema financeiro internacional, dotado de instrumentos adequados para garantir o equilíbrio entre as nações. Keynes, representava os interesses da Grã-Bretanha, "que não tinha mais condições de garantir a conversibilidade da libra esterlina, e prévia no após-guerra, um longo período deficitário no balanço de pagame e propunha, entre outros pontos, a criação de uma moeda internacional específica: o Bancor" (Roberto Campos, 1995, p. 4). As dívida da Inglaterra seriam pagas em Bancor e não em uma moeda nacional, como o dólar, cuja emissão ela não podia controlar. Criar-se-ia, então, um Banco Central Mundial, que emitiria tal moeda internacional. O Bancor estava destinada a "manter o equilíbrio necessário entre os recursos financeiros mundiais que estavam sobrando e as necessidades de crédito por parte das nações deficitárias" (Sebastião Roque

1997, p. 101). Por tal fato o prof. Celso Mello, afirma haver em tal plano "um abandono importante da soberania, pois nele havia o embrião de um futuro governo econômico do mundo" (Celso Mello, 1997, v. 1, p. 651). Já o plano White, "que obviamente estava voltado para a percepção que os americanos tinham de seus interesses, implicava, de fato, na criação de um padrão-dólar, mais flexível do que o padrão ouro do pré-guerra". (Roberto Campos, 1995, p. 4). O plano White tinha como objetivos manter a estabilidade do câmbio, regular os pagamentos internacionais., além de idealizar o comércio.

A idéia de White vingou, sendo criado, então, um novo Sistema Monetário Internacional, "visando à recuperação e a expansão do comércio internacional, graças à adoção de uma moeda-padrão estável, à concessão de empréstimos à países em fase de desenvolvimento ou em reconstrução e à manutenção da estabilidade cambial" (Sebastião Roque, 1997, p. 99).

Na Convenção de Bretton Woods, grande foi a importância da Carta de São Francisco e o apoio da ONU, no que diz respeito à criação de organismos de controle da economia internacional, os artigos 55 ao 60 da Carta que versam sobre a cooperação internacional econômica e social, estabeleceram princípios para a criação, entre outras, de organizações como o Banco Internacional de Reconstrução e desenvolvimento (BIRD), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e, também, o Acordo

Geral de Tarifas e Comércio (GATT), hoje substituído pela organização Mundial do Comércio (OMC).

4 – O FMI

Segundo a análise de Dolinger, "o Acordo de Bretton Woods, que criou em 1944 e regula, até hoje, o Fundo Monetário Internacional, contém 20 Cláusulas, subdivididas em artigos, letras e alíneas. A maioria de seus dispositivos contém regras de caráter econômico e financeiro, concernentes às relações monetárias internacionais, tanto entre membros do FMI, e esta entidade, como entre os países membros, uns para com os outros" (Jacob Dolinger, 1972, p. 57), vale notar que em 31 de maio de 1968 foram acrescentados mais 12 artigos com suas sub-divisões.

O FMI, como já afirmado, foi criado na Convenção de Bretton Woods, e tem como objetivos, entre outros, citados na cláusula primeira do acordo: "1) promover a cooperação econômica internacional; 2) facilitar a expansão e o desenvolvimento equilibrado do comércio internacional, proporcionando a obtenção de altos níveis de empregos e rendas; 3) promover a estabilidade cambial; 4) auxiliar o estabelecimento de um sistema multilateral de pagamentos; 5) eliminar restrições cambiais que entram o crescimento do comércio internacional; 6) reduzir a duração e diminuir a intensidade do desequilíbrio nos balanços internacionais de pagamentos" (Cláusula I do Acordo do FMI). O Fundo tem sede na capital americana de Washington O.C., pelo fato de ser os Estados Unidos o país que detém a maior cota. "A quota-pa fixada em função do peso econômico do Estado, tendo em vista o desenvolvimento industrial e, em consequência, a sua participação no campo financeiro internacional" (Celso Mello, 1997, v. 1, p. 652). O poder de *voto* de cada Estado-membro e o acesso destes às reservas financeiras do fundo são determinadas por essas cotas. Atualmente os maiores quotistas, em ordem de importância, são: os Estados Unidos com 18,3% da cota total; o Japão com 5,6%; a Alemanha com 5,5% Grã-Bretanha e a França, ambas as últimas estão empatadas em que lugar com 5,1 % da cota total. O Brasil detém 1,5% da cota total.

O FMI pode ser comparado, quanto ao seu funcionamento, de um banco, cujo capital, porém, é constituído por cotas subscritas pelos países-membros, que são chamadas de Direitos Especiais de Saque (OES). A OES foi criada em 1981 e funciona desde então como a moeda do FMI. Seu valor é de aproximadamente um dólar.

Apesar das severas críticas ao Fundo, o número de sócios não para de aumentar. "Atualmente o Fundo conta com cento e oitenta e países membros e dispõe de duzentos e dez bilhões de dólares americanos, cifra que deve, nos próximos anos, sofrer substancial aumento" (Ricardo Seitenfus, 1997, p. 149).

5. O BIRD

Também conhecido por Banco Mundial, o BIRD foi criado, em 1944, juntamente com o FMI, na Conferência de Bretton Woods. O Banco Mundial, como também o FMI, tem sede em Washington e apenas quem for membro do FMI poderá ser membro do BIRD. E, enquanto o FMI restringe ao auxílio à administração monetária externa do Estado-membro, "o BIRD se apresenta como uma típica instituição de fomento ao desenvolvimento" (Ricardo Seitenfus, 1997, p. 148). Seus objetivos são, de acordo com o primeiro artigo do tratado: "1) ajudar na reconstrução e no desenvolvimento dos Estados membros; 2) promover investimento estrangeiro privado nestes Estados; 3) promover crescimento balanceado do comércio internacional e a manutenção do equilíbrio da balança de pagamentos; 4) conduzir suas operações com devido respeito ao efeito do

investimento internacional nas condições dos negócios dos Estados" (Artigo I do Acordo do BIRD).

Atualmente, este Banco se destina a financiar projetos de desenvolvimento e não mais de reconstrução, visto que essa circunstância surgiu diante da necessidade do mundo, imediatamente ao final da II Guerra.

Os acordos de empréstimo do BIRD são regidos pelo seu Estatuto como norma geral do DIP. Os acordos do Banco são registrados na ONU, "pois o BIRD opera em estreita conexão com a organização máximas dos países mundiais" (Sebastião Roque, 1997, p. 106).

Os empréstimos são de "alta condicionalidade: só financia projetos dos governos e não da iniciativa privada" (Sebastião Roque, 1997, p. 106), deve-se ressaltar que "o BIRD não empresta o custo total de um projeto, mas apenas os custos em moeda estrangeira e serviços importados. Os custos em moeda local ele não financia" (Celso Mello, 1997, v. 1, p. 653).

O BIRD funciona como instituição articuladora de uma rede internacional. Além do BIRD, fazem parte do complexo do Banco Mundial e são consideradas filiais deste, a Agência Internacional de desenvolvimento (AID) e a Corporação Financeira Internacional (CFI). O Presidente do BIRD é também o presidente da AID e da CFI.

6 – A AID

A AID surgiu para atender ao desenvolvimento, finalidade esta QUE O BIRD muitas vezes não atende, "uma vez que ele só fornece empréstimos com juros altos e em moedas fortes" (Celso Mello, 1997, v. 1, p. 654). A AID, no entanto, faz empréstimos a países mais pobres que não tem como cumprir os financiamentos do BIRD "ou que não possam atender a todas as condições impostas pelo BIRD" (Sebastião Roque, 1997, p. 107). Seus empréstimos são fornecidos "com juros baixos, a longo prazo, podendo ser pagos na moeda de quem contraiu o empréstimo" (Celso Mello, 1997, v. 1, p. 654). Porém, também como o BIRD, a AID só concede financiamento a governos.

7 – A CFI

A CFI, ao contrário do BIRD e da AID, não só fornece empréstimos como investe no setor privado dos países em desenvolvimento. A CFI trabalha apenas com "projetos de imediato retorno e alta rentabilidade" (Ricardo Seitenfus, 1997, p. 147). A CFI suplementa o BIRD, pois proporciona à iniciativa privada investimentos e empréstimos, sem garantia governamental. "Muitas vezes, a CFI serve como catalisadora para um projeto, encorajando outros investidores, dentro e de fora do país hospedeiro, para fazer esses investimentos o patrocinador local, para um especial projeto" (Sebastião Roque, 1 p. 107).

8. O GATT e a OMC

Dentre os organismos internacionais já citados, o mais influi em relação à intensificação do comércio mundial, e, conseqüentemente à "Globalização", foi sem dúvida o GATT, porém este não propriamente, uma organização como as outras duas, nasceu quase "sem querer", sendo considerado por alguns apenas um contrato, "um acordo comercial multilateral dinâmico" (Ricardo Seitenfus, 1997, v.1, 155), pois teria sido parte integrante, se todos os planos tivessem dado certo, da Organização

Internacional do Comércio (OIC) através ratificação da Carta de Havana de 1947, formando o sonhado tripé Nova Ordem Econômica Internacional (BIRD - FMI - OIC). Tal carta "tratava de todos os problemas que interferiam na relação de trocas comerciais: barreiras não-tarifárias, redução de níveis não-tarifários, discriminação, subsídios, monopólios e cartéis, produtos primários mercado de trabalho com pleno emprego" (Sebastião Roque, 1997, 137).

Deve-se, porém, considerar o GATT como uma organização internacional especial, pois este, segundo o prof. Seitenfus, possui duas faces distintas: por um lado, trata-se de um rol de normas procedimento, sobre as relações comerciais entre os Estados Partes, possuindo caráter, essencialmente jurídico. Por outro, trata-se de um fórum de negocia comercial onde se procura aproximar posições entre os Estados Pa Tais negociações se dão através de rodadas, que visam, principalme a diminuição das barreiras alfandegárias, e, por consequência, o maior fluxo de mercadorias e capitais. A mais recente foi a Rodada do Uruguai concluída em abril de 1994, resultando na criação da OMC, organiza esta que veio substituir o GATT. Nas palavras do prof. Sebastião Roq "o objetivo básico dessa organização internacional, é, em sintl desenvolver o comércio entre todos os países do mundo, facilitando operações comerciais" (Sebastião Roque, 1997, p. 129). Para se noção da importância desta nova organização, em 1948, quando o GATT entrou em vigor, faziam parte apenas 23 países, incluindo-se aí o Brasil atualmente mais de 90 países fazem parte da OMC, e cerca de outros aplicam as suas regras, sem fazerem necessariamente parte dela.

Segundo o prof. Seitenfus, "a progressiva redução entaves tarifários e não tarifários tem contribuído para um sensível incremento do comércio mundial, especialmente no caso dos pai· industrializados. Durante o período de 1950-90, a produção bruta mundial foi multiplicada por quatro e o comércio mundial por dezesseis" (Ricardo Seitenfus, 1997, p. 157), ou seja, tais organizações, criações do Direito Constitucional, influenciaram decisivamente a economia mundial atual, dando base para a ampliação da livre-circulação de mercadorias e capitais para diversas partes do mundo com suas políticas de reduções de tarifas e de impedimentos legais que afetam o trânsito destas mercadorias, e que com o fim da guerra fria e a consequente mundialização do capitalismo, as mercadorias e capitais passaram agora a ser planetários, parte do fenômeno da globalização.

9 – O AMI

Entre 1995 e 1997, os 29 países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) juntamente com cinco países observadores, entre eles o Brasil, representado pelo Embaixador Graça Lima, reuniram-se, secretamente, para criar o Acordo Multilateral de Investimentos (AMI). Renato Ruggiero, diretor-geral da OMC, descreveu o Acordo durante as suas negociações em dezembro de 1996: "Nós estamos escrevendo a Constituição de uma economia mundial unificada".

O AMI foi projetado para ajudar a movimentação de capitais em todo planeta, cruzando as fronteiras internacionais, para limitar o poder dos governos de restringir e regular os investimentos estrangeiros. Este acordo foi baseado nas cláusulas de investimento do Acordo de Livre-comercio Norte-Americano (NAFTA), mas o AMI amplifica estas provisões, e, diferentemente do NAFTA, que apenas se aplica aos Estados Unidos, ao México e ao Canadá, o AMI se aplicaria mundialmente. O Objetivo do AMI era' "espalhar o programa de desregulamentação sistemático da OMC para

alguns setores vitais, ainda não preocupados com a localização e condições dos investimentos na indústria e serviços, nas transações em divisas e outros instrumentos financeiros como ações e obrigações com propriedades agrícolas e recursos naturais" (Lori Wallach, 1998, p. 1).

Como a maior parte dos tratados internacionais, o AMI estabelecia uma série de direitos e obrigações, porém ele se diferenciava de todos os outros acordos até então em vigor, pois no AMI "os direitos são reservados unicamente às empresas e aos investidores estrangeiros, enquanto os governos assumem todas as obrigações" (Lori Wallach, IUIII, p. 2). O projeto do Acordo também inovava, em se tratando da saída de uma das partes contratantes, pois seus efeitos durariam durante v.,lo.,; anos, vez que, ao assinarem as partes poderiam se retirar "1. a qualquer tempo após cinco anos da data que este Acordo entrou em vigor para as partes contratantes, esta parte contratante pode apresentar " podido por escrito ao Depositário para sua retirada do Acordo. 2.

Qualquer retirada terá efeito no final de seis meses da data recebimento do pedido pelo Depositário ou em data posterior, como poderá ser especificado no pedido. Se uma das partes contratantes retira, o Acordo permanecerá em vigor para o restante das partes. 3. As cláusulas deste Acordo continuarão sendo aplicadas por um período quinze anos após a data de notificação da retirada da Parte no caso investimento já existente" (Capítulo XII do projeto do AMI) .

Existiam, ainda, cláusulas referentes aos Direitos Investidores, que protegeriam os mesmos de qualquer intervenção governamental suscetível de restringir sua capacidade de obtenção lucros, segundo as regras relativas à expropriação e indenização: "O Estado contratante não deverá expropriar ou nacionalizar, dítretamente indiretamente, um investimento em seu território feito por um investidor estrangeiro; ou tomar qualquer medida tendo efeito equivalente (daqui por diante referidas como "expropriação), exceto: a) por um objetivo interesse público, b) de forma não-discriminatória, c) de acordo com devido processo legal, e d) acompanhado pelo pagamento indenização imediata, adequada e efetiva" (Capitulo IV do projeto AMI).

Segundo os termos definidos para o possível acordo, os Estados Nacionais estariam sob o controle das grandes corporações, as quais, sabemos, já interferem, largamente, nas políticas dos Governos.

Os países que negociaram o AMI eram os mais ricos do mundo e a intenção deles era a de primeiro se entenderem, antes de submeter o Acordo aos países em desenvolvimento, numa espécie de "pegar largar", o Brasil poderia ter acordado sem levar em conta os malefícios que o possível Acordo traria para nosso povo, pois houve pouquíssima divulgação no país a esse respeito (até mesmo por causa da nos cultura jurídica, que, de certa forma, 'discrimina' o Direito Internacional). O mesmo não ocorreu em países como a França, o Canadá e até mes os EUA, onde vários segmentos da sociedade protestaram contra adesão de seus respectivos países ao Acordo. Foi sob essa pressão que as negociações foram adiadas até outubro de 1998 e em 3 de dezembro do mesmo ano a OCDE afirmou oficialmente a "morte" do AMI).

10. CONCLUSÃO

Devemos compreender que a globalização econômica só tem, seu fundamento por causa dos princípios lançados pelo Direito Internacional ao estabelecer a NOEI, que é definida segundo internacionalista espanhol Bermejo, citado por Celso Mello, como conjunto de princípios, de regras e de práticas privadas ou públicas q regem e organizam as relações econômicas entre os atores que Hoje determinam a sociedade internacional: Estado, organizações internacionais e grupos transnacionais"

(Celso Mello, 1997, v. 2, p. 1503). “*Ubi commercium ibi jus*”, este aforismo nunca se provou tão correto como na época atual, e o jurista hodierno que pensa que globalização se trata apenas de economia, se engana profundamente, e acaba por negar toda a influência que o Direito é capaz de exercer em diferentes aspectos de nossas vidas, além de permanecer inerte a ameaças como o AMI, que se tivesse entrado em vigor, mostraria o tamanho do poder (nesse caso, destrutivo) que um tratado, fruto do Direito Internacional, tem sobre todos nós.

11 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, Roberto. Bretton Woods, FMI, BIRD, Havana e GATT: A procura da ordem econômica do pós-guerra. In: <http://www.mre.gov.br/getec/WEBGETEC/BDE/19/artigo1.htm>.

DOLINGER, Jacob. Repercussão do Fundo Monetário Internacional no Direito Internacional Privado. Publicação do autor. Rio de Janeiro, 1975

HUSEK, Carlos Roberto. Curso de direito internacional público. 2ª Ed. São Paulo: Editora Ltr, 1998.

IANNI, Octavio. Teorias da globalização. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1997.

LITRENTO, Oliveiras Lessa. Curso de direito internacional público. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MACIAL, George Álvares. A dimensão multilateral. O papel do GATT na expansão da economia. A Rodada Uruguai e a criação da OMC em 1994. In: <http://www.mre.gov.br/getecIWEBGETEC/BDE/19/artigo7.htm> (02/02/99)

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROQUE, Sebastião José. Direito Internacional Público. São Paulo: Hemus, 1997.

SEITENFUS, Ricardo. Manual das organizações internacionais. Alegre: *Livraria do Advogado*, 1997.

WALLACH, Lori M. O *novo* manifesto do capitalismo mundial In: <http://www.sindipetro.org.br/extra/mancap.htm> (25/05/99)

EFETIVIDADE PROCESSUAL: VISÃO ACERCA DA SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER.

Marco Bruno Miranda Clementino
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Acadêmicos do 8º Período do Curso de Direito - UFRN

INTRODUÇÃO

Como ciência social, o direito *deve* caminhar em consonância com a realidade dos fatos (*ubi societas, ibi jus*). No âmbito do direito processual, isso não difere, desafiando os processualistas a encontrarem a melhor forma de tornar *efetiva* e eficaz a prestação jurisdicional.

Efetividade e eficácia são conceitos com conotações distintas na órbita do direito processual. Conquanto esta diga respeito à concreta obtenção da pretensão formulada em juízo; aquela, a efetividade do processo reporta-se, a par disso, à realização fácil e rápida do direito.

A propósito, a preocupação com a efetividade do processo, que marca a obra do processualista italiano Mauro Capelletti, já se presenciava, no *vetusto* Século XVIII, nos escritos do jurista germânico Rudolf Von Ihering, que afirmou, consoante lembrança de Luís Eulálio de Bueno Vidigal, "*que o direito se deve realizar, de um lado, de maneira necessária, isto é, segura e uniforme; de outro lado, de maneira fácil e rápida*" (Ihering apud Vidigal, p. 117).

No limiar do terceiro milênio, o conceito de efetividade na seara do processo ainda continua em evidência, talvez pela dificuldade que têm os juristas de enfrentar os avanços e percalços da *evolução* da humanidade, que, de forma cada vez mais célere, põem em cheque os institutos processuais vigorantes.

