



# REVISTA FESP

PERIÓDICOS DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS

Dezembro de 2013

Ano: VII 14ª Edição

ISSN 1982-0895

Vol: 01



## Fatores Dificultadores No Acesso À Justiça

**CATALOGAÇÃO NA FONTE**

Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.  
v. 1, n. 14, (dezembro 2013). João Pessoa: FESP – Fundação de Ensino Superior da Paraíba, 2013

**ISSN 1982-0895**

Semestral

1. Ciências do Direito Brasil – Periódicos.

I. Título. II. Fundação de Ensino Superior da Paraíba – FESP

BU/FESP

CDU:34(81)(05)

Os trabalhos publicados nesta edição são de inteira responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a respectiva fonte.

Como citar um artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. Título do artigo. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2013, vol. 1, n. 14, p. 01-221. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último acesso ao site). ISSN: 1982-0895.

**FACULDADES DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA**  
**REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS.**  
**ISSN: 1982-0895**

**EXPEDIENTE**

**Diretor Presidente:** Luiz Henrique dos Santos Barbosa

**Diretor Administrativo-pedagógico:** Gabriela Nóbrega

**Diretor Financeiro:** Marcelo Henriques da Silva

**Coordenadorias**

**Coordenação do Curso de Direito:** Gabriela Nóbrega

**Coordenação de Prática Jurídica:** Moisés de Sousa Coelho

**Coordenação de Monitoria e Estágio:** Sandra Pires

**Coordenação de Pesquisa e Extensão:** Maria do Socorro da S. Menezes

**Direção Editorial**

Maria do Socorro da S. Menezes

Maria Goretti de Assis Laier

**Comitê Editorial Interno**

Ana Carolina Gondim – FESP

Alexandre Cavalcanti Belo – FESP

Luciana Villar de Assis - FESP

Maria Goretti de Assis Laier– FESP

Maria do Socorro da S. Menezes – FESP

Catarina Mota de Figueiredo Porto – FESP

Markus Samuel Leite Norat – FESP

**Revisão**

Maria do Socorro da S. Menezes – FESP

**Ilustração e Diagramação**

Esdras Davi Queiroz Ferrer - FESP

**Comitê Editorial Externo**

Daniele Veratti – Itália

Fernando Gil Villa – Universidad de Salamanca

Wagner Bezerra Brito – UFPB

# SUMÁRIO

<b>RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DOS ESTADOS FUNDADORES DO MERCOSUL</b> FRANCISCO LEITE DUARTE	08
<b>RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM CIRURGIA DE ESTERILIZAÇÃO MASCULINA (VASECTOMIA)</b> MÁRNIO SOLERMANN SILVA COSTA RAFAEL PONTES VITAL	40
<b>CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS A LUZ DA JURIDICIDADE</b> JOÃO VICENTE OLIVEIRA DE AZEVÊDO FILHO LUCIANA VILLAR DE ASSIS	66
<b>A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL SOB O PONTO DE VISTA DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS</b> LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO	92
<b>A DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO: DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS</b> MARIA CAVALCANTE DE ALENCAR NETA MOISÉS DE S. COELHO NETO	120
<b>ESTUDO SOBRE OS FATORES DIFICULTADORES DO ACESSO À JUSTIÇA</b> ANA KELLY COSTA ANTOMAR DOS SANTOS DANIEL BRAYNER DE ARAÚJO DANIEL CARNEIRO DE ANDRADE FILHO DIOGO DA SILVA CARVALHO ELIVALDO BELARMINO DA SILVA HERMOGENES MARQUES PINHO NETO MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES	144
<b>O CONCEITO DE CONSUMIDOR NO DIREITO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS TEORIAS FINALISTA, MAXIMALISTA E MISTA</b> MARKUS SAMUEL LEITE NORAT	166
<b>PROCESSO, CONHECIMENTO E INFORMAÇÃO</b> ALEXANDRE LUNA FREIRE	192

**NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS**

.....221

# SUMMARY

<b>LIABILITY TORT OF FOUNDING MEMBER OF MERCOSUR</b> FRANCISCO LEITE DUARTE	08
<b>MEDICAL CIVIL RESPONSABILITY IN SURGERY OF MALE STERILIZATION (VASECTOMY)</b> MÁRNIO SOLERMANN SILVA COSTA RAFAEL PONTES VITAL	40
<b>JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTS THE LIGHT OF DISCRETIONARY LEGALITY</b> JOÃO VICENTE OLIVEIRA DE AZEVÊDO FILHO LUCIANA VILLAR DE ASSIS	66
<b>THE PROVISION OF JURISDICIONAL FROM THE VIEWPOINT OF THE THEORY OF OWN ACTS</b> LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO	92
<b>CONSUMER PROTECTION IN COURT: DIFFUSE RIGHTS, COLLECTIVE AND INDIVIDUAL HOMOGENEOUS</b> MARIA CAVALCANTE DE ALENCAR NETA MOISÉS DE S. COELHO NETO	120
<b>STUDY ON THE FACTORS DIFFICULTING ACCESS TO JUSTICE</b> ANA KELLY COSTA ANTOMAR DOS SANTOS DANIEL BRAYNER DE ARAÚJO DANIEL CARNEIRO DE ANDRADE FILHO DIOGO DA SILVA CARVALHO ELIVALDO BELARMINO DA SILVA HERMOGENES MARQUES PINHO NETO MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES	144
<b>THE CONCEPT OF CONSUMER LAW: A COMPARISON BETWEEN THEORY FINALIST, MAXIMALIST AND MIXED</b> MARKUS SAMUEL LEITE NORAT	166
<b>PROCEDURE, KNOWLEDGE AND INFORMATION</b> ALEXANDRE LUNA FREIRE	192

**CALL OF PAPERS**

..... **221**

# EDITORIAL

Ao discorrer sobre os fatores dificultadores do acesso à justiça, os alunos do 1º período do Curso de Direito da Fesp Faculdades demonstraram, a um só tempo, a importância da iniciação científica como processo de construção do conhecimento, como também, a forma como essa instituição de ensino superior está tratando a pesquisa científica, fazendo-a presente na sua grade curricular desde o ingresso do aluno no referido Curso.

Cabe ainda destacar que o assunto abordado na pesquisa reveste-se de importância por tratar da prestação jurisdicional, pois como se sabe, a liberdade jurídica atribuída ao cidadão, dentre elas a de ter acesso a uma justiça célere eficaz, diz respeito a faculdade poder contar com uma opção estendida pelo Estado a todo cidadão sem qualquer forma de discriminação. É certo que, sem ela, não há como o Estado realizar sua finalidade garantidora dos direitos insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Observamos, entretanto, que o fundamento dessa liberdade fica adstrito à concretização de uma justiça célere, sem caprichos humanos, sem postergação e verdadeiramente efetiva, pois se o Estado não se aperfeiçoa para que haja uma melhor distribuição da justiça, haverá comprometimento do desenvolvimento da própria sociedade, pois aliado a ele estará a garantia dos direitos e a assecuração de seus postulados, posto que, de modo contrário, não haverá, por assim dizer, liberdade nem segurança nas relações de qualquer espécie, refletindo de forma mais acentuada nas relações comerciais.

Assim, ao apontar na sua pesquisa os fatores dificultadores no acesso à justiça, seus autores atendem plenamente a expectativa do corpo editorial da Revista em contribuir para que a experiência auferida pelo conhecimento possa se traduzir na reflexão e na solução das questões sociais do nosso tempo, assim como, na produção de novas perspectivas palpáveis e realizáveis com o fim de construir e contribuir para o bem comum da coletividade.