Neste final de século, notadamente, com a modernização da informática e o conseqüente aprimoramento dos meios de comunicação, tem se intensificado o número de relações sociais travadas entre os indivíduos em todos os cantos do planeta, a demandar por uma disciplina jurídica que regule esse verdadeiro sistema de vínculos que se cria.

Ademais, com a preocupação de garantir o pleno acesso à justiça, pelos cidadãos ou quem por lei os possa substituir, sempre que se vislumbre na esfera jurídica individual, *coletiva* ou difusa, lesão ou ameaça de direito (teoria abstrata da ação), é crescente o número de demandas deflagradas perante os órgãos imbuídos da função jurisdicional, daí persistindo, senão agravando, o problema da morosidade da justiça, presente em escala universal.

Cumprido ao jurista, destarte, a busca de mecanismos salvaguardem de forma efetiva e eficaz os direitos dos cidadãos, no de lhes dar, conforme apreço de Giuseppe Chiovenda "*tudo aquilo, e exatamente aquilo*" (Chiovenda apud Vidigal, p. 118) que, fora do processo, ele poderia obter.

2 - DAS PREOCUPAÇÕES NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO PROCESSUAL DE 1939

No presente tópico, bem como nos seguintes, tratar-se do instituto da

execução específica de fazer ou não fazer, sempre enfoque, acima exposto, da efetividade do processo, objetivando a leitura de um breve cotejo histórico da legislação e da doutrina.

De ressaltar, de antemão, que o tema é alvo de severas controvérsias, sendo de antanho a preocupação com a inexecutabilidade específica da obrigação, desde Pothier até os contemporâneos (Vidigal, p. 152).

Com efeito, discutia-se à época em que vigia a legisla processual civil anterior à atual a possibilidade do credor prejudic pleitear em juízo a execução de obrigação de fazer pelo devedor inadimplente.

Em verdade, a maior parte dos jurisconsultos combatiam veementemente essa possibilidade, alegando não restaria ao credor outra alternativa senão a de pleitear as perdas e danos resultantes inexecução obrigacional, desfigurando, dessa forma, o objeto do negócio jurídico anteriormente celebrado.

Reportando-se a esse período, Joaquim José Calmon Passos comentou que:

"Importando a obrigação fazer, sempre, um fato a ser prestado pelo devedor, a aquiescência deste no prestar atividade é fundamental para a obtenção resultado perseguido pelo credor. A recusa devedor, no particular, coloca em confro dois valores: o do respeito a liberdade individual, pelo que se afasta a possibilidade de ser violentado o devedor em sua liberdade resolvendo-se o inadimplemento em perda danos, e o da tutela do interesse do cre, assegurando-se-lhe a execução específica" (Calmon de Passos, 1995, p. 51-53).

Essa orientação vigente à época surgiu, segundo a doutrina, de paralelo realizado entre o direito real e o direito pessoal, através de cujo exame se verificou maior eficácia daquele em detrimento deste, tendo em vista que a execução de obrigação de dar que, de regra, recai sobre a coisa tem um alcance prático mais intenso que na execução de obrigações de fazer, porquanto esta se opera contra uma pessoa.

Nada obstante isso, ainda naqueles tempos, prosélitos na doutrina, ao influxo do conceito de efetividade do processo, insurgiram-se contra a possibilidade de que a recusa arbitrária do devedor inadimplente prevalecesse em relação à boa-fé e necessidade do credor prejudicado quanto ao cumprimento da prestação que o beneficiasse.

O embate foi mais ferrenho quando se tratou das obrigações de fazer infungíveis, definidas por Silvio Rodrigues como aquelas em que "(...) o negócio se estabelece intuitu personae, pois o credor só visa à prestação avançada, se fornecida por aquele devedor cujas qualidades pessoais ele tem em vista" (Silvio Rodrigues, 1997, v. 2, p. 35-36).

Nessa espécie, defendeu Luis Eulálio de Bueno Vidigal (Vidigal, p. 164-190) que, como o Estado foi o criador da infungibilidade jurídica pode este dela prescindir, para que o magistrado, substituindo-se à pessoa do devedor, opere com meios que satisfaçam eficazmente o direito de credor.

Ademais, no tocante ao exemplo das declarações de vontade, da natureza infungível, rebate o doutrinador aqueles que afirmam não poder o Estado prestar a vontade de outrem, com o argumento de que, em verdade, a sentença judicial, apenas produz os efeitos da declaração, e não declara a vontade em si.

Ganhou vulto esse pensamento, à época de vanguarda, a ponto de ter-se consolidado definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos, com

destaque para a positivação alguns desses entendimentos, no Decreto-lei 37/58, que disciplina a ação de adjudicação compulsória, e no Código de Processo Civil de 1973.

3 – DA SISTEMÁTICA ATUAL

Atualmente, é indubitoso, nas obrigações de fazer não cumpridas, poder o credor prejudicado, antes de se conformar com as perdas e danos resultantes do inadimplemento, postular em juízo que o devedor execute especificamente a própria atividade a que se obrigara.

Com efeito, o Professor Kazuo Watanabe, ao tecer comentários sobre a legislação vigente sobre a matéria, ratificou esse entendimento de que:

"(...) a conversão da obrigação em perdas e danos somente se dará em caso, quando jurídica ou materialm impossível a tutela específica ou a obte do resultado prático correspondente. quando o próprio credor por elas optar. O princípio, como já ressaltado, é da coincidência possível entre o direito e sua realização, de sorte que, em linha de principio não poderá ser admitida a substituição obrigação pelo seu equivalente pecuniário" (Watanabe, 1995, p. 528).

De fato, a própria legislação já contempla essa possibilidade, em que pesem as opiniões de que isso fere a liberdade individual, prevendo, inclusive, no artigo 632 e seguintes, do Código de Pecesso Civil, o direito do credor de promover a execução do título que presc a obrigação de fazer do devedor, em caso de descumprimento, desde que configurados os pressupostos da ação executiva.

Prevê-se, pois, na legislação vigente, uma série mecanismos tendentes a assegurar o cumprimento da obrigação, em abono do credor prejudicado. Trata-se dos meios de sub-rogação e de coerção indireta.

Quanto aos meios de sub-rogação, consistem estes nos quais os órgãos jurisdicionais buscam conseguir para o credor o bem a que este faz jus, sem a concorrência da pessoa do devedor, de cuja vontade se prescindem.

Por outro lado, os cognominados meios de coerção indireta procuram atingir a execução específica mediante a própria atividade devedor, consistindo na estipulação de penalidades, a serem impostas devedor, para intimidá-lo a adimplir a prestação a que se obrigou. Essas penalidades ou sanções geralmente são determinadas sob a forma multas, conhecidas por *astreintes*, cujo permissivo legal encontra-se expressamente na legislação processual.

Portanto, a despeito das opiniões divergentes, os meios de coerção, sobretudo aqueles de natureza pecuniária, configuram-se mecanismos hábeis a pressionar o devedor a promover o adimplemente da obrigação a que lhe compete por ato de sua própria vontade.

Aliás, na Idade Moderna, o pensador florentino Nicolau Maquiavel já asseverava, em análise da natureza humana, que é m gravoso para o homem um prejuízo de ordem patrimonial do que a perda de um ente querido.

Dai se deduz que, aplicados de forma correta esses meios de coerção indireta, podem eles lograr bons frutos na busca em atingir resultado pretendido pelo credor, mediante a atividade do próprio devedor.

Em verdade, o que importa efetivamente é a perspicácia do julgador ao manusear esses mecanismos, porque estes não surtem o efeito almejado senão quando utilizados de forma escoreita e objetiva.

A propósito dos meios de coerção através de medidas sancionadoras, o Professor Luís Guilherme Marinoni (Marinoni, *In Revista Forense*, v. 338, p. 147) defende a possibilidade do magistrado determinar a privação da liberdade do devedor para obtenção da tutela específica. Entretanto, cuida-se de opinião controvertida, entendendo boa parte dos doutos que essa hipótese é inconstitucional, porque refoge aos casos em que é permitida a pena privativa de liberdade, expressa e taxativamente previstos na Carta Maior.

Contudo, o artigo da lavra do Professor paranaense, no qual perfilha ele essa tese, traz a lume explicações acerca de algumas inovações interessantes, recentemente incorporadas ao texto da legislação processual brasileira, com a Reforma do Código de Processo Civil promovida pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

Essa reforma, realizada sob os auspícios da necessidade de celeridade na prestação jurisdicional, notabilizou-se por inserir na legislação alguns institutos tendentes a evitar, ou pelo menos diminuir, a morosidade da justiça, possibilitando em alguns casos, e verificados determinados pressupostos, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor de demanda judicial, conforme se prevê genericamente no artigo 273, do Código de Processo Civil.

Quanto às obrigações de fazer ou não fazer, outrossim, a reforma inovou ao introduzir no texto codificado a possibilidade de antecipação da tutela específica, consoante já se prescrevia o Código de Defesa do Consumidor.

Destarte, com a nova redação dada ao artigo 461, do Código de Processo Civil, ao juiz é, agora, conferida a possibilidade de determinar uma série de medidas, excepcionalmente previstas, para coagir o devedor inadimplente a executar a atividade a que se prestara mediante declaração de vontade.

Dentre essas medidas, sobreleva ressaltar a de, mediante a concessão de medida liminar, sem a ouvida da parte contrária ou após justificação prévia, antecipar os efeitos do pedido formulado pelo demandante, desde que este expressamente o requeira.

No que tange ao dispositivo sob comentário, o Professor Cândido Rangel Dinamarco pontificou que:

"Sem embargo de algumas diferenças de redação, o § 3º do arf. 461 associam-se ao sistema de antecipação de tutela jurisdicional, estrutura do novo arf. 273 do Código de Processo Civil. Tem-se aqui a outorga da própria tutela pedida e a ser concedida em sentença se o pedido proceder não em medidas outras, instrumental, destinadas somente a proteger a eficácia daquela. Como antecipação de tu específica, essa de que cuida o § 3º, visa a pôr o titular de direito no gozo da própria situação final sonogada pelo obrigado postulada no petitum. Trata-se de poderoso instrumento para a efetividade do acesso à justiça - poderoso mas excepcional e destinado à debelar os males de delongas injustas ou perigosamente impostas demandante" (Dinamarco apud Friede, 1998, p.231).

Denota-se, pois, que as inovações trazidas pela refor também na dimensão da efetividade do processo, visaram flagrantemente a dar mais celeridade à prestação jurisdicional, inclusive no tocante à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

4 - CONCLUSÃO

Pela análise realizada, há que se concluir que a preocupação com efetividade do processo é uma constante, sempre existiu e sempre existirá. Ela caminha *pari passu* com as necessidades provocadas pela evolução dos fatos sociais, dos quais deve emanar o direito.

À guisa de ilustração, no presente texto, mostrou-se preocupação da doutrina vigorante à época do Código de Processo Civil de 1939, que discutia a possibilidade ou não de se pleitear em juízo tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, até então combatidas.

Superada atualmente essa questão, ante a sua consolidação nos textos legais, o conceito de efetividade do processo dirige-se agora para uma nova questão, considerando a nova dinâmica das relações sociais: a de assegurar a conquista da geração passada, de uma forma mais célere e eficaz.

De remate, é imperioso destacar reflexão do jurista potiguar José Augusto Delgado, sensível à problemática da efetividade do processo: "*Afinal, as vezes, a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda*" (Delgado, Revista Consulex, v. 2, n 17, p. 58).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSULEX. Anverso e Reverso. Brasília: Consulex, v. 2. nº 17. mai 1998.

FRIEDE, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Especifica e Tutela Cautelar. 4 .ii Helo Horizonte: Dei Rey, 1998.

MARINONI, Luis Guilherme. A Reforma do Código de Processo Civil e a Ineficácia do Processo - Tutela Antecipatória, Tutela Monitória e a Tutela das Obrigações de Fazer e Não Fazer. In: Revista Forense. v. 338.

PASSOS, J.J. Calmon de. Inovações no CPC. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil - Parte Geral das Obrigações. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. 3 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998. v. 2.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. Direito Processual Civil. (texto fornecido pelo Professor, não referenciado).

WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997.

PROPRIEDADE HORIZONTAL - CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO

Maria Cláudia Capi Pereira

Acadêmica Concluinte do Curso de Direito - UFRN

Sumário: I - Introdução; II - Breves Notícias Históricas; III - Legislação Comparada; IV - Natureza Jurídica; V - Importância da Convenção de Condomínio; VI – Direitos e Deveres dos Condôminos; VII - A Figura do Síndico; VIII - Questões Controvertidas: a) Personalidade Jurídica; b) Responsabilidade Civil; c) Exclusão de Condômino Nocivo; IX - Conclusão; X - Bibliografia.

I - INTRODUÇÃO

A crise habitacional deflagrada, preponderantemente, em decorrência das duas grandes guerras, acrescida de outros fatores que afligem o mundo contemporâneo, quais sejam: o industrialismo e conseqüente movimento migratório da zona rural para os centros urbanos; a elevação de preços de materiais e de terrenos urbanos encarecendo e dificultando a construção de novas moradias, entre outros, gerou a atual propriedade horizontal, popularmente conhecida como edifício de apartamentos, que veio permitir maior e melhor aproveitamento dos espaços urbanos.

Obviamente, esta nova etapa histórica da moradia humana tem suscitado problemáticas jurídicas diversas, propiciadas não somente por seu aspecto *sui generis* quanto à propriedade, que abriga, a um só tempo, a comunhão e indivisão, distinguindo-se, portanto, do condomínio tradicional, mas principalmente, por envolver convivência social com restrições impostas pelo bem-estar coletivo, em detrimento do individual.

Nessa nova modalidade de condomínio, o proprietário de um apartamento é titular de um direito de natureza complexa, exercendo seu direito de coproprietário sobre as partes comuns e seu domínio sobre as partes exclusivas, sujeito a restrições de uso e obrigações perante a comunidade a que pertence. A imposição de restrições e obrigações visa assegurar ou obter equilíbrio na vida condominial.

A propriedade horizontal possui, dessa forma, vantagens e desvantagens. Se por um lado, proporciona economia pelo melhor aproveitamento do imóvel, maior conforto e comodidade; de outro lado ocorre o aumento das obrigações de vizinhança, dificuldades administração do condomínio, problemas decorrentes de omissão em regulamento interno e de questões não previstas em nossa legislação acerca do condomínio horizontal.

Aliando o interesse pessoal no assunto advindo principalmente, da

existência de conflitos de ordem social em condomínios, ao jurídico, pela importância de que se reveste o instituto, decidi elaborar trabalho sobre o tema abordando vários aspectos, a meu ver, bastante relevantes, tais como: natureza jurídica; as principais restrições, obrigações e direitos dos condôminos; a imperiosa necessidade de convenção de condomínio bem redigida; a figura síndico no universo condominial; análise de algumas questões controvertidas, etc.

II - BREVES NOTÍCIAS HISTÓRICAS

Na lição de Caio Mário¹, pesquisadores há que historicam existência de divisão de prédio em planos horizontais já na civilização pré-romana dos caldeus (segundo milênio antes de Cristo). Entretanto não há necessidade de retrocedermos a tempos tão remotos, mes porque, o que se pretende é uma visão geral dos antecedentes instituto, porquanto nos ateremos ao tempo de Roma até os atuais.

O Direito Romano, rígido na aplicabilidade dos princípios *superficies solo cedit, aedificium solo cedit* e *ius soli sequitur*, não poderia outorgar direito de propriedade àquele que construísse sobre o solo do outro. Dessa forma, para os romanos, o proprietário do solo era *dominus da* edificação sobre ele construída.

Embora o posicionamento jurídico fosse esse, em conformidade com o ensinamento de Maria Regina Pagetti Moran²:

'... as edificações superpost largamente praticadas nas Cidades dos César não obstante, selo realidades fati incontestáveis, oriundas da superpopulação utilizadas como habitações plebéias. TÁCITO ao descrever o grande incêndio de Roma, tempo de Nera, no ano 64 d. C., refere-se familiarmente, às " insulae" construídas sobre a casa térrea de outrem, denominada "crypta" .'

Nas províncias orientais - Baixo Império - o condomínio horizontal também foi posto em prática, expandiu-se e perpetuou-se em llido o oriente mediterrâneo, sendo mencionada no Prontuário de Hamenópulo, Juiz em Tessalônica (séc. XIV)³.

Na Idade Média, as muralhas que cercavam as cidades impediam a expansão urbana, limitando a disponibilidade de terrenos para novas construções. Seus habitantes, com intuito de não escaparem aquele círculo protetor, recorreram à propriedade horizontal, amenizando o problema da falta de espaço.

Além do confinamento das cidades pelas muralhas, o sistema de condomínio em planos horizontais cresceu e difundiu-se, notadamente na França, após o grande incêndio ocorrido em Rennes, no ano de 1720, que destruiu centenas de casas e deixou milhares de pessoas desabrigadas. Apesar de largamente utilizada, a chamada propriedade horizontal não foi regulada pelos Códigos do início do século, inclusive pelo brasileiro de 1916, que regulou somente o condomínio tradicional.

Posteriormente, sob a pressão dos fatos e influência das legislações de outros países, a normatização do referido instituto no Brasil ocorreu com o Decreto na

¹ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Condomínio e Incorporações*, p.60.

² PAGETTI MORAN, Maria Regina. *Exclusão do Condômino Nocivo n Condomínios*

³ BERNARD, Robert. *Le Propriétaire d'Appartement*. Paris, Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1929, pág. 16, apud PAGETTI MORAN, Maria Regina, op. cit., p.44.

5.481/28, modificado pelo Decreto-lei 5.234/43 e pela Lei na 285/48.

O condomínio em edifícios, entretanto, foi melhor disciplinado somente após promulgação da Lei na 4.591, de 16 de dezembro de 1964, baseada em projeto apresentado pelo professor Caio Mário da Silva Pereira.

Atualmente, a Lei na 4.591/64, juntamente com alterações das Leis nº 4.864/65 e na 9.267/96 disciplinam o regime condominial em nosso país.

III - LEGISLAÇÃO COMPARADA

De um modo geral, todos países civilizados admitem o instituto da propriedade horizontal. Como não nos é possível, no momento, examinarmos detalhadamente todas as legislações estrangeiras, faremos breves apontamentos sobre algumas delas.

No direito francês, o instituto é regulado pela Lei nº 65-557, de 11107.1965 e pelo Dec. 67-223, de 17.03.1967. Ambas cobrem lacunas da legislação anterior no que se refere à regulamentação de assembleias, poderes do síndico, direitos e deveres entre outras.

Mister ressaltar-se que a legislação atual objetiva valoriza patrimônio comum, através do aperfeiçoamento de suas administrações melhor regulamentação das assembleias; a salvaguarda dos direitos individuais; a preocupação de se evitarem litígios; a personalização sindicato de condôminos, etc.

Além da importância da atribuição de personalidade civil sindicato de condôminos, Givord e Giverdon⁴ registraram o cun relevante da disposição que preconiza a fiscalização das atividades síndico.

Na Espanha, a Lei de 21.07.1960 contém dispositivos caráter geral que modificaram o Código Civil e normas específicas sob o instituto ora em comento, a maioria em semelhança com o que conhecemos em nosso país. Entretanto, a legislação espanhola permite "Junta de Proprietários" requerer a privação do uso da unidade condômino que exercer atividades danosas, imorais, perigosas, insalubres ou incômodas.

O legislador italiano preocupou-se, objetivando evitar dúvida de interpretação, em discriminar as partes comuns do edifício. Previstas nos arts. 1.117 a 1.139 do Código Civil italiano, as normas disciplinadoras da propriedade horizontal prevêm, ainda, a isenção de contribuição condôminos dissidentes, relativamente às obras voluptuárias ou muito gravosas, que não os beneficiarem.

Através do Dec.lei 267, de 25.10.1994, o Código Civil português teve alguns de seus artigos reguladores da propriedade horizontal alterados. Suas principais inovações foram as disposições que desobrigam o condômino de concorrer para as despesas voluptuárias desproporcionais à importância do edifício; a que dispensa a contribuição dos condôminos de despesas com elevadores não utilizados por eles e a que permite ao condômino fazer reparações urgentes, se omissor o administrador.

Na Alemanha, o Código Civil de 1900 (BGB) proibiu propriedade horizontal, sendo que sua Lei de Introdução respeitou situações jurídicas anteriores, que continuaram a reger-se pela legislação anterior. Atualmente, existe um instituto jurídico semelhante à nossa propriedade horizontal prevista em Lei de 15.03.1951.

Atualmente, uma das legislações mais modernas em relação ao instituto da propriedade especial é a da Argentina. Através da Lei nº 13.512/49 foram

⁴ GIVERDON, Claude; GIVORD, François. LOPES, João Batista. *Condomínio*, p.42.

implantadas inovações que referem-se, notadamente, enumeração cuidadosa e expressa das partes comuns; a que permite discussão judicial relativas às inovações de custo excessivo ou prejudiciais à segurança, salubridade etc; e a que dispõe sobre a pena de arresto até vinte dias ou multa, imposta em procedimento sumaríssimo, ao condômino que se comportar contra a moral, bons costumes ou perturbar a segurança e tranqüilidade dos demais comunheiros.

IV - NATUREZA JURÍDICA DA PROPRIEDADE HORIZONTAL

Ante a realidade da propriedade horizontal em nossos dias, torna-se imprescindível compreender sua natureza jurídica, visando melhor equacionar e solucionar os problemas decorrentes desse novo instituto.

Sendo instituto relativamente recente torna-se, em consequência, altamente controverso, pois que ainda não foi possível fixá-lo, em termos definitivos e acabados, a natureza jurídica. Várias teorias procuram explicá-la. Citaremos algumas delas, porém de modo *na passant*:

a) Comunhão de bens: teoria segundo a qual a propriedade horizontal seria uma comunhão de bens. Não é o caso, porquanto cada condômino é titular de unidade autônoma e, ao mesmo tempo, utiliza áreas em comum com os outros condôminos;

b) Sociedade imobiliária: para a caracterização de uma sociedade é preciso haver o requisito da *affectio societatis*, não vislumbrado no condomínio horizontal, pois seus condôminos não estabelecem entre si relações de sociedade civil ou comercial, onde há um fim comum a ser alcançado pela cooperação dos sócios;

c) Propriedade solidária: a idéia de multiplicidade de credores e de devedores é ínsita à solidariedade, característica que não se observa na propriedade horizontal, sendo, dessa forma, os dois institutos jurídicos nitidamente distintos;

d) Teoria da servidão: sempre se verifica na servidão uma relação de submissão, uma restrição à liberdade, que não encontramos na propriedade horizontal. Além do que, não se coaduna com o condomínio especial os conceitos de prédio serviente e prédio dominante.

e) Universalidade de fato e universalidade de direito. Personalização do patrimônio comum: por se constituir em tema instigante e controverso acerca da personalidade jurídica do condomínio em edifícios, nós o abordaremos no item VIII -A.

Afora as teorias existentes, há também que se destacar as peculiaridades desse novo condomínio que o diferem do tradicional, quais sejam: a perpetuidade e a indissolubilidade, esta em razão da própria existência da propriedade horizontal, por garantir-lhe estabilidade jurídica, e aquela diferentemente do condomínio tradicional que é transitório por natureza, pois se constitui, em regra, em fonte de divergências e conflitos. Assim, segundo os ditames do art. 629, do Código Civil, independentemente de sua causa ou origem, será o condomínio tradicional, temporário.

Caio Mário, em artigo intitulado Condomínio e Incorporação - Trinta Anos⁵, argumenta que embora existam divergências doutrinárias, jurisprudenciais acerca da natureza jurídica do instituto, a essência nova espécie de condomínio decorre, principalmente, do que dispõe dois primeiros artigos dessa lei. Segundo ele:

“ ... a substância desse condomínio é a simbiose orgânica propriedade

⁵ Revista de Direito Civil, nO 72, p.15.

exclusiva da unidade, com todos os atributos do direito de propriedade, e a co-propriedade sobre as partes e coisas comuns do edifício. Sem esta configuração inexistente condomínio nos edifícios coletivos. A Lei 4.591/64 deixou-o bem claro no art.1º, § 2º: "A cada unidade caberá, como parte inseparável uma fração ideal do terreno e coisas comuns, expressa sob forma decimal ou ordinária. "

Em conformidade também com o ensinamento de Maria Helen, Diniz⁶, esse condomínio caracteriza-se juridicamente pela justaposição de propriedades distintas e exclusivas ao lado do condomínio de partes do edifício, forçosamente comuns.

Para o renomado jurista português José de Oliveira Ascensão⁷, a propriedade horizontal é efetivamente um novo direito real. Mas não é um direito real simples, pois não traduz uma nova maneira de afetar uma coisa em termos reais. É antes um direito real complexo, pois combina figuras preexistentes de direitos reais.

Conclui-se, portanto, não se tratar de um direito real substancialmente diferente do direito de propriedade. Cuida-se, sim, visão de João Batista Lopes⁸, da combinação do direito de propriedade sobre a parte exclusiva com o direito de co-propriedade sobre as partes comuns, fazendo nascer um novo direito real, resultante dos dois primeiros, como também na sujeição desse novo direito à uma regulamentação especial de seu exercício.

V - IMPORTÂNCIA DA CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO

A propriedade horizontal se submete a regime jurídico próprio, como já foi visto anteriormente, por resultar da combinação de propriedade sobre as unidades autônomas e do condomínio sobre as partes comuns.

Ainda assim, a convivência em coletividade, por ser de organização complexa, necessita de uma norma interna que possibilite administrar a vida do edifício e resolver seus problemas e conflitos, que dizem respeito não somente aos condôminos como também a terceiros. E essa norma vem a ser a convenção do condomínio, obrigatória a partir da Lei nº 4.591/64, pois no anterior regime do Dec. nº 5.481/28, sua elaboração era facultativa.

A natureza jurídica da convenção do condomínio é objeto de divergências doutrinárias, tanto quanto a propriedade horizontal. Entretanto, impõe-se como questão relevante o estabelecimento de sua definição, porquanto, a partir dela, desde que em consonância com a lei, serão decididas questões de toda ordem, podendo, inclusive, necessitar-se da interferência judicial na resolução dos litígios daí decorrentes.

Alguns autores sustentam que a convenção teria aspectos predominantes de contrato, como é o caso de Orlando Gomes⁹, muito embora apresente também traços

⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro _ 4º Volume _ Direito das Coisas, p.189.

⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direitos Reais*. Lisboa, LOPES, João Batista. Op.cit, p.55.

⁸ LOPES, João Batista. Op.cit, p. 56.

⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, p.230.

institucionais. Outros ainda, entre eles João Batista Lopes¹⁰, ressaltam que a *convenção de condomínio tem caráter predominantemente estatutário ou institucional, por isso que alcança não só os signatários mas todos os que ingressarem no universo do condomínio.*

Em sua obra Condomínio e Incorporação, Caio Mário¹¹ ensina que:

"O fundamento contratualista da convenção outrora admitido, hoje perdeu terreno, porque sua força coercitiva ultrapassa as pessoas que assinaram o instrumento de sua constituição, para abraçar qualquer indivíduo que, por ingressar no agrupamento ou penetrar na esfera jurídica de irradiação das normas particulares, recebe os seus efeitos em caráter permanente ou temporário."

Segundo, ainda, o pensamento do mesmo autor, tal qual as leis que têm efeito coercitivo geral e permanente, também as normas condominiais possuem efeito obrigatório, sendo "fonte de direito pertencente a essa comunidade específica.

Destarte, especialmente relevante na convenção condomínio é a sua notória projeção no aspecto social das relações intercondominiais, de onde se conclui que a confecção desse documento reveste-se de suma importância para a convivência pacífica dos condôminos, ao impor, obviamente com clareza, a todos os membros da comunidade condominial os limites de sua conduta, visando vida harmônica a todos, respeitando-se os direitos de cada um.

Infelizmente, o que se verifica não somente das notícias dadas pela mídia, mas também da análise dos autos forenses onde geralmente deságuam os problemas condominiais, é que, na prática, tanto a convenção quanto o regimento interno são mal confeccionados e omissos, sem a devida atenção por parte dos condôminos, a documentos tão relevantes à comunidade condominial.

Como já dito anteriormente, a convenção de condomínio de estar em harmonia com a legislação pátria, ser objeto de regimento interno, e seguir os ditames da Lei nº 4.591/64, que traça roteiro detalhado de elaboração em seu parágrafo 3º, artigo 90.

Referido documento deverá trazer em seu bojo, ou aparta dele, o regimento interno, que é simples ato de administração do edifício, porém facilitador da vida em condomínio por conter diretrizes administrativas e disciplinadoras.

Em conformidade com todo o exposto, é de se concluir que, além de conter normas obrigatórias por lei e outras advindas da liberdade dos condôminos em estabelecer regras de auto-regulamentação de seus interesses, respeitados os ditames do ordenamento jurídico, a convenção de condomínio é também o documento que torna pública a existência legal do condomínio, desde que esteja devidamente registrada e inscrita no Cartório de Registro de Imóveis.

VI - DIREITOS E DEVERES DOS CONDOMINIOS

Regularizado o condomínio através do registro imobiliário, são os condôminos juridicamente independentes entre si, porém sujeitos a direitos assegurados pela lei ou convenção de condomínio e obrigações impostas pela convivência.

¹⁰ LOPES, João Batista. Op. cit, p.73.

¹¹ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Op. cit, p.130-131.

Reportando-se à classificação de Pierre Poirier (*La propiedad horizontal*. Tradução para o castelhano. Buenos Aires.1950) dos tipos de atos possíveis aos condôminos, o jurista João Batista Lopes¹² afirma que os atos *dos condôminos são regulados pelo princípio da igualdade de uso ou reciprocidade de direitos e deveres*.

A consecução de tais atos configura-se em direitos ou deveres que deverão estar minuciosamente previstos na convenção do condomínio ou na legislação em vigor, objetivando-se evitar possíveis divergências. Dentre os principais deveres dos condôminos podemos apontar:

- O pagamento de despesas do condomínio correspondente à sua cota-parte de acordo com a fração ideal do terreno (art.12, Lei 4.591/64).

Entende-se por despesas condominiais as que interessam à segurança, estrutura e conservação do edifício. Nos termos da Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato), o inquilino deve, arcar com as despesas ordinárias, que são as necessárias à administração do condomínio e ao locador caberá as despesas extraordinárias, que são as relativas à estrutura e aparência do prédio. Existe divergência doutrinária quanto à responsabilidade pelas despesas com inovações por ventura realizadas no edifício. Parte acredita que as mesmas seriam obrigatórias quando aprovadas pela unanimidade dos condôminos, para outros, entre eles Caio Mário¹³, seria suficiente a aprovação da despesa por maioria.

- O condômino não deve também executar obras que possam comprometer a estrutura ou limitem o direito de uso dos demais condôminos, como também não pode mudar a fachada do edifício.

- O uso da propriedade pelo condômino não poderá ser nocivo, por estar sujeito às normas de boa vizinhança. Nos casos de conflitos que se relacionem a problemas de apartamento a apartamento, considerar-se-á de conflito de vizinhança. Se entretanto, os conflitos ocorrerem em relação ao uso das partes comuns, deverão ser resolvidos pelas regras da propriedade horizontal.

Entre os principais direitos dos condôminos, indubitavelmente está incluído o de usar e gozar com exclusividade de sua unidade autônoma, conforme dispõe, inclusive, o art. 19 da Lei nº 4.591/64, não , divergindo, portanto, do direito do proprietário comum, sujeito também às normas de boa vizinhança.

O art. 4º da Lei supramencionada também assegura ao condômino, o direito de alienar ou gravar sua unidade autônoma, independentemente da vontade dos demais condôminos.

Pode também o condômino, nos casos em que haja omissão ou impedimento do síndico, repelir moléstia ao uso das partes comuns ou exclusivas por parte de outros condôminos ou de estranhos, pois a *turbação ou esbulho cometido contra a parte comum atinge o poder de uso de todos, e, pois, de cada um também*¹⁴.

Havendo previsão na convenção ou no regimento interno do condomínio de cobrança de multa, nos casos em que houver transgressão dos dispositivos legais e/ou convencionais por praticados por condômino ou ocupante a que título for, de qual unidade do edifício, cabe ao síndico ou, na omissão dele, a qual condômino, diligenciar para que o agente transgressor, independentemente de responsabilização civil ou criminal (se houver), efetive o pagamento da multa, que será revertida em favor do condomínio, conforme art. 21, parágrafo único da lei suso mencionada.

¹² LOPES, João Batista. Op. cit, p.73.

¹³ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Condomínio e Incorporações*, p.146.

¹⁴ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Idem, p. 169.

VII - A FIGURA DO SÍNDICO

Inquestionavelmente, o síndico é figura de extrema relevância no universo condominial, por ser ele órgão com função executiva, el pelo assembléia geral dos condôminos - órgão com função deliberativas.

O síndico será representante geral dos condôminos por dois anos, salvo renúncia ou destituição. Por ser pessoa de confiança e não manter com o condomínio qualquer relação de emprego, caso seja necessário, poderá ser destituído, obviamente sem direitos trabalhistas.

A função de síndico pode ser conferida a um dos proprietários de apartamento, o que vem a ser mais usual, como também, ser atribuída a pessoa física ou jurídica estranha ao condomínio (art: 22, § 4º), sendo geralmente pessoa jurídica especializada em prestar serviços administrativos junto a condomínios.

Nossa legislação prevê a possibilidade de remuneração síndico, salvo se a convenção dispuser diferentemente. Entretanto, em tratando de o administrador ser pessoa estranha ao condomínio, ele será obrigatoriamente remunerado.

As principais funções do síndico, previstas no art. 22 da Lei 4.591/64, são as seguintes: representar, ativa ou passivamente, o condomínio, em juízo ou fora dele, e praticar os atos de defesa dos interesses comuns; exercer a administração do edifício, devendo prestar contas à assembléia de condôminos; impor multas previstas convenção; cumprir e fazer cumprir a convenção de condomínio, entre outros.

Cabe salientar que a representação do condomínio pelo síndico, em juízo, só é admissível quando se cuidar de medidas de caráter geral ou ordinário, como é o caso de cobrança de encargos de condomínio, molestia ao uso das partes comuns etc.

Quanto à representação passiva, haverá legitimação quando ocorrerem ações que se fundarem em deliberações da assembléia e nas em que se litigar contra a comunhão.

VIII - QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Inúmeras são as questões controvertidas relativas à propriedade horizontal geradoras de problemas e conflitos, cujas soluções não se encontram expressas em nossa atual legislação, ficando a cargo da jurisprudência e doutrina a obtenção de equacionamentos que possam suprir tais lacunas. Ocorre que o enfrentamento das problemáticas decorrentes dessas questões, em regra, não são convergentes, carecendo, portanto, de atualização legislativa referente ao instituto.

Poderíamos elencar e discorrer sobre várias questões conflitantes comumente verificadas, entre elas: a permanência de animais domésticos nas unidades autônomas; legitimidade da proibição ou limitação do ingresso de convidados nas áreas de lazer do edifício; problemas decorrentes de utilização de vagas de garagem; uso indevido da área comum; despesas condominiais; alterações na fachada do edifício; multas impostas aos condôminos e muitas outras. Entretanto, resolvemos nos ater à discussão de apenas três temas controversos, inclusive pela sua relevância jurídica, pois possibilitam soluções que levariam maior praticidade ao cotidiano da vida condominial. São eles:

- a) Personalidade Jurídica do Condomínio: questiona-se

doutrinariamente, inclusive no direito comparado, se o condomínio é um ente coletivo com sua personalidade, ou se é simplesmente um ente de gestão, direto e restrito à administração e ao bom uso das coisas comuns.

Autores há que sustentam ser possível, através da personalização do patrimônio comum, a aquisição de personalidade jurídica pelo condomínio. Seria a teoria das universalidades.

Constituiria uma universalidade de fato a reunião de várias pessoas num edifício. A universalidade de direito é um complexo de coisas destinado a realizar um fim pela vontade da lei. A tese da universalidade de bens, é defendida, entre outros, por Léon Hennericq¹⁵, para quem o patrimônio comum adquiriria personalidade jurídica.

João Batista Lopes defende, em obra já citada, que a personalização do patrimônio comum não se sustenta, porque não existe uma pessoa jurídica titular das unidades autônomas e das partes com do edifício.

Os defensores da tese de ter o condomínio personalidade jurídica, entre eles J. Lamartine Corrêa de Oliveira, baseiam-se no art. 63, § 3º, da Lei 4.591/64, que permite ao condomínio adquirir bens levados a leilão, o que poderia autorizar a conclusão de que condomínio seria pessoa jurídica - titular de direitos e obrigações.

Com base no doutrinamento acerca dos arts. 1º e 2º referida Lei, oferecido por Caio Mário no item IV, exposto acima, interpretação pretendida para o art. 63, § 3º, estaria em conflito com sistema pretendido pela Lei, que em verdade não conferiu personalidade jurídica ao dispor que o condomínio terá preferência na aquisição bens, mas sim pretendeu atender razões de conveniência ou praticidade pois a permissão para aquisição de bens pelo condomínio, não lhe confere atributos de pessoa jurídica.

A tese pode ser sedutora, porquanto a possibilidade de praticar tais atos não impõe necessariamente a conclusão de que condomínio seja pessoa jurídica, como também não o são o espólio, a massa falida etc. Os atos jurídicos praticados pelo condomínio e n pelos condôminos decorrem da necessidade de se atender a razões conveniência, simplificação e praticidade, sem que isso signifique ruptura do sistema adotado pela lei, inconciliável com a tese da personalização.

Tem a jurisprudência acatado, em sua maioria, es entendimento¹⁶, corroborado, ainda, pela interpretação de Caio Mário: se, pois, a *Lei 4.591 não dá personalidade jurídica ao condomínio, não caberá por certo ao intérprete, a fim de aplicá-la, considerar necessário forçar uma subjetividade condominial que a lei não reconhece*¹⁷...

b) Responsabilidade Civil do Condomínio: A regra geral é que o condomínio responderá por danos causados a terceiros por ação ou omissão do síndico e de seus prepostos, que é o caso dos porteiros, zeladores, garagistas, seguranças, etc.