*Socorro Menezes & Soratti Laier*

Editoras

João Pessoa, 21 de Dezembro de 2013

# ARTIGOS

## RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DOS ESTADOS FUNDADORES DO MERCOSUL

### LIABILITY TORT OF FOUNDING MEMBER OF MERCOSUR

FRANCISCO LEITE DUARTE\*

#### RESUMO

Modernamente, os países desenvolvidos têm aceitado a responsabilidade do Estado em recompor os danos que seus agentes causem a terceiros. No entanto, nem sempre foi assim. Diversas fases marcaram o instituto. Da completa irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa, civil ou administrativa, e desta para a responsabilidade sem culpa, nas modalidades do risco administrativo e do risco integral, até o extremo da responsabilidade sob a modalidade da teoria do risco social, segundo a qual o Estado responderia ainda que os danos não lhes sejam imputáveis. Fato e imputabilidade estão na raiz do instituto. O fato, de caráter comissivo ou omissivo, material ou jurídico, lícito ou ilícito, tem sido pressuposto inafastável à responsabilidade. Igual pressuposto da responsabilidade civil é o dano material ou moral. De outra banda, ocorrido o fato gerador da responsabilidade civil, a ordem jurídica estabelece uma sanção: o direito ao lesado a uma reparação: a indenização. Enquanto a responsabilidade contratual está fixada e será resolvida nos termos das cláusulas contratuais, a extracontratual é resolvida segundo a disciplina normativa de cada Estado soberano. No âmbito da responsabilidade extracontratual dos Estados-membros do Mercosul, há evidente influência do Direito francês e no geral, adota-se o sistema misto de responsabilidade, ora com ênfase na plena responsabilidade do Estado (subjéctiva ou objectiva), ora a responsabilidade dos funcionários com base nos princípios do Direito privado, ficando para o Estado apenas uma responsabilidade subsidiária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil. Estado. Extracontratual. Mercosul.

#### ABSTRACT

Nowadays, developed countries have accepted the responsibility of the State to recover damages its agents cause to third parties. However, it was not always so. Various phases marked the institute. Of complete irresponsibility to responsibility with guilt, civil or administrative, and this for liability without fault, in terms of administrative risk and full risk until the end of the modality liability under the theory of social risk, according to which the State still respond that the damage cannot be attributed to

---

\* Mestre e Doutorando em Direito. Professor de Teoria do Estado e Direito Administrativo da Universidade Estadual da Paraíba, e de Direito Tributário da Escola Superior da Magistratura na Paraíba, UNIPÉ e FESP Faculdades. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, autor da obra Direito Tributário Aplicado e Palestrante em Direito e Legislação Tributária.

them. Apparel and accountability are at the root of the institute. The fact commissive or omission of material or legal, lawful or unlawful character, has been unremovable liability assumption. Same assumption of liability is material or moral damage. Another band, the triggering event occurred on liability, the law establishes a penalty: the right to compensation to the victim: the indemnity. While the contractual liability is fixed and will be fixed in accordance with the contractual terms, the tort is resolved according to rules of each discipline sovereign state. Under the contractual liability of the Member States of Mercosur, there is an evident influence of French law and in general, we adopt the mixed system of responsibility, sometimes with emphasis on full responsibility of the state (subjective or objective), now the responsibility of officials based on the principles of private law, getting to the state only secondary liability.

KEYWORDS: Liability. State. Tort. Mercosur.

## 1 INTRODUÇÃO

Seja pela razão, seja pelo instinto e, regra geral, pelo conúbio dos dois, o homem reage com tenacidade contra aqueles que violam um bem que entende como seu. É da sua natureza. Forma, intensidade e os mecanismos utilizados nesta reação têm, no entanto, variado segundo um plexo de fatores, mas, sobretudo pela pauta axiológica da cultura e momento histórico em que ele e suas instituições se inserem, tudo amalgamado pelo Direito vigente.

De início, a reação dava-se de forma voluptuosa e brutal, em que predominava a vingança privada. A culpa não era cogitada, o que indica uma ancestralidade da responsabilização objetiva, tudo na base do “olho por olho, dente por dente”, como assim previa a Lei de Talião.

O passar dos tempos encarregou-se de trazer à tona a composição voluntária, em que o ofendido podia substituir a retaliação física do agente causador do dano por compensações de ordem econômica.

O advento de um Poder soberano, que puxa para si o monopólio da vingança e das reprimendas, substitui a vítima em sua necessidade de reparação do dano sofrido e caracteriza a fase da composição obrigatória, substitutiva da composição voluntária, mas ainda refratária às considerações subjetivas relativas à culpa. São dessa época os Códigos de Ur Manu, de Manu e a Lei das XII Tábuas.

Com a distinção entre os delitos privados dos delitos públicos, os romanos começam a delinear, igualmente, a diferenciação entre pena e reparação. Nos delitos privados, a intervenção da autoridade resumia-se na fixação da composição; nos

públicos, por atingirem bens socialmente mais relevantes, o causador do dano deveria recolher a pena em favor do erário público.

A culpa, como elemento estrutural da responsabilidade só começa a tomar forma com a Lei Aquília, onde também se afirma a reparação pecuniária. O princípio aquiliano foi aperfeiçoado durante a Idade Média, sobretudo na França, em que se evoluiu da enumeração casuística para a regra geral, segundo a qual, a culpa, ainda que levíssima, obrigaria à reparação do dano.

Com a Revolução Francesa, de 1789, já na Idade Contemporânea, vem a lume o Código de Napoleão, influenciador de vários povos, prevendo a responsabilidade contratual e deixando patenteada a diferença entre responsabilidade penal da civil. A responsabilidade extracontratual do Estado surge na França em meados do Século XIX.

Com efeito, a primeira brecha que se abriu na cidadela da irresponsabilidade estatal surge com a distinção francesa em atos de gestão e atos de império. Tratando-se em atos de gestão e não de império, admitia-se a responsabilidade civil da administração, nos casos de culpa do agente público, dando-se, assim, o primeiro passo para a responsabilidade integral do Estado.<sup>1</sup>

O tema objeto deste ensaio é a responsabilidade extracontratual do Estado e focaliza o instituto no âmbito dos sistemas jurídicos dos países – membros fundadores do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL - (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), sendo refratário às ordens jurídicas dos demais países associados ao Bloco e também da Venezuela, recentemente incorporada ao Bloco.

Dadas às limitações próprias de um ensaio e a largueza contenedora da temática eleita, cumpre-nos, após discorrermos sobre as bases filosóficas e a evolução do instituto, enfatizar, no âmbito dos sistemas normativos de cada Estado-membro, apenas os seus aspectos mais gerais, tais como: a) os sujeitos cujo comportamento enseja a responsabilidade estatal; b) as características da conduta lesiva necessária ao desencadeamento da responsabilidade extracontratual do Estado; c) as características do dano indenizável; e d) as hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal. Ao final, nossas conclusões.

---

<sup>1</sup> SILVA VELLOSO, Carlos Mário. Responsabilidade civil do Estado *in Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 24, n 96, out/dez, 1987.

## 2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Falar de responsabilidade implica, pois, na ideia de que alguém – o responsável – deve responder juridicamente por força de um fato preexistente. Com efeito,

*Etimológicamente responsabilidad viene de responsus, participio pasado del verbo responder cuyo significado sería 'constituirse en garante', aunque debe recordarse su evidente relación con la fórmula sacramental de la stipulatio: (¿sponderme?, spondeo) a través de la cual se le creaba una obligación al interpelado.<sup>2</sup>*

Uma análise dos sistemas normativos acerca da responsabilidade permite dizer que de uma forma geral, a natureza da norma jurídica que toma o fato bruto e o juridiciza segundo certos e peculiares efeitos implica, por conseguinte, variados tipos de responsabilidades.