Relativamente a furto de veículos em suas dependências, há que se considerar as hipóteses da existência de serviços pagos e à disposição dos condôminos - guarda ou vigilância de veículos - situação em que o condomínio será obrigado a pagar indenização sempre que o furto ocorrer por negligência de seus empregados. Já

¹⁵ HENNERICQ, Léon. *Les Universalités de biens*, nO 61. Apud SIL PEREIRA, Caio Mário da, op. cit, p.82-83.

¹⁶ CONDOMÍNIO - Personalidade Jurídica - Falta - Irrelevância legitimadr de parte, representada na fase de edificação pela comissão representantes e após o término da obra pelo síndico. Lfed 4591/64.(TJS AC 188.407-2, ReI. Des. Ruy Camilo).

¹⁷ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Op. cit, p.345.

nos casos em que o condomínio não oferece tais serviços, não há fundamento jurídico que possibilite sua responsabilização.

Haverá responsabilidade do condomínio, igualmente, nos casos em que o veículo é retirado da garagem por manobrista sem autorização do proprietário.

Em situações outras que possam envolver responsabilidade do condomínio, impõe-se a observância da legislação. Entretanto, inexistindo qualquer dispositivo em relação à matéria, devem prevalecer os princípios que regem a responsabilidade civil.

Depreende-se, portanto, que a possível responsabilização civil do condomínio decorre também das normas contidas na Convenção e no Regimento Interno do Condomínio, da participação dos condôminos em assembleias e da escolha do síndico. É que, de acordo com o art. 22, § 1º, b, da Lei 4.591/64, o síndico "*exercer a administração interna da edificação ou do conjunto de edificações no que respeita à vigilância, moralidade e segurança, bem como os serviços que interessam a todos os moradores*", porém seu desempenho se vincula às regras legais, às normas estabelecidas na Convenção e nas deliberações da assembleias gerais, cuja responsabilidade é, enfim, da comunidade condominial.

c) Exclusão de Condômino Nocivo: Um dos problemas mais difíceis e talvez o mais controvertido dos que se apresentam nos edifícios em condomínio é o do condômino que, por seu comportamento, intranquiliza os ocupantes das demais unidades autônomas.

Casos há de extrema gravidade e citando poucos exemplos dentre os mais graves, podemos elencar: guarda ou posse de substâncias tóxicas nas unidades autônomas; ruídos excessivos, gritarias e brigas; crimes contra a honra; abandono e má-conservação da propriedade exclusiva em prejuízo de outras unidades ou de áreas comuns; falta de pagamento das despesas de manutenção etc, que, embora suscetíveis de indenização patrimonial, repetem-se abusivamente, fato comprovador de que entre nós, a legislação nada contém de eficaz para coibir tais abusos, diferentemente de outros países, como já acima colocado, caso da Argentina e Espanha.

Em estudo sobre a matéria, tanto J. Nascimento Franco¹⁸, num paralelo com legislações alienígenas, defende a instituição de dispositivos reguladores que possibilitem a exclusão do condômino nocivo, a alienação compulsória de sua unidade, da aplicação de interdições de direito etc.

Maria Regina Pagetti Moran¹⁹ argumenta em sua obra que, no Brasil, à exceção de J. Nascimento Franco, a doutrina não se manifesta sobre a exclusão do condômino nocivo, não se apercebendo do grave problema social decorrente de falta de sanção rigorosa para aqueles casos em que se tornam inócuas as advertências e multas aplicadas. Informa ainda a jurista, que além da legislação em vigor não admitir a prática da exclusão do condômino, nem mesmo o projeto de reforma do Código Civil aventa tal possibilidade, posto que a punição dos condôminos nocivos no Projeto 634-B/75 é, apenas, a imposição de pesadas multas.

Por já ter convivido em comunidade condominial, onde determinado condômino gerava clima de intranquilidade generalizada, sendo impossível o retorno à convivência pacífica entre os condôminos, alio-me à defesa da exclusão do condômino

¹⁸ FRANCO, J. Nascimento. *Exclusão de Condômino Nocivo à Tranquilidade da Convivência Condominial*. Revista de Direito Civil, 1977, 1/119.

¹⁹ PAGETTI MORAN, Maria Regina. Op. cit, p. 347.

nocivo.

Embora, possa haver certa resistência doutrinária por se acreditar que a exclusão do condômino nocivo seria inadmissível por força do regime jurídico da propriedade, deve-se ter em mente que a Carta Magna de 1988 inseriu a função social em nosso ordenamento jurídico como princípio geral, permeando todas as relações de propriedade.

Dessa forma, o direito à propriedade tem que ser exercido visando o bem-estar social, assim como é exercido nos países cuja legislação autoriza o afastamento do condômino infrator das regras destinadas à preservação da harmonia nos edifícios de apartamentos.

IX - CONCLUSÃO

A propriedade horizontal - condomínio em edifícios - é um instituto jurídico novo, resultante da combinação entre a propriedade exclusiva e o condomínio sobre partes comuns, não se identificando com os institutos jurídicos tradicionais, tais como: condomínio, sociedade, servidão, etc.

Decorrente dessa forma atual e irreversível de moradia, surgem direitos e obrigações de condôminos, alguns previstos em lei, outros na convenção de condomínio, cujo caráter institucional ou normativo ressalta claro da circunstância de que ela obriga não só os signatários, como todos os que ingressarem no universo jurídico do condomínio.

A figura do síndico, que representa o condomínio, inclusive em juízo, é de suma importância, também pelo fato de ser ele o órgão executivo do condomínio, devendo ser eleito, em assembléia de condôminos, órgão deliberativo.

Embora nossa legislação disciplinadora da propriedade horizontal, notadamente a Lei nº 4.591/64 alcance com seus dispositivos vários problemas decorrentes dessa espécie de moradia, urge modificá-la no sentido da modernização do instituto, objetivando melhorias no cumprimento dos fins para que foi criado.

Como a preocupação com o instituto é relativamente recente, a doutrina é escassa em relação ao tema. Com base nos numerosos problemas emergentes dessa nova modalidade de direito real, o presente artigo, além do caráter informativo, objetiva ressaltar a necessidade imperiosa de buscarmos soluções para esses conflitos. O direito comparado nos oferece algumas opções que possibilitam evoluirmos para a melhoria do bem-estar dessa coletividade específica, como é o caso da admissibilidade de exclusão de condômino nocivo à tranquilidade condominial ou do seqüestro temporário dos apartamentos cujos titulares procedam de forma abusiva.

A atualização da lei condominial poderia prever, igualmente, mecanismos mais eficientes para a cobrança de encargos, visando coibir inadimplência e omissão dos condôminos; a criação de comissão especial para fiscalizar as atividades do síndico, com possibilidade de responsabilização pela prática de atos ilícitos, etc.

Ante ao exposto, ressalta claro que muitos aspectos merecem atenção, principalmente dos legisladores, para a modernização do instituto da propriedade horizontal, pois que a tendência é o incremento dessa forma de moradia.

BIBLIOGRAFIA

AUTUORI, Luiz; PINTO Jorge Lopes e PINTO, Iracy Lopes. *Sutilezas em Tema de Condomínio*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - 4º Volume - Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANCO, J.Nascimento. *Exclusão de Condômino Nocivo à Tranqüilidade da Convivência Condominial*, in *Revista de Direito Civil*, ed. n º 01 jul/set). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOPES, João Batista. *Condomínio*, 6ª ed. atual. E ampl., São Paulo Revista dos Tribunais, 1997.

PAGETTI MORAN, Maria Regina. *Exclusão do Condômino Nocivo nos Condomínios em Edifícios - Teoria, Prática e Jurisprudência*. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Condomínio e Incorporações*, 3ª ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

Condomínio e Incorporação - Trinta Anos, in *Revista de Direito Civil*, ed. nº 72 (abr/jun). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SIMÕES, Pedro e SIMÕES Joventina. *Direito das coisas*. Natal: Nossa Editora, 1997.

A SUSPENSÃO DA EMISSÃO DE CARTEIRA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR SOB A ÓTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Odyle Cardoso Serejo Gomes
Acadêmica do 9º período do Curso de Direito - UFRN

1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Aconteceu no início do mês de março de 1999 uma suspensão na emissão das Carteiras Nacionais de Habilitação (CTH) em todo o país. Esta atividade é de responsabilidade dos Departamentos de Trânsito (DETRAN) que são autarquias estaduais, portanto, antes da Administração Pública indireta.

Existem outros órgãos que cuidam do trânsito no Brasil, com o Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN) e o Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), dentre outros de vulto e cujas decisões afetam direta ou indiretamente a vida dos cidadãos comuns.

Atividade administrativa que é, merecem atenção as medidas que são tomadas por estas entidades públicas e que se devem ajustar com as normas jurídicas vigentes.

A suspensão da emissão da CTH conforme se irá analisar neste breve trabalho, não atendeu às exigências legais a que deveria estar submetida, enquanto ato administrativo.

O estudo da matéria envolve o estudo dos princípios de Direito Administrativo, a distinção entre serviço público e poder de polícia e, por fim, dos atos administrativos, todos vistos aqui de forma sucinta.

2. O TRÂNSITO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

A questão do trânsito é relevante para o direito, posto que interfere diretamente na coletividade, em especial a coletividade urbana. Ocorre que, embora seja grande o número de normas e leis editadas a respeito, e de destaque a discussão de direitos e deveres dos indivíduos no trânsito, não constitui essa matéria um ramo específico do direito.

Assim sendo, todo conteúdo relativo ao trânsito é abraçado por diferentes ramos do direito, constando normas e princípios de direito civil, penal, tributário e administrativo. O caráter público presente na questão do direito impõe relevo à matéria pertinente ao transporte de pessoas e de bens, de forma que o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) existe para regular situações referentes a veículos, motoristas e pedestres, contendo obrigações e punições de natureza variada.

É pertinente uma análise dos atos do Denatran diante do Direito Administrativo. Senão pelo caráter público e geral dos seus atos, ao menos pelo aspecto subjetivo de se tratar esta de autarquia federal.

Faz parte da Administração Pública a gerência do tráfego e a realização das medidas cabíveis para a otimização do fluxo de veículos e de obediência às normas, sempre com o fim maior do interesse público. Esse princípio claramente decorre do caráter público de que é revestido o transporte, essencial aos indivíduos.

Outros princípios do direito administrativo paralelamente informam a matéria.

O princípio da legalidade, basilar do direito, adquire relevo ainda maior uma vez que o administrador público, em sua atividade funcional, fica adstrito ao que é permitido pela lei. Assim sendo, conforme princípio da legalidade administrativa, as limitações impostas pela lei são bem maiores do que as impostas aos particulares. Enquanto aos últimos tudo é permitido fazer, desde que não haja proibição legal¹, para a Administração esta norma principiológica se traduz num poder atuar somente dentro dos limites da lei, no tempo, forma e modo que esta permitir.

A legalidade é, ao lado do interesse público condição de eficácia de toda atividade administrativa.

A impessoalidade é princípio que também interessa a esta matéria. Tem, para a Administração, duas aplicações fundamentais.

A primeira se revela quanto aos atos do administrador público, ele deve realizar suas tarefas conhecendo que estas não podem ser atribuídas à sua pessoa, mas somente à administração. Sob este aspecto fica proibida qualquer sinalização referente à pessoa do administrador, através de símbolos, nomes ou imagens que levem à identificação pessoal².

A segunda aplicação do princípio se refere à impossibilidade de o administrador se utilizar dos poderes e prerrogativas da Administração para seu benefício pessoal ou de alguém de sua família, amizade, ou qualquer outro interesse, ou em prejuízo de outrem.

Por decorrência dos atos administrativos, por vezes, na atividade algumas pessoas são mais beneficiadas que outras, da mesma forma que algumas podem vir a ser prejudicadas em sua individualidade ou coletividade. Este tipo de prejuízo ou benefício é resultado ordinário dos atos administrativos, posto que estes diariamente podem ocasionar alterações nas vidas dos particulares. As decisões que motivam os atos precisam ser sempre objetivando o interesse público. Desta forma, se o prejuízo ou benefício ocorre devido à decisão necessária e impessoal do administrador, que atuou de forma correta, ou seja, legítima, legal, moral e eficiente, não pode o ato ser atacado dentro dos fundamentos jurídicos. O que pode ocorrer é o pleito do administrado por indenização que lhe for devida.

O princípio da presunção de legitimidade é um outro que se desdobra em dois aspectos: presunção de verdade e de legalidade.

De acordo com este princípio, existe uma presunção relativa de que todos os atos da administração pública estão de acordo com a lei. Igualmente decorre que todos os fatos alegados são verdadeiros, havendo inversão do ônus da prova.

A possibilidade de execução imediata conferida às decisões administrativas advém desta presunção.

A continuidade do serviço público é claramente explicada por DI PIETRO (1998:66): "o serviço público, sendo a forma pela qual o estado desempenha suas funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar".

O princípio da eficiência deve também ser invocado aqui. Por inovação da Emenda Constitucional de nº. 19 foi este introduzido no Texto Maior. Desta forma, aquele que já era um dever do administrador e do servidor público, de buscar sempre a

¹ Assim reza a CF no art.5º, inc. II.

² Vide CF, art. 37, §1º.

eficiência e o uso de meios eficazes, passou a ser um princípio constitucional.

3. EMISSÃO DE CARTEIRA DE MOTORISTA

A princípio faz-se necessário o questionamento a respeito da natureza jurídica da Carteira Nacional de Habilitação.

Importa agora delinear onde se enquadra o ato de emissão de carteira de motorista, no âmbito do direito administrativo. Cabe aqui um breve estudo para o encaixe como serviço ofertado ao público ou ato decorrente do poder de polícia da administração.

3.1. EMISSÃO DE LICENÇA PARA DIRIGIR COMO ATO DECORRENTE DO SERVIÇO PÚBLICO

Acerca do enquadramento como serviço público ofertado, faz-se necessária uma atenção um pouco maior sobre de que se trata o serviço público.

O conceito de serviço público já foi bastante discutido no direito nacional. Permanecem ainda hoje definições mais restritas e outras mais abrangentes. Na concepção de MEIRELLES (1998, p. 285), corresponde a “todo aq\Jele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normais e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”.

Conceituar o serviço público faz-se necessário posto que este costuma ser confundidos com outras atividades. CELSO ANTÓNIO BANDEIRA DE MELLO ressalta a relevância de distingüi-lo da obra pública, assim como da atividade de polícia administrativa:

"... para o leigo podem aparecer como 'serviços' e, portanto, serviços públicos as pericias, exames, vistorias efetuadas pelo Estado ou suas entidades auxiliares com o fito de examinar o cabimento da liberação do exercício de atividades privadas, ou com o propósito de fiscalizar-Ihes a obediência aos condicionamentos da liberdade e da propriedade ou com a finalidade de comprovar a existência de situações que demandariam a aplicação de sanções".

Esta confusão de conceitos não é tolerada na esfera jurídica. Por esta razão as características das atividades administrativas devem ser analisadas para a definição da natureza jurídica de cada atividade.

Para que uma atividade seja de natureza de serviço público é imprescindível o fim de satisfação das necessidades coletivas, essenciais ou não. A material idade mostra-se como elemento fundamental da natureza de serviço, daí decorre que não há serviço sem prestação material que o caracterize.

Não cabe, conforme se vê, localizar a emissão de habilitação para dirigir veículos dentre as atividades de serviço público.

3.2. EMISSÃO DE LICENÇA PARA DIRIGIR COMO ATO DECORRENTE DO PODER DE POLÍCIA

O chamado Poder de Polícia pode se apresentar sob as formas de polícia administrativa ou de polícia judiciária. A principal distinção de encontra no caráter preventivo da primeira e repressivo da segunda. A polícia judiciária ocupa-se do ilícito penal e é privativa de corpo rações especializadas, como a Polícia Civil e Militar.

Já a polícia administrativa é mais abrangente por ser característica da administração o poder de fiscalizar a si mesma e aos particulares. Dessa forma, o poder de polícia administrativa é presente na própria Polícia Militar, mas também nos demais órgãos fiscalizadores das áreas de saúde pública, vigilância sanitária, educação, previdência e assistência social, etc.

A doutrina é assente quanto às características do poder de polícia: auto-executoriedade, coercibilidade e discricionariedade. E o estudo destes caracteres pode trazer uma luz sobre a questão suscitada para este trabalho.

A auto-executoriedade permite que a administração, por seus próprios meios, tome efetue as diligências necessárias para assegurar a realização ou o cumprimento de suas decisões, dentro da legalidade e de acordo com o interesse público. Decorre da auto-executoriedade a dispensa de a administração recorrer ao Judiciário para por em prática os atos assecuratórios do interesse público.

Pode ser desdobrada em exigibilidade e executoriedade, conforme o entendimento dos doutrinadores.

A principal decorrência dessa característica é a possibilidade de imposição da Administração sobre o particular, com ou sem a sua concordância.

A coercibilidade é característica que está associada diretamente à auto-executoriedade. Trata-se da imposição coativa das decisões oriundas da Administração. Nos dizeres de MEIRELLES (1999, p. 122): *"Realmente, todo ato de polícia é imperativo (obrigatório para seu destinatário), admitindo até o emprego da força pública para seu cumprimento, quando resistido pelo administrado"*.

No que diz respeito a discricionariedade ela pode ser traduzida pela utilização, pelo administrador, dos critérios de oportunidade e conveniência. É característica não somente do poder-dever de polícia, bem como de todo o direito administrativo, que comporta uma divisão de seus atos, sempre levando em conta os caracteres de discricionariedade ou vinculação.

Relativamente ao poder de polícia, a discricionariedade pode se apresentar. Explica DI PIETRO (1998, p. 95): "Em grande parte dos casos concretos, a administração terá que decidir qual o melhor momento para agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das normas previstas na norma legal. Em tais circunstâncias, o poder de polícia será discricionário".

Ocorre que, existem outros atos na esfera do poder de polícia cujo itinerário já está previamente estabelecido em lei, não restando ao administrador nenhuma possibilidade de inovação ou de aplicação de medida diversa. Nesses casos, onde se apresenta uma vinculação do poder de polícia, a discricionariedade desaparece, dando lugar a uma seqüência de atos permitidos pela lei ao administrador.

Percebe-se, portanto que , a habilitação para dirigir decorre diretamente do poder de polícia de que é dotado o Estado.

Adiante se pode apreender que a definição da natureza jurídica da emissão de Carteira de habilitação fica determinada pelos critérios de discricionariedade e vinculação.

3.2.1. AUTORIZAÇÃO.

Dentre os atos administrativos negociais encontra-se a autorização. Trata-se este de ato discricionário e precário que possibilita aos particulares a realização de atividade, serviço ou ainda, utilização de certos bens, particulares ou públicos, de acordo com o seu interesse e aquiescência do poder público.

Di Pietro (1998, p.188) concebe três acepções distintas da autorização. Elenca a faculdade dada ao particular, a autorização de uso e a de serviço público. Explica a professora que esta autorização decorre do poder de polícia do estado sobre a propriedade privada, não devendo, por esta razão, ser confundida com a autorização legislativa, que configura modo de controle do poder legislativo sobre os atos do Executivo.

3.2.2. LICENÇA

É ato administrativo do tipo negocial caracterizado pela unilateralidade e vinculação. Por meio de licença a Administração faculta aos interessados o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais proibidos às pessoas que carecem de licença.