Se a norma juridicante tem natureza penal, diz-se ser penal o tipo de responsabilidade; em se tratando de norma do direito civil, a responsabilidade é civil. É administrativa a responsabilidade disciplinada por norma do direito administrativo. Entretanto, o princípio da unicidade do Direito não implica em comunicação necessária entre os diversos tipos de responsabilidades, que são, em princípio, autônomas entre si, muito embora, possam, eventualmente, ser conjugadas, se, simultaneamente, a conduta antijurídica violar normas jurídicas de natureza diversas.

Fato e imputabilidade estão na raiz mesma do instituto. O fato, de caráter comissivo ou omissivo, material ou jurídico, lícito ou ilícito, tem sido pressuposto inafastável à responsabilidade de alguém. De outra banda, a pessoa imputável como responsável deve, na medida da ordem jurídica positivada, ter a aptidão, segundo este mesmo ordenamento jurídico, de responder juridicamente.

Igual pressuposto da responsabilidade civil é o dano. Sem dano ninguém pode ser civilmente responsabilizado. O dano pode ter natureza patrimonial, ou, a depender do ordenamento jurídico considerado, moral. No primeiro, o fato gerador da responsabilidade provoca, efetivamente, no outrem, lesão ao seu patrimônio, diferentemente do dano moral, em que o bem atingido é a esfera subjetiva, moral. De outra banda, ocorrido o fato gerador da responsabilidade civil, a ordem jurídica, posto

<sup>2</sup> PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*, Bogotá: Edit. Temis, 1981, p. 19.

ser da natureza dela mesma, estabelece uma sanção: o direito ao lesado a uma reparação: a indenização.

O agente provocador do dano, a lhe ser imputada a responsabilidade, pode ser um particular ou o Estado. No último caso, estamos diante da Responsabilidade Patrimonial do Estado que igualmente pode ser decorrente do descumprimento de um contrato (responsabilidade contratual) ou originar-se das várias atividades sem dimensão pactual - a responsabilidade extracontratual. Na primeira, a responsabilidade está fixada e será resolvida nos termos das cláusulas contratuais; a extracontratual, resolvida segundo a disciplina normativa de cada Estado soberano.

Deve-se atentar que a responsabilidade civil do Estado não se confunde, igualmente, com a obrigação de indenizar que cabe ao Estado pelo legítimo exercício de poderes contra direito de terceiros, como ocorre, por exemplo, na desapropriação.

Como assinala Renato Alessi em sua clássica monografia "*La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*", só cabe falar em responsabilidade, propriamente dita, quando alguém viola um direito alheio. Se não há violação, mas apenas debilitamento, sacrifício de direito, previsto e autorizado pela ordenação jurídica, não está em pauta o tema responsabilidade do Estado.<sup>3</sup>

Por outro lado, para denominar o instituto, há quem fale em "Responsabilidade civil da Administração Pública", preterindo a expressão "Responsabilidade civil do Estado". Uma vez que o dano não só advém de atos e fatos administrativos, mas também pode advir de atos legislativos e judiciais, parecer-nos-ia mais apropriado a segunda expressão – "Responsabilidade civil do Estado".

Mas a expressão "responsabilidade civil" é igualmente censurável. É que o instituto é disciplinado pelo Direito Administrativo. Demais disso, como os entes públicos, mesmo personalizados juridicamente, não cometem crimes e porque o adjetivo civil era usado em oposição a criminal, fica mesmo insustentável a utilização da expressão. Melhor será "responsabilidade patrimonial do Estado".

---

<sup>3</sup> Apud BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 499.

### 3 BASES FILOSÓFICAS DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

Aristóteles assinala, no início de “A Política”, que toda cidade é uma espécie de associação e que toda associação se forma tendo por alvo algum bem; porque o homem só trabalha pelo que ele tem em conta de um bem.<sup>4</sup>

O bem, visto como valor social é o que Miguel Reale chama propriamente de justo e constitui o valor fundante do Direito. A justiça não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência; pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica.<sup>5</sup>

Destarte, dentre os filósofos da Antiguidade, talvez tenha sido Aristóteles quem desenvolveu com mais pertinência temas ligados à Filosofia do Direito, já que foi ele, em seu *Ética a Nicômaco*, quem lançou as primeiras elucubrações sobre a justiça numa perspectiva jurídica.