Sua principal característica reside na vinculação do administrador que fica obrigado a conceder a licença caso o interessado satisfaça as condições preestabelecidas. A licença advém do direito subjetivo do interessado e , por esta razão, se exclui o poder discricionário da Administração.

Não passa de ato declaratório de direito que já existia a dependência unicamente do pleito do interessado que preenche as condições.

Di Pietro (1998, p.189) confirma: "na licença cabe à autoridade tão somente verificar, em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais exigidos para determinada outorga administrativa, e , em caso afirmativo, expedir o ato, sem possibilidade de recusa; é o que se na licença para construir e para dirigir veículos automotores".

Alcançando ponto que interessa a este trabalho, pode-se então, com segurança, classificar o ato de emissão de habilitação para dirigir dentro da espécie licença. Não resta dúvida: o ato é vinculado, porque a lei prevê os requisitos diante dos quais a Administração é obrigada a conceder a licença; é, ainda, classificado como declaratório e individual.

Cabe, agora a pergunta: a suspensão de emissão de licença para dirigir estava de acordo com a ordem jurídica nacional?

4. SUSPENSÃO DE EMISSÃO DE LICENÇA PARA DIRIGIR: UMA BREVE ANÁLISE JURÍDICA

Por meio da Portaria de número 44, o Departamento nacional de Trânsito tornou suspensos todos os processos que tramitavam nos Departamentos de Trânsito de todo o país que datavam de 01º/03/99 e dias seguintes.

A motivação do ato consistia na falta de cumprimento das determinações constantes no Código de Trânsito Brasileiro e na Resolução nº. 74, especialmente no que respeitava aos centros de formação de condutores e habilitação necessária.

A decisão administrativa de âmbito nacional atingia aqueles que buscavam a licença inicial, ou seja, a Carteira provisória de Habilitação. Aqueles que buscavam a renovação do documento não sofreram os efeitos da suspensão, posto já haviam passado pelo procedimento de habilitação anteriormente.

Pergunta-se: em se tratando de direito subjetivo dos cidadãos que é a licença para dirigir veículos automotores, é legítimo que por meio de portaria se possa suspender esse direito?

E mais: é direito que os cidadãos sejam penalizados pela falta de qualificação dos cursos preparatórios para o exame de habilitação?

Qual a situação deste ato suspensivo diante do princípio da legalidade administrativa?

São algumas questões a que neste trabalho se propõe solucionar.

É certo que não se pode suscitar o desrespeito ao princípio da continuidade no serviço público, visto que resultaria em impropriedade quanto à terminologia jurídica. Já está demonstrado que a emissão de carteira de motorista não se configura como serviço público, mas sim atividade decorrente do poder de polícia.

Há, porém, visível desrespeito ao direito subjetivo do cidadão de obter sua licença para dirigir. Uma vez submetido o ato à licença prévia cedida pela Administração pública indireta, esta atividade precisa ser ofertada ao público de forma acessível e regular para que resulte em tolhimento de direito individual.

O ato de dirigir veículo automotor para ser realizado dentro da legalidade precisa atender às exigências de habilitação contidas no CTB. Entretanto, se torna impossível habilitação sem que a Administração disponibilize processo habilitatório. Deve partir do ente público a estruturação dos órgãos que irão aferir a habilidade dos indivíduos para enfrentar o trânsito e as estradas, bem como cabe à administração, adequação desse procedimento dentro da legalidade e de acordo com os princípios que informam o Direito Administrativo, alguns deles aqui citados.

A suspensão do direito subjetivo que se deu em março de 1999, ocorreu em desacordo com a Ordem Jurídica. Cabendo ao Denatran providenciar a mencionada adequação de seus departamentos e das auto-escolas ao chamado Novo Código de Trânsito Brasileiro, em período anterior à vigência deste. Diante da impossibilidade, de fato, de que isto ocorresse, por insuficiência da *vacatio legis* ou qualquer outra alegação, a adequação às novas exigências trazidas pelo diploma legal ainda assim não pode caber um prejuízo à coletividade. Se até a introdução da nova lei, o regime adotado para habilitação era efetuado de certa maneira deveria este ter sido mantido para que não fossem os cidadãos aqueles a sofrer as conseqüências do despreparo dos Detrans e cursos preparatórios. A Suspensão da atividade de licença foi medida adotada que mais punia a coletividade do que providenciava real alteração à situação vivida.

Quanto à utilização de portaria como meio para Suspender atividade, observe-se o conceito deste ato dado por Meirelles (1998, p.167):

"portarias são atos administrativos internos pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou

especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos. Em tais casos a portaria tem função assemelhada à da denúncia no processo penar”.

Como se pode ver, não se enquadra a suspensão de licença em nenhum dos casos listados pelo professor Hely Lopes Meirelles. O caso em tela se apresenta como uma desvirtualização do ato ordinatório da espécie portaria.

De Plácido e Silva inclui no verbete "*Portaria*" de seu vocabulário jurídico, esse desvio que chega a ser comum na utilização deste ato:

"Abusivamente, porém, é muito comum, notadamente em matéria fiscal, atribuir-se à portaria, que sempre deveria ter o caráter de ordem de serviço ou determinação de providência de caráter administrativo, valor superior à lei ou aos seus regulamentos instituídos, para alterá-Ias, modificá-Ios e, por vezes, substituir suas regras."

Dessa maneira, atribui-se à portaria poder que não lhe 'é assegurado nem instituído legalmente".

É bastante elucidativa esta inferência para o caso em questão.

O direito subjetivo concedido aos cidadãos por lei foi-lhes vedado, ou seja, suspenso, por meio de portaria, ato que nem ao menos é legítimo para tal fim, além de não possuir força equivalente à força de lei.

No dia 17 de março de 1999 as CNHs voltaram a ser emitidas, com a revogação da portaria nº 44, levando à queda da suspensão dias antes determinada. Autoridades para tanto alegaram que, após reunião realizada com os diretores gerais dos Detrans de todo o país, verificouse que havia ocorrido somente falta de comunicação entre os órgãos que vinham efetivamente cumprindo as exigências contidas no novo Código de Trânsito Brasileiro e constantes da Resolução de nº74 do Denatran.

Faz-se claro, entretanto, que esta suspensão não deveria ter havido, ao menos não da forma como ocorreu. A decisão administrativa não pode ir contra o ordenamento jurídico vigente.

A revogação é medida tomada pela própria Administração Pública, que através dela tona sem efeito seus atos. Ela é cabível quando é oportuno e conveniente para a entidade pública.

Este ato em estudo seria passível de anulação fora da órbita da Administração Pública , pois, como se demonstrou, surgiu em desrespeito ao interesse público e o princípio da legalidade.

Não se diminuem as razões invocadas pela Administração para a adoção da medida, nem se ignora que parte da matéria fica ao talante desta, mas sua vinculação neste caso não pode ser suplantada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em história recente do país, diversas têm sido as alterações introduzidas em matéria de trânsito. Enquanto algumas alcançam êxito, outras são impopulares ou inconvenientes e são, logo em seguida, novamente mudadas. Como exemplo tem-se a obrigatoriedade do uso dos faróis acesos durante o dia, norma logo revogada. É grande o número de cancelamento de multas, ou de processos administrativo questionadas a emissão desta; a utilização de fotossensores foi suspensa em algumas localidades, e houve também o aumento do limite máximo permitido nas "lombadas eletrônicas" já instaladas em alguns locais. Estojos de primeiros socorros passaram a ser obrigatório dentro dos veículos e logo deixaram de sê-lo. Aumentaram os preços dos pedágios nas rodovias. Vivenciou-se a prática de fraude no novo sistema de pontuação adotado.

O Direito, embora careça de ramo exclusivo, como já foi dito, para estudo da matéria pertinente ao trânsito, não pode ignorar os erros praticados nesta seara.

A suspensão da emissão de carteira de habilitação foi viciada desde o início, uma vez que o ato escolhido para tal não era cabível.

Sua ilegalidade deveria, conseqüentemente, ter sido atacada desde o início, evitando-se, por fim, que alguns milhares de pessoas por toso o país tenham sofrido o distúrbio de uma medida sem cabimento.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos; RIBEIRO, Dorival ; OLIVEIRA, Juarez de .*Código de Trânsito Brasileiro Sistematizado*. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário juridico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1997, 13^a ed.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas. 1998, 10^a ed.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros editores. 1999, 24^a ed.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer do professor proferido para o Departamento de Trânsito do Rio Grande do Norte.

_____ *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 1999, 11^a ED.

DA DENUNCIÇÃO DA LIDE AO SERVIDOR PÚBLICO NAS AÇÕES PROPOSTAS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO

Ricart César Coelho dos Santos
Acadêmico do 8º período do Curso de Direito da UFRN

I - NOTAS PRELIMINARES

O Código de Processo Civil (CPC) de 1973 disciplinou em seus dispositivos maneiras de um terceiro, até então estranho a um processo pendente, passar a integrar a relação jurídico-processual, como "parte ou coadjuvante da parte"¹. Estes fenômenos processuais são conhecidos como intervenções de terceiros, podendo ocorrer sob a forma de: oposição, nomeação à autoria, denúncia da lide, chamamento ao processo e assistência. No entanto, em nosso estudo, nos deteremos, no que tange ao direito processual civil, à denúncia da lide, em especial ao inciso III do artigo 70 do CPC.

No âmbito do direito administrativo, discutiremos as diferenças entre a responsabilidade do Estado e a do servidor público, notadamente em seu aspecto subjetivo. Também não olvidaremos de tratar da possibilidade de ação regressiva do ente público contra o causador do dano. Para isso, em ambos os casos, serão discutidos o tema na esfera constitucional, através da análise do disposto no §6º do artigo 37, da Carta Suprema.

Portanto, tem o presente estudo o desiderato de abordar o controverso tema que é a denúncia da lide ao servidor público em ação de indenização proposta contra a Administração, fazendo-o, de forma breve, sob a ótica processual, administrativa e constitucional.

II - ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE DENUNCIÇÃO DA LIDE AO SERVIDOR PÚBLICO

Assim dispõe o artigo 70², do Código de Processo Civil:

“A denúncia da lide obrigatória:

(...) 1/1 - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 114.

² Debruçar-nos-emos apenas sobre o inciso 111 do referido dispositivo, por haver se constituído, ao longo dos anos, em fundamento legal pertinente ao tema,

Analisando o preceito legal, Lúcia Valle Figueiredo³ inclina-se pela impossibilidade da denúncia da lide ao servidor público. Caso fosse cabível a denúncia, estar-se-ia inserindo, no curso do processo pendente, outra lide, o que atravancaria a solução da lide já instaurada entre o lesado e o Estado, com prejuízos para o primeiro.

Nelson Nery Júnior., comentando o inciso III, afirma poder o mesmo ser invocado somente nas hipóteses de *garantia própria*⁴, ou seja, "àquelas em que se discute a obrigação legal ou contratual do denunciado em garantir o resultado da demanda, indenizando o garantido em caso de derrota"⁵. Segundo o magistério do insigne processualista, a denúncia da lide ao servidor público se configuraria em hipótese de garantia imprópria - "mero direito genérico de regresso"⁶ - sendo, portanto, inadmissível.

Para prosseguirmos em nosso estudo, vejamos o que dispõe o § 6º do artigo 37, da Constituição Federal:

"§ 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 e culpa".:

Na conformidade do preceito constitucional *supra* transcrito, existe uma considerável distinção entre: a responsabilidade das referidas pessoas jurídicas, a qual, para caracterizar-se, apenas devem ser demonstrados a ocorrência do dano e o seu nexos causal com a conduta do agente (responsabilidade objetiva); e a responsabilidade dos agentes das referidas pessoas jurídicas, para a qual se faz necessária a comprovação de dolo ou culpa em seu ato para que exista (responsabilidade subjetiva). Ainda na lição de Nelson Nery Júnior, a denúncia da lide ao servidor implicaria, portanto, em introduzir fundamento novo (dolo ou culpa do mesmo), estranho à lide principal entre o lesado e o Estado (onde a responsabilidade discutida é de caráter objetivo).

Já Maria Sylvia di Pietro, em sua obra⁷, após mencionar os

³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 236.

⁴ No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle, op. cit., p. 237. Segundo o célebre autor, o dispositivo legal refere-se ao garante, que não é o caso do servidor, cuja responsabilidade será ainda aferida.

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria A. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 499.

⁶ Idem, p. 499.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1999. pp. 430 e 431.

posicionamentos doutrinários contrários a denúncia da lide, passa a destacar os ensinamentos de Yussef Said Cahali⁸. A partir da lição deste doutrinador, podemos ter duas hipóteses distintas concernentes à matéria:

a) quando o autor da ação a propõe somente contra a pessoa jurídica, com fundamento apenas em sua responsabilidade objetiva, seria inadmissível a denúncia ao servidor, pois ao fazê-la, a Administração estaria "inovando o pedido do autor", ao incluir fundamento por este não invocado, o que não seria possível;

b) se o autor, ao propor ação, o faz com a argüição de culpa do servidor, ainda que também fundamentando-a na responsabilidade objetiva da Administração, cabível será a denúncia⁹. Neste caso, o denunciante não estará acrescentando fundamento novo à ação, pois a argüição de dolo ou culpa do servidor já terá sido feita pelo autor. No mesmo sentido, seria admissível não apenas a denúncia, como também o litisconsórcio, com a propositura da ação contra o servidor e a pessoa jurídica ao mesmo tempo, defendendo Cahali, ainda, o cabimento de ação apenas contra o agente causador do dano, possibilidades estas também vislumbradas por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰. Quanto a esta última hipótese, posiciona-se de forma contrária José Afonso da Silva, para quem "o prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano", pois, salienta, "o princípio da impessoalidade (da Administração) vale aqui também"¹¹.

Contudo, merece aplauso a lição do célebre Humberto Theodoro Júnior. Segundo o eminente processualista, a diversidade existente entre as responsabilidades do Estado (de cunho objetivo) e a do servidor (de caráter subjetivo) não impede a denúncia da lide último. Com efeito, sempre que ocorre, a denúncia da lide importa instauração de uma nova ação entre denunciante e denunciado, de onde decorre que "na verdade, quando se exercita a denúncia, promove-se um cúmulo sucessivo de duas ações"¹². Daí pouco importar o fato de a natureza jurídica do vínculo disputado entre as partes da ação principal e da denúncia serem distintos.

Além disso, através de uma análise conjunta os dois dispositivos atinentes à matéria, podemos perceber que fica clara a possibilidade de denúncia da lide ao servidor. De fato, se o art. 70, III, do CPC diz que se deve denunciar "àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda" e a Lei Suprema reza que a Administração tem assegurado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa, não resta, portanto, qualquer dúvida quanto à possibilidade de utilização do instituto com relação aos servidores que causarem danos a terceiros no desempenho de suas funções.

Deve-se ter em vista, ainda, que a denúncia da lide ao servidor

⁸ Apud DI PIETRO, Maria Sylvia, op. cit., p. 430.

⁹ No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Val/e, op. cit., p. 237. Na lição da autora, se fundada a ação apenas na responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, poderá o servidor demandado alegar ilegitimidade de parte.

¹⁰ Apud DI PIETRO, Maria Sylvia, op. cit., p. 431.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 654.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p.127.

público, nos casos de ações de indenização propostas contra a pessoa jurídica a que este pertence, é medida que observa ao princípio da economia processual. Este princípio "preconiza o máximo resultado na atuação do direito, com o mínimo emprego possível de atividade processuais"¹³, sendo a sua consideração imprescindível para o deslinde da questão. Em observância ao mesmo, o STJ tem se pronunciado recentemente de modo favorável à denúncia da lide do servidor público¹⁴, não acolhendo, da mesma forma, recursos que objetivem a anulação dos feitos com fundamento na inexistência de denúncia do servidor¹⁵, ou em que se não procedeu a conversão do rito sumário em ordinário, a fim de propiciá-la¹⁶, pois, nesses últimos casos, apenas ter-se-ia como conseqüência a necessidade de realização de novos atos processuais, o que contraria o referido princípio em sua essência.

III - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme vimos, a denúncia da lide ao servidor público é questão polêmica que diz respeito a pelo menos três ramos distintos da ciência jurídica: o processual, o administrativo e o constitucional.

De forma geral, quanto aos dois primeiros, há entre os autores de cada disciplina uma consonância a respeito do tema. Com efeito, segundo o que podemos constatar, os processualistas procuram assegurar a máxima efetividade do processo, que se dá através da denúncia da lide ao servidor, sempre em observância aos princípios que norteiam a ciência processual, notadamente ao referido princípio da economia processual. Já os administrativistas procuram dar ênfase às discrepâncias existentes entre os fundamentos da responsabilidade do estado e do servidor para posicionarem-se de forma contrária à denúncia. Isso de maneira geral, pois há na doutrina, conforme vimos, exceções que apenas confirmam a regra. Quanto aos autores que escrevem sobre direito constitucional analisados, constatamos que os mesmos, em suas obras, pouca atenção dispensam ao tema.

Por fim, procuramos nos referir ao agente causador do dano como servidor público. Este se constitui no servidor da administração direta, das autarquias e das fundações de direito público, ocupante de cargo público, sujeito ao regime jurídico único. Contudo, a doutrina é uníssona na equiparação entre as responsabilidades dos prestadores de serviços públicos em geral, sejam os mesmos

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. 510 Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁴ RESP 181601/RS, publicado no DJU de 22/02/99; e RESP 156289/511, publicado no DJU de 02/08/99.

¹⁵ RESP 109208/RJ, publicado no DJU de 24/08/98. Em elucidativo acórdão, o julgador assim afirma: "... mas processada a causa sem a denúncia da lide, a anulação do feito contraria as finalidades do instituto, inspirado pelo princípio da economia processual. Por isso que, mesmo nas hipóteses em que o juiz a indefere quando deveria deferi-la, a jurisprudência vem se orientando no sentido de não anular o processo. O resultado, se a nulidade fosse reconhecida, seria o oposto àquele visado pelo instituto, sem vantagens concretas ...".

¹⁶ RESP 197374/MG, publicado no DJU de 01/07/99. Neste acórdão, o Tribunal assim se pronunciou: "... injustificável se torna, em sede de recurso especial, a anulação do processo para conversão do rito sumário em ordinário e admissão da denúncia, em atenção aos princípios da economia e celeridade processuais ...".

peças jurídicas de direito privado ou de direito público. Portanto, caso o agente causador do dano esteja a serviço de um concessionário de serviço público, haverá a mesma diferença de responsabilidades existente entre a Administração e o servidor público: o concessionário responderá objetivamente pelos danos; e o agente, apenas caso tenha agido com dolo ou culpa.

IV-REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Paulo: Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14.ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria A. *Código de Processo Civil Comentado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.

COMÉRCIO INTERNACIONAL E AS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS: UMA INCURSÃO JURÍDICA NAS MATÉRIAS DO DUMPING

Roberto Di Sena Júnior
Acadêmico Concluinte do Curso de Direito - UFRN

"Na época do mercantilismo, fomos vencidos pelos empréstimos com o penhor de nossas rendas alfandegárias e tratados comerciais que tinham por base favores tarifários. A técnica do capitalismo financeiro é outra. Os trustes e cartéis internacionais dominam as iniciativas industriais, fundando, em nosso país e em outros, indústrias que se articulam e se combinam, eliminando, pelos métodos de concorrência desleal - o dumping e outros processos -, as empresas mais fracas, ou limitando a produção das fábricas pela divisão de quotas e de mercados (...)" AGAMEMNON MAGALHÃES

1 - INTRODUÇÃO:

Numa época de intenso comércio internacional e crescente mundialização econômica, os problemas revelam novas perspectivas que escapam ao controle do Estado. As práticas comerciais compreendem novos mecanismos e instrumentos, como é exemplo o *dumping*, caracterizado como prática comercial desleal dos Comércios Exteriores, cujas matérias são objeto de inúmeros acordos multilaterais, que têm por fim estabelecer regras minimizadoras de seus efeitos.

Este trabalho objetiva apresentar algumas considerações acerca do *dumping*, estabelecendo seu conceito e as características que o distinguem de outras práticas comerciais desleais (por exemplo, subsídios e salvaguardas), tratando, por um lado, dos aspectos normativos internacionais, hoje sob as bases da Organização Mundial do Comércio - OMC¹, e, por outro lado, das normas internas, que através de leis e decretos acomodam os acordos internacionais na legislação pátria.

O *dumping* pode ser classificado de diferentes maneiras, a saber:

¹ A Organização Mundial do Comércio - OMC foi criada pelo "Acordo da Marrakesh", assinado no Marrocos aos 12 de abril de 1994, associado aos instrumentos legais resultantes da Rodada Uruguai (GA TT 1994), completando, desta forma, a estrutura do tripé do sistema Bretton Woodll (Banco Mundial, FMI e OMC).

estratégico, estrutural, social, ecológico, permanente, intermitente, de subvenção e de preço. Nesta oportunidade, interessa-nos a análise do *dumping* em sua modalidade predatória, ou seja, como uma prática desleal no Comércio Exterior, tendo sido objeto de discussão por ocasião da Rodada Kennedy² do GATT³, da qual promanou o "Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral de Tarifas Aduaneira e Comércio"⁴.

A complexidade técnica que reveste as matérias do *dumplna* tem inibido as incursões dos doutrinadores pátrios que, até a presente data, pouco abordaram a temática, deixando-se firmar a falsa compreensão de tratar-se de algo distante e estranho à realidade brasileira. Ao contrário disto, os efeitos do *dumping* são vistos com frequência, quando ocasionam, por exemplo, a falência de empresas e a extinção de milhares de postos de trabalho.

Esperando contribuir para a formação de uma base teórica nacional sobre as matérias do *dumping*, apresentamos este ensaio que, mesmo modesto, permitirá uma melhor compreensão doutrinária das matizes jurídicas do *dumping*. Principalmente, esperamos despertar um maior interesse, no meio acadêmico do direito, sobre aspectos importantes do direito do comércio internacional e, conseqüentemente, da globalização.

II- CONCEITO DE DUMPING:

O *dumping* é uma palavra de origem inglesa que não tem encontrado tradução nas línguas latinas, sendo incorporada, em sua grafia original, ao vocabulário de inúmeros idiomas, dentre os quais o português. O *Black's Law Dictionary* define *dumping* como "o ato de vender grandes quantidades a um preço muito abaixo ou praticamente sem considerar o preço; também, vender mercadorias no exterior por menos que o preço do mercado doméstico"⁵.

A promulgação do Decreto nº 93.941, de 16 de janeiro de 1987, e a regulamentação, através do Decreto nº 1.602, de 23 de agosto de 1995, das normas que disciplinam internamente as matérias do "Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio - GATT", estabelecendo os procedimentos administrativos concernentes à aplicação das medidas *antidumping*, tornam oportuno o estudo de tais matérias, facilitando sua definição e

² As denominadas "rodadas", gozando de natureza de Convenção Internacional, foram criadas pelo GATT para promover discussões e negociações de temas importantes e causadores de desequilíbrio na dinâmica do comércio mundial. Eram realizadas periodicamente, tendo totalizado, até a sucessão do GATT pela OMC, oito *rounds*, a saber: Genebra, 1947; Annecy, 1949; Torquay, 1951; Genebra, 1956; Genebra, 1960/61 (Dillon Round); Genebra, 1964/67 (Kennedy Round); Genebra, 1973/79 (Tokyo Round); e Montevideú, 1986/94 (Uruguay Round).

³ A sigla "GATT" consiste na abreviação da expressão inglesa "*General Agreement on Tariffs and Trade*" (Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio) utilizada para designar a organização internacional concebida em 1947 e que, até 1995, quando da criação da Organização Mundial do Comércio - OMC, promoveu uma série de acordos multilaterais destinados a reduzir os obstáculos ao intercâmbio internacional, com o escopo-mo r de fomentar relações comerciais mutuamente vantajosas.

⁴ Este Acordo, também conhecido por "Código Antidumping", sequer chegou a ser internalizado no Brasil, o qual apenas aderiu a seus dispositivos quando de sua revisão em 1980.

⁵ *Apud Varanda*, 1987, p.11.

análise, auxiliando os juristas brasileiros em seu manuseio.

Dumping designa uma prática desleal do Comércio Internacional. Na hipótese de tal fenômeno ocorrer nas relações comerciais de direito interno, elas serão definidas como "preço predatório", caracterizando uma situação jurídica regulamentada internamente pela legislação antitruste, sendo que quando uma empresa brasileira pratica "preço predatório" não é possível a qualquer parte prejudicada recorrer aos mecanismos disponibilizados, seja pela Secretaria de Comércio Exterior - SECEX, seja pela OMC.

Em seu último relatório, o Departamento de Defesa Comercial DECOM da SECEX, vinculada ao Ministério da Indústria, Comércio e Turismo, reportou que o Brasil estava sendo alvo de cinquenta e seis (56) investigações de *dumping* contra suas exportações (situação em 31/12/97). Entretanto, na última década (1988/1998), haviam as empresas brasileiras postulado a abertura de apenas sessenta e três (63) processos de investigação por práticas comerciais desleais, cinquenta e cinco (55) das quais concernentes a *dumping*.

Esses acontecimentos têm-se tornado freqüentes, na medida em que o Brasil intensifica sua atuação no comércio exterior. A abertura comercial e o conseqüente aumento da concorrência internacional tornam imprescindíveis a existência de um eficiente sistema de defesa comercial, capaz de eliminar as mais diversas formas através das quais as práticas comerciais perniciosas revelam-se. O Brasil, contudo, há-se mostrado reticente na aplicação de medidas *antidumping* contra exportadores estrangeiros, o que tem gerado insatisfação no seio do empresariado nacional e o acúmulo de crescentes prejuízos para nossa economia.

O estudo do *dumping*, desta forma, visa a proporcionar a melhor compreensão dos problemas jurídicos enfrentados pelos exportadores, pelos produtores domésticos e pelas próprias partes signatárias na aplicação das normas do GATT, de molde a mais efetivamente lhes assegurar o gozo da tutela que o sistema jurídico nacional, nos limites dos acordos internacionais, proporciona.

Ao contrário do que em primeira análise possa inferir-se, o fenômeno do *dumping* é bastante antigo, sendo deveras difícil estabelecer-se quando a questão surgiu originariamente. Parece mesmo ser o *dumping* inerente à própria competição, havendo relatos de sua prática por produtores americanos já nas últimas décadas do século XIX. A primeira lei de repressão ao *dumping* é, contudo, oriunda do Canadá, e data de 1904, resultante da preocupação daquele país com a ação das grandes companhias, cuja atuação revelava-se ruínosa para suas indústrias.

Desde então, o *dumping* tem sido objeto de inúmeros debates, discutindo-se qual a sua natureza jurídica, seus elementos constitutivos e as formas mais adequadas para coibi-lo, sem que isto implique um retrocesso na liberalização dos mercados e no desenvolvimento do comércio global. Aliás, no cenário internacional, a disciplina do *dumping* revelou-se uma necessidade premente, porque objetivava justamente estabelecer os critérios dentro dos quais o mesmo poderia ser reprimido, evitando-se, deste modo, que medidas protecionistas fossem adotadas sob o falacioso argumento de estar-se apenas a retorquir práticas comerciais desleais.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão integrante do Ministério da Justiça, já definiu *dumping* como a temporária e artificial redução de preços para oferta de bens e serviços por preços abaixo daqueles vigentes no mercado (eventualmente abaixo do custo), provocando oscilações em detrimento do

concorrente e subsequente elevação no exercício de especulação abusiva⁶.

O *dumping* representa, outrossim, uma prática perniciosa ao comércio normal, não se restringindo meramente à venda de produtos abaixo do preço de custo. Consoante caracterização de Luiz Gastão Paes de Barros Leães⁷, faz-se mister a existência de dois elementos para configurá-lo, quais sejam: a redução de preços, seguida de elevação com vistas ao exercício de especulação abusiva; e o intuito de eliminar a concorrência e criar monopólios.

Richard D. Boltruck define *dumping* como "a venda de um produto importado abaixo de seu valor normal. Em virtude desta prática ser considerada injusta, o GA TT permite que suas partes contratantes imponham medidas *antidumping*, nunca superiores à margem total de *dumping*"⁸. Já Roberto Pernomian Rodrigues, discorrendo sobre a mesma problemática, doutrina que:

"Ao definir dumping, Nicolaides afirma que a palavra é geralmente empregada como venda de um bem a preço menor que seu preço normal, esclarecendo que existem duas acepções para 'preço normal': preço de venda no mercado interno ou custo de produção. Jackson ao tratar do conceito de dumping segue a mesma linha, afirmando que 'o conceito central de dumping como descrito no GATT e em outros lugares é geralmente expressado como venda de produtos para exportação a preço menor que o valor normal, onde valor normal significa, aproximadamente, o preço pelo qual aqueles mesmos produtos são vendidos no mercado interno ou exportador'. E continua Jackson esclarecendo que a margem de dumping é igual à diferença entre o preço de venda no mercado interno e o preço de exportação; sendo tal margem positiva, está-se diante de um caso de dumping conforme o definido no comércio internacional⁹". (os grifos não constam da versão original)

O *dumping*, portanto, enquanto prática comercial desleal, caracteriza-se pela venda de um produto abaixo de seu valor normal, ou, nos termos do Decreto n.º 1.602, de 23 de agosto de 1995:

"Art. 4º - Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de dumping a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob a modalidade de drawback, preço de exportação inferior ao valor normal.

Art. 5º - Considera-se valor normal o preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações mercantis normais, que o destinem a consumo interno no país exportador."

A problemática sobre o que venham a ser "valor normal", "produto

⁶ Leães, 1993, p. 11.

⁷ Ibidem, idem, p. 14

⁸ Tradução livre. Boltruck, 1987, p. 45.

⁹ Rodrigues, 1999, p.168.

similar", "mercado doméstico" e outros conceitos necessários a um perfeito delineamento deste instituto, ainda perdura, não obstante advento do Código *Antidumping*, que tentou trazer em seu bojo a definição de muitos deles.

Enquanto prática comercial ilícita, o *dumping*, assim como todas as demais condutas desviantes, também é passível de punição, dando ensejo sua prática à adoção de medidas *antidumping* por parte do país lesado. Entretanto, "a prática do *dumping*, por si só, não pode ser suficiente para a imposição dos direitos *antidumping*, ainda que possa resultar algum prejuízo para a indústria nacional; é preciso que tal prática seja implementada por atos concretos e que tenha como resultado a eliminação ou restrição à concorrência, à dominação do mercado ou ao aumento arbitrário dos lucros"¹⁰. O *dumping* pode, pois, causar sérios danos à indústria doméstica, a saber: 1) eliminar ou ao menos reduzir a concorrência, seja local, seja de outras empresas internacionais; e 2) criar obstáculos ao surgimento de novas empresas, devendo, por esta razão, ser prontamente combatido.

Ante o exposto, vislumbra-se a existência de dois tipos de *dumping*, a saber: o condenável ou predatório, que causa ou ameaça causar dano relevante a uma indústria doméstica, e o não-condenável ou episódico, não gerador da especificada consequência. Em determinadas circunstâncias, a venda de um produto em um país por um preço inferior àquele praticado no país exportador ou ao seu custo de produção, não enseja ou ameaça ensejar dano às indústrias da nação importadora, isto porque o volume ou a periodicidade das exportações com a prática de *dumping* não são suficientemente significativas. Constata-se, destarte, que nem sempre o *dumping* é passível de punição nos termos do GATT, sendo reprovável apenas quando ele "causa dano a uma indústria estabelecida no território de uma das partes contratantes ou retarda o estabelecimento da indústria local"¹¹.

O *dumping* predatório consiste, assim, numa estratégia de monopolização de mercados, na medida em que a empresa exportadora deprime os preços internacionais de um bem com o objetivo precípuo de eliminar seus produtores-concorrentes já instalados no país importador. Desta forma, enquanto os produtores-concorrentes não forem eliminados, os preços de venda na exportação persistirão, mas no momento em que essa competição injusta eliminar a concorrência, a empresa passará a elevar os preços com os quais vinha exportando.

III- ASPECTOS JURÍDICOS DO DUMPING:

O Direito, enquanto norma, visa a disciplinar uma situação fática já existente e a estabelecer os parâmetros dentro dos quais certas atividades podem ser licitamente exercidas. Aplicando-se tal sorte de idéias à temática ora abordada, fácil é concluir que o sistema *antidumping* surgiu no intuito de coibir uma prática internacional classificada como desleal e perniciosa, bem como impedir que os Estados isoladamente recorressem àquilo que, quando praticado entre indivíduos, designa-se justiça privada

¹⁰ *Ibidem*, idem, p. 203.

¹¹ Tradução *livre*. A versão original em inglês dispõe o que segue: "Article VI. Antidumping and Countervailing Duties - §1° *The contracting parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or material/y retards the establishment of a domestic industry*".

ou autotutela.

O Comércio Internacional é extremamente complexo e suas relações são objeto de acordos gerais, como são exemplo o Acordo do GATT e o de Marrakesh de 1994, que visam a estabelecer normas gerais garantidoras de um sistema de trocas mais justo e vantajoso para todos os Estados-Partes. Neste contexto, o *dumping* caracteriza a perversão de toda principiologia iniciada pelo GATT e continuada pela OMC.

O *dumping*, conforme já acentuado alhures, implica a exportação de uma mercadoria para outro país por um preço abaixo do "valor normal", entendendo-se como tal um preço inferior ao custo de produção do bem ou então inferior àquele praticado internamente no país exportador.

Esta situação gera inúmeras distorções na economia do país importador, podendo levar à ruína empresas já ali instaladas ou impedir que outras mais estabeleçam firmas em seu território. A evidência, em se perpetuando tal sorte de acontecimentos, o padrão de vida das pessoas que habitam o país lesado será abruptamente reduzido, seja em função da extinção de empresas e postos de trabalho, seja em virtude da artificial redução dos preços das mercadorias.

Conhecedor dessa realidade e tendo em vista impedir o recrudescimento protecionista das legislações aduaneiras dos países, o GATT regulamentou o *dumping*. Registre-se, todavia, que tal atitude, incentivada pelas principais nações integrantes do Comércio Internacional, não fora motivada pelo altruístico sentimento de se evitar o "*laissez faire, laissez passer*" na seara internacional e todas as danos conseqüências advindas de sua prática. Ao contrário, a disciplina do *dumping* pelo artigo VI do GATT 1947 tem por escopo evitar que medidas *antidumping* sejam adotadas de forma discricionária de modo a inviabilizar o livre comércio entre as nações.

Alguns economistas, contudo, defendem a tese de que medidas *antidumping* nada mais são do que uma retórica do protecionismo contemporâneo, capaz de proteger indústrias ineficientes contra a competição exterior. Entendemos, no entanto, ser o liberalismo econômico perfeitamente compatível aos mecanismos disciplinadores de seu exercício, uma vez que, consoante acentua Guillermo Borda, "o homem moderno já não mais aceita o dogma no sentido de que seja justo tudo que seja livre"¹².

IV- NORMAS INTERNACIONAIS DO DUMPING:

A necessidade de regulamentação do comércio internacional por um tratado multilateral foi sentida como necessidade após a II Guerra Mundial. Planejava-se criar, juntamente com o Fundo Monetário Internacional - FMI e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD, a Organização Internacional do Comércio OIC. Esta, contudo, não logrou êxito em sua constituição e o comércio internacional foi amplamente regulamentado pelo "Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio", também conhecido pela sigla inglesa "GATT", que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948.

Observando-se as circunstâncias de sua concepção, nota-se que o GATT seria apenas uma parte das regras do comércio internacional, criado pela Carta de Havana como primeiro passo viabilizador da OIC. Entretanto, como esta não fora definitivamente constituída¹³, o GATT perdurou no tempo para suprir-lhe às vezes,

¹² *Apud* Venosa, 1996, p. 21.

¹³ Cumprе ressaltar, nesta oportunidade, que o próprio governo dos Estados Unidos, nada obstante haver estimulado as discussões acerca da criação da OIC, foi quem determinou o

entrando em vigor através do "Protocolo de Aplicação Provisória", em meados de 1948, com 23 países subscritores¹⁴.

A idéia originária do GATT era reduzir as barreiras alfandegárias que tornavam o Comércio Exterior pouco atrativo e homogeneizar as regras adotadas internacionalmente nesta seara. Consistia ele num simples acordo que, com a criação da OIC, passaria a integrar o manancial de normas regentes da política comercial mundial. Por ocasião da Carta de Havana, o FMI e o BIRD (hoje Banco Mundial), foram formalmente constituídos, porém, não se chegou a um consenso sobre como seria e se controlaria uma organização internacional do comércio.

Tendo em vista o vazio deixado pelo insucesso da OIC, os diplomatas já reunidos na capital cubana, acharam por bem transmitir ao GATT, ao menos parcialmente, as funções que haviam sido previstas para aquela. Ao subscreverem o Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio - GATT, não existia a intenção de se criar um organismo internacional, já que esse Acordo seria incorporado pela OIC, contudo, tendo em vista o fracasso desta, o GATT teve que assumir funções de verdadeira secretaria especializada das Nações Unidas.

Em 1994, através do Acordo de Marrakesh, que ratificou os instrumentos resultantes da Rodada Uruguai, foi criada a Organização Mundial do Comércio - OMC, que hoje exerce o papel da natimorta OIC, tornando obsoletos os mecanismos do GATT, uma vez que lhe absorveu todo o conteúdo.

O acordo originário instituidor do GATT fez alusão ao *dumping* em seu artigo VI, porém, haja vista a complexidade do tema, este mesmo artigo foi objeto de posterior acordo multilateral, denominado de "Acordo de Implementação do Artigo VI do GATT", também conhecido por Código *Antidumping*, que veio lançar luzes no meio de tantas controvérsias que inquietavam a Comunidade Internacional.

Nos termos deste Código, o *dumping* é assim discriminado:

"Art 2º Determinação de Jumping

§1º Para os fins deste Acordo, um produto é objeto de dumping, isto é, introduzido no mercado de outro país a preço inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto, quando exportado de um país para outro, for inferior ao preço comparável, praticado no curso de operações comerciais normais, de um produto similares destinado ao consumo no país exportador¹⁵".

Os objetivos e princípios norteadores do Código *Antidumpling* aparecem com clareza em seu preâmbulo, senão vejamos:

fracasso desta iniciativa, vez que não submetera a Carta de Havana à aprovação do Congresso norte-americano.

¹⁴ Johannpeter, 1996, p. 33-34

¹⁵ Tradução livre. A versão original do Acordo em inglês dispõe, *in verbis*:

"Article 2. Determination of Dumping- §1º *For the purpose of this Agreement, a product is to be considered as being dumped, i.e. introduced into the commerce of another country at less than its normal value, if the export price of the product exported from one country to another is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country.*"

*"As partes do presente acordo (doravante denominadas "Partes"),
RECONHECENDO que as práticas antidumping não devem constituir
um entrave ao comércio internacional e que os direitos antidumping
somente podem ser utilizado contra o dumping se este causa ou ameaça
causar um dano considerável a uma indústria instalada ou se retarda
sensivelmente a implantação de uma indústria;
CONSIDERANDO que é desejável assegurar procedimentos equitativos
e abertos que sirvam de base para o pleno exame dos casos de dumping;
LEVANDO EM CONTA as necessidades específicas dos países em
desenvolvimento, no tocante ao seu comércio, desenvolvimento e
finanças;
DESEJANDO interpretar as disposições do Artigo VI do Acordo geral
sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (doravante denominado "Acordo
Geral" ou "GA TT") e elaborar regras para sua aplicação, com objetivo
de assegurar maior uniformidade e certeza em sua implementação; e
DESEJANDO assegurar solução rápida para as controvérsias que
possam surgir no âmbito do presente Acordo;
ACORDAM "*

Atualmente este Código, regulamentado no Brasil pelo Decreto nº. 93.941/87, é o principal documento disciplinador do *dumping*, estabelecendo o que se pode entender por inúmeros de seus conceitos, o procedimento a ser seguido até a aplicação de medidas *antidumping* e a forma como a legislação interna de cada país pode dispor sobre o assunto. O Brasil aderiu a suas determinações em 20 de outubro de 1980, quando o mesmo sofrera significativas alterações para acomodar as exigências dos países subdesenvolvidos. Vemos, assim, que existem duas esferas normativas sobre o *dumping*: a internacional, através da OMC; e a interna, que deve estar em harmonia com a primeira, complementando-lhe naquilo em que for omissa.

V - O DUMPING E A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A doutrina brasileira revela-se incipiente na investigação das práticas de *dumping*, nada obstante o rico manancial legislativo disponível. Por outro lado, poucas empresas peticionam à SECEX para iniciar procedimento investigatório *antidumping*, fato este que decorre principalmente da falta de conhecimento acerca das matérias doutrinárias e dos mecanismos de proteção cabíveis, levando o empresariado a clamar por medidas protecionistas, estas quase sempre incompatíveis com os postulados do GATT/OMC.

O *dumping* afeta a competição, uma vez que, através da artificial redução dos preços das mercadorias, tem a intenção de eliminar os concorrentes e dominar o mercado. Esta redução artificial de preços, por diminuir a riqueza e o padrão de vida dos habitantes nacionais do país lesado e não ser pautada pelos princípios da competição justa, suscita uma sanção imposta pela ordem jurídica.

A maioria dos países desenvolvidos já possuía, em 1947, diplomas legais que versavam sobre a repressão ao *dumping*, por exemplo, EUA, Canadá e Austrália. O Brasil, conquanto teve a sua industrialização movida pela paulatina substituição de importações, ainda não possuía, à época, parque industrial significativo a ser protegido. Desta forma, quanto menor fosse o preço dos produtos importados melhor seria, pois

mais facilmente seu custo seria numericamente compensado na balança comercial pela exportação de produtos primários.

Apesar deste atraso, nosso país participou de todas as rodadas promovidas pelo GATT, sendo um dos primeiros signatários do Acordo estabelecido em 1947. O artigo VI do GATT 1947 foi incorporado pelo direito brasileiro através da Lei nº. 313, de 30 de julho de 1948, o qual dispunha em seu art. 1.º, *in verbis*:

"Art. 1º - É o Poder Executivo autorizado a aplicar, provisoriamente, o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, cujo texto consta da Ata Final da Segunda Reunião da Comissão Preparatória da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego, assinada pelo Brasil e outros países, em Genebra, a 30 de outubro de 1947."

Com a internalização da disciplina do *dumping* e dos mecanismos idôneos à sua repressão, o Brasil passou a dispor de elementos normativos suficientes para coibi-la, porém, até a promulgação da Lei nº. 3.244/57, não havia ainda nenhum órgão específico para conduzir a política *antidumping*, posteriormente atribuída à Comissão de Política Aduaneira - CPA.

Se em um primeiro momento poder-se-ia imaginar que haveria a adoção de medidas de restrição ao *dumping*, certo é que o Brasil optou pela aplicação da pauta de valor mínimo e do preço de referência para controlar a entrada de produtos estrangeiros.

Em 1987, o Decreto nº. 93.941 regulamentou o "Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do GATT", também conhecido como "Código *Antidumping*", dispondo sobre as normas do próprio GATT e a interpretação que se deu a vários de seus termos e situações, tais como "dano relevante", "indústria doméstica", "ameaça de dano", etc., fazendo com que a apuração do *dumping* ocorresse por meio de um procedimento previamente estabelecido.

A necessidade de se desvincular os direitos *antidumping* de sua natureza tributária originária e a conveniência de se adequar o ordenamento jurídico nacional aos termos do GATT 1994 (Rodada Uruguai), embora não sendo os únicos fatores, foram determinantes para que se editasse um conjunto de Medidas Provisórias que culminaram por ter a disciplina nelas constante expressa na Lei n.º 9.019/95. Esta lei é a que serve, presentemente, de fundamento para as demais normas jurídicas sobre o tema, sendo o Decreto nº. 1.602/95, sua norma regulamentadora.

O Brasil, hoje mais do que em qualquer outro momento, adota os mecanismos jurídicos ofertados pela ordem jurídica internacional para coibir o *dumping*, não mais se justificando o recurso a vias outras que agridam os cânones gizados pela OMC.

VI- CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O *dumping*, enquanto instituto disciplinado por duas ordens jurídicas

distintas, complementares e igualmente aplicáveis, requer uma especial atenção por parte do jurista pátria, uma vez que seus conceitos e mecanismos não são de fácil manuseio e exigem conhecimentos técnicos não disponibilizados em nossos bancos universitários.

O crescimento das relações econômicas internacionais demanda um contínuo fluxo de profissionais altamente qualificados e capazes de lidar com realidades de intensa fluidez e complexidade. O *dumping*, enquadrando-se nesse contexto, não deve ter seu estudo preterido, quer pela escassez bibliográfica, quer pela linguagem econômica pouco acessível, posto que, em se tratando de comércio exterior, qualquer enfoque que seja dado a este, terá de transpor dois obstáculos básicos, a saber: sua peculiar legislação, dispersa e tumultuária; e a quase absoluta ausência de doutrina que trate especificamente dos aspectos jurídicos das exportações e importações, normalmente abordados apenas sob os prismas da economia e do marketing¹⁶.

O *dumping* é um artifício que se apresenta com extrema agressividade, exigindo dos profissionais do Direito a familiarização com seus elementos, a fim de evitarem que empresários brasileiros sejam prejudicados pelo desconhecimento das formas jurídicas de proteção das relações comerciais internacionais.

VII - BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

BOLTUCK, Richard D. An economic analysis of dumping. *Journal of World Trade Law*, Twickenham, v.21, n.5, p.45-54, out. 1987

BRASIL. Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo. Secretaria de Comércio Exterior. Departamento de Defesa Comercial. Relatório DECOM: medidas de defesa comercial, antidumping, compensatórias e salvaguardas. Ano I, n.º. 1, 1º semestre de 1998, 29 p.

DEL CHIARO, José *et al.* Fundamentos e objetivos da legislação antidumping. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.25, p.61-70, jan./jul. 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio *et ai.* Direitos anti-dumping e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.33, n.96, p.87 -96, out./dez. 1994.

GUEDES, Josefina Maria M. M.; PINHEIRO, Silvia M. *Antidumping, subsídios e medidas compensatórias*. 2 ed. São Paulo:

¹⁶ Oliveira, 1979, p. 04-05.

Aduaneiras, 1996.284 p.

JOHANNPETER, Guilherme. Antidumping: prática desleal no comércio internacional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 130 p.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O "dumping" como forma de abuso do poder econômico. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v.32, n.91, p.5-15, jul./set. 1993.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Rosenite Alves de. O sistema jurídico-administrativo de comércio exterior brasileiro sob a ótica da intervenção estatal. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1979.281 p.

PALMETER, David. A commentary on the WTO Antidumping Code. Journal of World Trade: law, economics, public policy, Geneva, v.30, n.4, p. 43-69, aug. 1996.

RODRIGUES, José Roberto Pernomian. O dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico: caracterização e conseqüências. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999,284 p.

. Os efeitos do dumping sobre a competição. Revista de Direito Econômico, Brasília, p. 29-43, jan.lmar. 1996.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. A natureza jurídica dos direitos antidumping. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, v.5, n.18, p.238-49, jan.lmar. 1997.

VARANDA, Aquiles Augusto. A disciplina do dumping do Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio: tipificação de um delito num Tratado internacional? Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1987, 190 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Teoria Geral dos Contratos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

DO CHAMAMENTO AO PROCESSO

Thiago Cássio D'ávila Araújo

Acadêmico do 9º Período do Curso de Direito - UFRN

Artigo dedicado ao Dr. Mauro Melo de Moraes, jovem advogado de talento que muito tem me ensinado acerca da vida e do Direito

1 - INTRODUÇÃO

O Instituto do chamamento ao processo é certamente dos temas mais importantes dentre os que nos são apresentados no Capítulo VI, Título II, do Livro I do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, a saber, capítulo que trata da Intervenção de Terceiros. Mais precisamente, a disciplina legal do chamamento ao processo está contida nos artigos 77 a 80 deste diploma legal.

Trata-se de notória inovação no Direito pátrio trazida à lume pelo Código Buzaid de 1973, tendo sido fonte de inspiração o artigo 330 do Código de Processo Civil português datado de 1967, onde verifica-se a existência de um instituto processual de extraordinária similitude, batizado em terras lusitanas como Chamamento à Demanda.

A partir da interpretação da norma legal, infere-se que o chamamento ao processo destina-se exclusivamente para uso do fiador, do co-fiador e do devedor solidário, em situação jurídico-processual em que estes estejam no pólo passivo, qual seja, na condição de réus, conforme veremos.

O chamamento ao processo é tema que interessa principalmente

aos que, obtida a graduação nas Ciências Jurídicas, almejem pôr a alma de prontidão à militância advocatícia, em face da imagem de eficiência que necessariamente acompanha o profissional que deste eficaz instituto faz uso, pelas condições de maior celeridade judicial que propicia àquele que se sub-roga nos direitos do credor, atendendo sobremaneira à aplicação do princípio da economia processual, norteador do pensar legislativo que o trouxe ao ordenamento jurídico que nos rege.

Iniciaremos o presente artigo com uma abordagem sucinta, somente a título de referência, do que vem a ser Intervenção de Terceiros, haja vista ser o chamamento ao processo modalidade daquele instituto. Interessar-nos-á, sobremaneira, o dizer do que vem a ser o chamamento ao processo, suas hipóteses de admissão legal, bem como o procedimento para que dele se faça correto uso.

No mais, registramos que não temos como intenção esgotar o assunto. O objetivo dessa publicação não é outro que fornecer as bases do instituto, para que o aprofundamento no mesmo seja filho da discussão, de estudos outros e principalmente, da vivência do mesmo, pois nada mais útil que usar as ferramentas legais que se nos parecem disponíveis.

2 - DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

A intervenção de terceiro ocorre quando aquele que não é parte no processo, ou seja, aquele que não é autor nem réu, passa, de alguma maneira, a participar da lide, com base em algum interesse jurídico que tenha no desenrolar da questão judicial.

Em nosso ordenamento conhecemos diferentes modalidades de intervenção de terceiros, como a oposição, a nomeação à autoria e a denúncia da lide, para citar exemplo.

O chamamento ao processo, tema de nosso trabalho, é mais uma das modalidades de intervenção de terceiro, e propicia ao chamado a condição de réu no processo, tendo este, por conseguinte, direito a todas as práticas processuais inerentes aos princípios da ampla defesa e do contraditório, ambos consagrados em nossa Carta Política.

3 – DA ANÁLISE E DO CABIMENTO DO CHAMAMENTO AO PROCESSO

Em nosso humilde entender, ninguém melhor que o jurista FLÁVIO CHEIM JORGE soube definir o instituto do chamamento ao processo, ao ter a felicidade de escrever que "O chamamento ao processo é uma das formas de ingresso coativo de terceiro ao processo, onde é concedida ao réu a faculdade de, sendo demandado em obrigação comum, chamar ao processo os outros devedores, para ocuparem junto com ele a posição de réu, sendo todos condenados pela mesma sentença"¹.

¹ JORGE, Flávio Cheim. Chamamento ao Processo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 22

A bem da verdade, o chamamento ao processo é a desforra do réu contra o autor, na medida em que este decidiu litigar apenas contra aquele, quando juridicamente se permitiria que também outros obrigados figurassem no pólo passivo da ação.

Daí inferir-se, portanto, que o chamamento ao processo é ato processual privativo do réu-chamante, não podendo o chamado furtar-se ao comparecimento ao processo para oferecer contestação (isso muito embora sua ausência voluntária não faça valer necessariamente os efeitos da revelia em virtude do litisconsórcio passivo formado, como veremos adiante). Outrossim, ao autor só cabe uma alternativa: aceitar o chamado na condição de réu, não podendo opor-se a esta intervenção (salvo nos casos em que o autor da ação verificar que o chamado não pode ser parte por não estar inserido nas hipóteses legais admitidas pelo Código Processual Civil).

Exatamente nisso reside a maior celeuma doutrinária respeitante ao instituto: em virtude do chamante coagir juridicamente o autor a litigar contra quem inicialmente não pretendia, acaba-se por verificar-se uma importante exceção processual ao princípio da iniciativa da parte, conforme leciona VICENTE GRECO FILHO². Por essa razão, inúmeras críticas se levantaram contra o instituto. Com efeito, entendemos que na prática não há tanta perturbação ao direito do autor de litigar apenas contra quem queira, porque a cabo do Processo de Conhecimento, o credor, ao menos nos casos de devedores solidários, caso vencedor, é quem selecionará o executado, como veremos adiante.

Há, portanto, ampliação subjetiva da lide, ocorrida esta quando da formação do litisconsórcio passivo entre chamante e chamado, a pedido exclusivo daquele.

Urge ressaltar que o chamamento ao processo, embora as mais das vezes só traga vantagens ao réu originário, constitui-se em modalidade facultativa de intervenção de terceiros, a contrário, *verbi gratia*, da denunciação da lide e da nomeação à autoria ambas obrigatórias por força da *lex pátria*.

O litisconsórcio formado pelos réus é simples, e não unitário. Outra conclusão não podemos tirar ao lermos, na fonte de HUMBERTO THEODORO JR., que "litisconsórcio simples" se dá quando a decisão, embora proferida no mesmo processo, pode ser diferente para cada um dos litisconsortes"³. Ora, não seria de todo inverossímil imaginar que, num litisconsórcio passivo formado entre fiador e devedor principal, por exemplo, aquele, na condição de chamante, contestasse a pretensão do autor alegando que já tenha decorrido o prazo dentro do qual o devedor se obrigou a desonerá-lo (art. 1499 do Código Civil, *in fine*). Nesse caso, provando-se que o fiador não mais está obrigado, e em caso de ser julgada procedente a ação, dúvida não resta de que a sentença seria diferente para fiador e devedor principal.

Portanto, o litisconsórcio formado pelo chamamento ao processo é passivo, incidental (porque ocorre no decorrer do processo), facultativo e simples.

Formado o litisconsórcio, devem ser observadas as normas pertinentes a tal situação jurídica. Entendemos que o estudo do litisconsórcio mereceria artigo à

² GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989. VI. 1, p.15S

³ THEODOR JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990VI. 1, p. 114

parte. Interessa lembrar, não obstante, que em havendo diferentes procuradores para o chamante e chamado, contar-se-ão os prazos em dobro para contestar, recorrer e de maneira geral falar nos autos, conforme prescrito no art. 191 do CPC. Ainda, importa que apenas o chamante ou o chamado conteste a ação para que não ocorram os efeitos da revelia, em face do que prevê o art. 320, I, do CPC. Necessariamente, porém, a sentença terá eficácia contra todos os réus incluídos no processo, independentemente da falta de oferecimento de contestação por um deles. Adentrando novo pavimento, é-nos imposta questão jurídica relevante e extremamente imaginativa: pode o réu reconvinde chamar ao processo terceiro obrigado, para que ambos figurem em um dos pólos da lide, agindo em conjunto contra a pretensão do autor?

Hodiernamente, a questão é pacífica. Ao ser demandado judicialmente, faculta-se ao réu, em nossa ordem processual, várias formas de resposta, sendo uma dessas formas de resposta a reconvenção. Ora, a reconvenção é o que popularmente se convencionou denominar de "contra-ataque" do réu. Definindo em exemplo, A move ação contra B. Inconformado com o fato, B contesta a ação de A para não ser condenado. Todavia, B quer algo mais, pois além de querer ser absolvido no processo movido por A, entende ter sido direito seu, em fatos conexos, violado. Assim, B entrega ao juízo, simultaneamente à contestação, a reconvenção, movendo verdadeira ação contra A.

Com base nisso, respondemos a questão: se o réu reconvém, ele está obviamente no pólo ativo da reconvenção, e nesta condição, semelhante à condição de autor, não pode efetuar o chamamento ao processo, que é ato processual privativo de réu. Reforçando nossa tese contamos com o brilho de PAULO LÚCIO NOGUEIRA, para quem "o chamamento ao processo somente pode ser feito pelo réu, não sendo admitido na reconvenção, em que o réu se torna autor"⁴.

Conforme nosso entendimento está também o entender de nossos juizes. Em prova, leia-se decisão abaixo arrolada:

CHAMAMENTO AO PROCESSO-RECONVENÇÃO - DESPEJO PARA USO PRÓPRIO - PRETENSÃO PELO RECONVINTE AO ALIENANTE DO IMÓVEL INADMISSIBILIDADE

"Não é de ser chamado ao processo o a/ienante do imóvel, seja por inexistir solidariedade entre o chamante e o chamado, seja porque o chamado não poderia figurar no mesmo processo como co-réu no despejo, ao lado do reconvinde chamante, e co-réu no pedido reconvenicional, ao lado da autora reconvida"⁵. (grifas nossos)

Ainda estudando as hipóteses de cabimento do instituto, notória é a quantidade de textos doutrinários e jurisprudenciais que tratam da inadmissibilidade do uso do instituto no Processo de Execução.

Parece-nos que a lei é clara: o chamamento ao processo de terceiro

⁴ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Civil. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 72

⁵ Decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo - Ap. c/ Rev. 231.041 - 2^a Câ. Civ. - ReI. Juiz Batista Lopes - J. 14.12.88)

obrigado visa à formação de título executivo em que figure o nome de todos os réus participantes da ação. A propósito, bastante esclarecedora é a citação que ora fazemos das palavras do Sr. ALFREDO BUZOID, Ministro da Justiça ao tempo da publicação do Código Processual Civil, que em sua exposição de motivos ao referido Código assim comentou o instituto do chamamento ao processo:

“A vantagem deste instituto está em que a sentença, julgando procedente a ação, condenará os devedores, valendo como título executivo em favor do que satisfizer a dívida, para exigir-Ia, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores, a sua cota, na proporção que lhes tocar”⁶. (grifas nossos)

Realmente, é questão de mera lógica situar o chamamento ao processo antes da formação do título executivo judicial, pois para isso foi criado. De nada adiantaria o chamamento de terceiro a Processo de Execução se nesta fase não se verifica a formação de título, mas antes já se pressupõe que o mesmo exista e exista validamente. Querer que haja chamamento ao processo em Fase de Execução é erro primário, embora comum, de que deve esquivar-se o competente operador do Direito.

Assim, deveras é o chamamento ao processo instituto sobremaneira pertencente ao Processo de Conhecimento, também conhecido por Processo de Cognição. Todavia, há que se observar o rito. Com efeito, só cabe chamamento de terceiro se o rito normal para o feito for o ordinário. Tal assim dá-se porque nosso CPC veda, em seu art. 280, inciso I, desde a edição da Lei nº. 9.245/95, que assim disciplinou o assunto, qualquer tipo de intervenção de terceiro no procedimento sumário, com exceção da assistência e do recurso de terceiro prejudicado. A justificativa que se dá para o não cabimento do chamamento ao processo no rito sumário é que o maior objetivo deste é a celeridade, e esta ficaria prejudicada em razão da suspensão do processo, prazo do réu chamado para contestar (em dobro se tiver advogado diferente do chamante), etc... Sem dúvida, os que assim dizem proferem palavras de razão. Não é interessante para o Direito, não é interessante para a Justiça, não é interessante, por fim, para o povo, que se proceda a alongar o decorrer daquele que é o meio de que dispõe o jurisdicionado para obter soluções legais a seus conflitos, qual seja, o processo⁷.

4- DO FIADOR

A fiança é a primeira situação jurídica tratada pelo CPC, no tocante ao

⁶ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro (org.). Código de Processo Civil. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 88

⁷ FLÁVIO CHEIM JORGE cogita ainda da hipótese de chamamento ao processo em alguns procedimentos especiais, como, *verbi gratia*, na ação monitória. Diz o autor: "Na realidade, apesar de suas peculiaridades, entendemos que os embargos na ação monitória se aproximam muito mais da contestação, do que, propriamente, dos embargos do devedor", pois "a defesa apresentada pelo réu (é) de índole processual e material, ou seja, não há ainda um título executivo formado, como na ação de embargos do devedor". E fulmina: "Ao oferecer os embargos, a ação (monitória) passará a ter o rito ordinário, sendo então admissível a inclusão de mais um réu na demanda, para, então, a sentença que julgá-Ia procedente condenar a todos, tanto chamante como chamado". JORGE, op. cit., p. 83/84

chamamento ao processo, na medida em que permite ao fiador e ao co-fiador o uso do instituto processual em apreço. Assim é que antes de tratarmos das hipóteses de admissibilidade deste, estudaremos resumidamente o que vem a ser fiança, para uma melhor compreensão do tema.

Lícito é que o credor, visando à satisfação de seu crédito, exija por consequência da relação obrigacional uma garantia a seu crédito. Instrui-nos ORLANDO GOMES que se a garantia é oferecida pelo próprio devedor, vinculando este um bem ao pagamento da dívida, ter-se-á garantia real. Entretanto, sendo a garantia uma outra obrigação (chamada de fidejussória) oferecida por terceiro, ter-se-á garantia pessoal. Insiste o mestre: " a *garantia pessoal* deriva do contrato de fiança, cuja função econômico-social consiste, precisamente, em dar nascimento à *obrigação fidejussória*"⁸. (grifos do autor)

Fiador não é, portanto, senão aquele que assina contrato de fiança, pactuando com o credor a obrigação acessória a que promete dar cumprimento caso o devedor principal seja inadimplente. Se há, entretanto, mais de um fiador responsabilizando-se por um único débito, fala-se que há co-fiança, e por conseguinte, co-fiadores.

O contrato de fiança é "acessório, unilateral, oneroso com respeito ao credor e comumente gratuito quanto ao afiançado"⁹, no que respeita a sua classificação.

Ao fiador¹⁰ são concedidos dois benefícios: o benefício de ordem, também chamado de benefício de excussão, e o benefício da divisão.

Consiste o "benefício de ordem no direito regressivo assegurado ao fiador de exigir do credor que acione em primeiro lugar o devedor principal"¹¹. Trata-se, portanto, de uma proteção que se concede àquele que, não sendo o principal devedor, apenas ofereceu uma garantia à satisfação do credor, embora se entenda que o benefício de ordem pode deixar de existir, se o fiador: a) o renunciar expressamente; b) obrigar-se como principal pagador; c) obrigar-se como devedor solidário; ou se o devedor: a) for insolvente; b) for falido; (art. 1.492 e incisos do Código Civil).

Trazendo à vista o benefício da divisão, nota-se que este se aplica aos co-fiadores, no sentido em que, não sendo estipulado o benefício da divisão, todos os co-fiadores se presumem, por disposição legal, solidários¹². Portanto, infere-se obviamente que, sendo estipulado o benefício da divisão, cada co-fiador só responderá por sua parte no pagamento.

Feitas as observâncias pertinentes, lembramos aqui ponto fundamental de nosso trabalho: em qualquer dos casos acima, não importando se o fiador renunciou

⁸ GOMES, Orlando. Contratos. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.435

⁹ LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Código Civil - Comentários didáticos. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1991. VI. 5, p. 210

¹⁰ Para efeitos didáticos, quando uma situação aplicar-se ao fiador em sentido genérico, referente ao que assina contrato de fiança, usaremos apenas o vocábulo fiador; quando se aplicar ao co-fiador, especificaremos de forma a que assim se entenda.

¹¹ GOMES, op. cit., p. 437

¹² Com efeito, prevê o Código Civil em seu artigo 1.493: " A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa, importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservaram o benefício da divisão".

aos benefícios que lhe tocavam, tendo pago a dívida da obrigação principal, este subrogar-se-á nos direitos do credor, ocorrendo a sub-rogação legal de que trata o art. 1495, primeira parte, do nosso Código Civil.

Isso posto, passemos aos casos legais de admissibilidade do chamamento ao processo. Dispõe o CPC:

"Art. 77. É admissível o chamamento ao processo:

I - do devedor, na ação em que o fiador for réu;" (grifas nossos)

O primeiro caso de admissibilidade legal do chamamento ao processo de terceiro obrigado é no da fiança simples, entendida fiança simples aquela em que há apenas um fiador¹³. Ainda, é necessário que não tenha o fiador renunciado ao benefício de ordem, pois este assumiria a situação de devedor solidário, e o chamamento ao processo do devedor solidário se faria em face do inciso III do mesmo artigo, tema abordado mais à frente.

Ora, se o inciso I deve ser aplicado ao fiador único que goza do benefício de ordem, então qual a utilidade do chamamento ao processo?

A pergunta não é, de maneira alguma, inócua, principalmente quando lemos no art. 595 do CPC, o que abaixo se transcreve:

"Art. 595. O fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembargados do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor.

Parágrafo único. O fiador, que pagar a dívida, poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo." (grifas nossos)

Ora, se já há o benefício de ordem previsto para o fiador, pela norma legal, para a Fase de Execução, então por que se precisaria chamar ao processo o devedor principal na Fase de Conhecimento?

A resposta, além de satisfazer à curiosidade do presente estudo jurídico, também indicará a vantagem do uso do instituto. Sabe-se que o credor, ao executar o fiador, fundará sua execução num título executivo. No estudo em tela, tem-se ainda o correr da lide na fase de conhecimento, de maneira que o título executivo, *in casu*, judicial, será a sentença que condenar o réu, e no início da fase postulatória só há um réu: justamente o fiador. Assim, se condenado sozinho, na fase de execução o fiador não poderá fazer uso do benefício de ordem que lhe assegura o art. 595 do CPC. Para tanto, é necessário que também o nome do devedor principal esteja configurado no título, ou seja, que também este esteja condenado na sentença.

A segunda vantagem do chamamento ao processo para o presente caso,

¹³ Entendemos que havendo mais de um fiador, sendo apenas um dos cofiadores demandado, ele não poderia chamar o devedor principal ao processo, mas tão somente os demais fiadores, em vista da previsão leg'al do inciso II do art. 77 do CPC, de que trataremos adiante.

consiste em que, ainda que o credor, na fase de execução, escolha o fiador para pagar, e este não alegue o benefício de ordem, não precisará mover ação regressiva contra o devedor principal. Juntando à mesma sentença que condenou os dois o comprovante do pagamento, poderá o fiador, nos autos do mesmo processo, executar o devedor, o que se demonstra ser ato de enorme economia processual.

Havendo co-fiança, lemos:

"Art. 77... II - dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles;" (grifos nossos)

O presente inciso dá permissão ao co-fiador demandado para que chame ao processo os demais co-fiadores. Assim, sendo julgada procedente a ação do autor, todos os co-fiadores serão condenados em conjunto.

Concordamos com FLÁVIO CHEIM JORGE¹⁴ quando diz que o presente inciso é desnecessário ao ordenamento. Tratando-se de cofiança, se tiver sido estipulado o benefício da divisão, não há porque se usar o instituto do chamamento ao processo dos demais fiadores, haja vista que, se condenado, o co-fiador só poderia ser executado na proporção que lhe cabe; além disso, se o benefício da divisão não for estipulado, então haverá solidariedade entre os co-fiadores, de maneira que bastaria utilizar-se o previsto no inciso III do artigo em estudo (ver próximo item).

Interessante -é que, sendo todos condenados, e não havendo o benefício da divisão, o co-fiador que na condição de devedor solidário pagar sozinho a dívida inteira, terá direito regressivo contra os demais cofiadores, na proporção de sua cota (do contrário teríamos uma solidariedade sem fim), conforme prevê o artigo 1.495 do Código Civil, parte final, por sub-rogar-se nos direitos do credor. Então, perguntamos: e o devedor principal, eximir-se-á de qualquer responsabilidade patrimonial?

Em nosso socorro, diz LEVENHAGEN que "o artigo em estudo esclarece que o fiador que paga somente poderá demandar a cada um dos demais fiadores, pela respectiva cota. É de observar-se, no entanto, que a restrição constante do artigo 1495 só prevalece se o fiador, que pagou toda a dívida, pretender cobrar dos demais fiadores. Nesse caso somente poderá cobrar de cada um a parte que lhe tocar. Se pretender, porém, cobrar do devedor principal, poderá fazê-lo da dívida toda, pois ficou sub-rogado nos direitos do credor"¹⁵. (grifos nossos)

Assim, embora entendamos que na co-fiança não cabe chamamento ao processo do devedor principal (remetemos o leitor à nota 13), com isso não pretendemos que este esteja isento de pagar. Há possibilidade de oco-fiador solvente demandá-lo em ação regressiva com Processo de Conhecimento.

5- DO DEVEDOR SOLIDÁRIO

A solidariedade é talvez dos institutos mais interessantes dentre os

¹⁴ JORGE, op. cit., p. 67

¹⁵ Op. cit., p. 219.

estudados no Direito das Obrigações. Há solidariedade quando, na mesma obrigação, concorre pluralidade de credores, cada um com direito à dívida toda, ou pluralidade de devedores, cada um obrigado a ela por inteiro (Cód. Civil, art. 896, parágrafo único).

Ensina-nos CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁶ que os pontos fundamentais da solidariedade são: *pluralidade subjetiva* - há de haver vários credores ou vários devedores - e a *unidade objetiva* - cada um dos credores pode receber a dívida inteira e cada um dos devedores pode pagar a dívida inteira, liberando os demais.

No presente trabalho apenas a solidariedade passiva (dos devedores) nos interessa, porque só a estes dirigem-se as regras do inciso III do art. 77 do CPC, aqui em apreço, que permite o chamamento ao processo:

"Art. 77. (...) "

III - de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum;" (grifos nossos)

É fato: para o credor, a maior vantagem em estipular a solidariedade dos devedores comuns está em, podendo demandar apenas um deles, obter o pagamento de toda a dívida. No entanto, não é obrigado o devedor solidário a aceitar tal fato sem cobrar dos demais sua participação. Há dois caminhos: aceitar ser condenado sozinho, pagar a dívida, e sub-rogando-se nos direitos do credor, *mover* ação regressiva contra os demais devedores cobrando de cada um sua cota-parte, ou chamar ao processo todos os demais devedores para serem condenados juntos (caso a ação seja julgada procedente) e, caso escolhido para pagar sozinho a dívida na Fase de Execução, também sub-rogando-se nos direitos do credor, *mover* diretamente a ação executiva contra os demais devedores, juntando à sentença que os condenou o comprovante do pagamento. É evidente que a segunda opção revela-se de muito maior economia processual, porque não haverá necessidade do devedor solvente passar por um *novo* e demorado Processo de Conhecimento, agora como autor.

Por ser a norma processual de caráter público, entendemos que se o réu resolver fazer uso da sua faculdade de chamar ao processo devedores solidários, deverá chamar todos, e não apenas alguns desses devedores, pois assim prevê a legislação.

Questão interessante é que, se demandado pelo autor apenas pela sua cota-parte, não há absolutamente nenhuma necessidade do réu chamar ao processo os demais devedores, porque a decisão de mérito do juiz não pode, por força de lei, ir além do pedido pelo autor. Com efeito, o CPC prevê em seu art. 128 que "o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defesa conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte". Todavia, pode ser que o pedido, mesmo sendo parcial, ultrapasse a quantia realmente devida pelo réu, que assim poderá chamar ao processo todos os demais devedores solidários.

6- DO PROCEDIMENTO JUDICIAL

Após estudarmos o que é o chamamento ao processo e as hipóteses legais de admissibilidade do mesmo, cabe-nos, para fechamento deste artigo, indicar como fazê-la, bem como qual o comportamento jurídico do juiz ao tratar do assunto.

O chamamento ao processo *deve* ser feito em petição simples, em separado da contestação, embora seja o prazo desta determinante do prazo de ajuizamento daquela. Aliás, diferente não é a disposição legal, conforme art. 78 do CPC:

"Art. 78. Para que o juiz declare na mesma sentença, as responsabilidades dos obrigados, a que se refere o artigo anterior, o 'réu requererá, no prazo para contestar, a citação do chamado". (grifos nossos)

Clareia-nos LEVENHAGEN dizendo que "*a forma legal de promover o chamamento é pela citação do chamado, e não por simples intimação, pois chamado ao processo o terceiro assume a posição de réu*"¹⁷. (grifos do autor)

O Código processual dispõe (art. 79) que, recebido o pedido de chamamento ao processo de terceiro, deve o juiz suspender o processo, o que faz afigurar-nos a dúvida: caso o réu pretenda fazer somente o chamamento ao processo, sem contestar o pedido do autor, perderia o prazo da contestação? Tal dúvida se agrava ao sabermos que o prazo para contestar é peremptório. Respondemos que o procedimento é lícito, pois sendo suspenso o processo, com o chamamento, o prazo da contestação ainda será devido ao réu¹⁸. Todavia, embora lícita a atitude do chamante, nem sempre será recomendável, se lembrarmos, por exemplo, que nas preliminares da contestação deve figurar a argüição de incompetência absoluta, e entendemos que a aceitação do chamamento de terceiro por juiz absolutamente incompetente seria inválida. Nesse caso, portanto, melhor oferecer contestação com argüição da referida preliminar e, paralelamente, pedir o chamamento de terceiro, subentendendo-se que este só será feito após ser solucionado o incidente da incompetência.

A decisão de aceitar ou não a ampliação subjetiva passiva da lide cabe ao julgador. Entretanto, só pode este negá-la caso o terceiro não seja nem fiador, nem co-fiador, nem devedor solidário. Trata-se, assim, de vinculação do magistrado à norma

¹⁷ REVENHAGEN, Antônio José de Souza. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 P ed. São Paulo: Atlas, 1990. p.104.

¹⁸ Concorda conosco LEVENHAGEN, ao dizer que "se a contesfação não tiver sido apresentada e se o chamamento for indeferido, o réu não terá qualquer prejuízo, pois, estando paralisado o processo, terá ele, a partir da intimação do indeferimento, o prazo integral para contestar. Se deferido, o processo permanecerá suspenso até que se processe o incidente, com as citações". LEVENHAGEN, op. cit., p. 104

jurídica.

O recurso a ser utilizado pelo autor ou pelo réu, em caso de inconformidade com a decisão de aceitar ou não o chamamento de terceiro ao processo é o agravo de instrumento, por tratar-se de decisão interlocutória. Juntamente com FLÁVIO CHEIM JORGE¹⁹ pensamos que não há razão para se falar em agravo retido, porque o réu já não mais terá interesse no chamamento em fase posterior ao proferimento da sentença.

Por fim, a citação do chamado será feita no prazo de dez dias se este residir na comarca e em trinta dias se fora da comarca ou em local incerto. Não havendo citação no prazo marcado, a ação prosseguirá unicamente contra o chamante .

7- CONCLUSÃO

O presente trabalho surgiu diante de dois sentimentos bastante íntimos: o primeiro, de contribuir no que for cabível para o progresso desta maravilhosa revista jurídica que tanto tem feito pelos estudantes e profissionais de Direito; o segundo, em preencher lacuna considerável de obras sobre o chamamento ao processo (o que está havendo com nossos processualistas?).

Como visto, o tema é fruto do estudo de um instituto processual civil dirigido ao obrigado em dívida civil, quer pela fiança, quer pela solidariedade passiva, sendo que através deste instituto visa-se a evitar perda de tempo e desgaste monetário e emocional em ação regressiva de conhecimento, visto que, através dele, torna-se possível também a condenação de outros obrigados (e no caso do fiador, de poder valer-se do benefício de ordem).

Nosso intuito não foi o de levantar polêmicas acerca do instituto, mas antes estudá-lo, apreciá-lo e trazê-lo ao "olho" da árvore.

O tema realmente é vasto e um tanto complicado de se entender à primeira vista, mas procuramos clareá-lo para o leitor, até porque nisso consiste o trabalho do estudioso do Direito. Esperamos ter conseguido.

8 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹⁹ A respeito, diz o jurista de nossa admiração: " Referimo-nos exclusivamente ao agravo de instrumento, em virtude de não ser possível ao autor lançar mão do agravo retido, pois carecerá de interesse. Nesta hipótese, o autor não possui interesse em interpor um recurso que somente será apreciado quando do julgamento da apelação". JORGE, op. cit., p. 98 e 99

GOMES, Orlando. Contratos. 18³ ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989. VI. 1

JORGE, Flávio Cheim. Chamamento ao Processo. 1^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Código Civil - Comentários didáticos. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 1991. VI. 5

_____. Comentários ao Código de Processo Civil. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 1991. VI. 1

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro (org.). Código de Processo Civil. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998

NEGRÃO, Theotônio (org.). Código Civil e Legislação Civil em Vigor. 12^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Civil. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. VI. 2

THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. VI. 1