Em Aristóteles, enxerga-se duas espécies de justiça: a justiça distributiva e a justiça corretiva, esta segregada em comutativa e judicial. A justiça distributiva tem por escopo informar a divisão de bens e honras da comunidade, segundo critérios meritórios. A justiça corretiva, por sua vez, visa medir impessoalmente o benefício ou o dano que cada qual pode suportar. Quando a justiça corretiva intervém na vontade dos interessados, configura-se a comutativa; quando, porém, impõe-se contra a vontade de uma das partes, denomina-se judicial.

Ao discorrer sobre a justiça corretiva, Aristóteles pondera que podem ser estabelecidas duas ordens de relações entre os cidadãos: voluntárias (contratuais) e involuntárias (delitos). Estas últimas são abrangidas pela justiça penal, que é repressiva, e segregadora da injustiça. Trata-se de uma justiça cuja razão de ser é a compensação, ou seja, a correção ou retificação da injustiça. Inversamente, a justiça contratual é essencialmente preventiva, porquanto é a justiça prévia que iguala as prestações recíprocas, antes mesmo de eventual transação. Não é, pois, a justiça que repara ou indeniza o dano (justiça involuntária ou delitual), mas a que ordena as relações jurídicas.

O esquema aristotélico de justiça corretiva foi posteriormente complementado por Santo Tomás de Aquino no século XIII, sendo que no século XVI e princípios do

---

<sup>4</sup> Livro primeiro, Capítulo 11. Tradução de Nestor Silveira Chaves. *Coleção Mestres pensadores*, 15 ed., São Paulo: Editora Escala, p.12.

<sup>5</sup> *Filosofia do Direito*, 13 ed. – São Paulo: Saraiva, 1990, p. 272.

século XVII, retomado por Tomasso de Vío (1468-1534), Domingo de Soto (1494 – 1560), etc, de modo que muitas das doutrinas legais aristotélicas foram disseminadas na Europa pela Escola do Direito natural. No século XVIII, o fundamento moral do direito é identificado por Emmanuel Kant como sendo a justiça e a lei. A ética da liberdade kantiana se constitui um dos pilares da moderna teoria da responsabilidade civil.

Um exame da doutrina aristotélica e de seus seguidores evidencia que na base da responsabilidade por danos está a ideia de justiça corretiva aliada à justiça distributiva, já que eram suposto para o progresso do bem comum.

Assim, posto que a justiça corretiva preserva a distribuição dos bens, quem adquire algo às custas de outro deve ser compensado. Este princípio dá sustentação ao direito de propriedade, ao enriquecimento injusto e a responsabilidade extracontratual. Quem se apropria da propriedade alheia tem que devolvê-la; quem se beneficia do usufruto dessa propriedade deve devolver suas utilidades. Quem, deliberadamente, pratica um dano a outrem, inclusive se não há adquirido nada, tem se beneficiado no sentido que tem perseguido seus próprios fins às expensas de outro e deve, por isso, compensar qualquer perda que tenha causado.<sup>6</sup>

Por outro lado, em Aristóteles, o nexó de causalidade fica estabelecido na medida da voluntariedade da conduta causadora do dano, posto que sendo o homem animal racional, é nesta medida mesma da racionalidade – de decidir e de escolher - que lhe pode ser atribuída o dever de reparação. Com tal princípio fica igualmente justificada a responsabilidade objetiva, na medida em que o agente correu o risco de praticar o ato.

Do exposto, é de se concluir que a justiça comutativa voluntária e involuntária é a base filosófica da responsabilidade oriunda do inadimplemento dos acordos (responsabilidade contratual) e aquela alheia às avencas (responsabilidade extracontratual), lembrando-se, no entanto, que a obrigação de indenizar tem como causa as normas jurídicas presentes nos diversos veículos normativos, seja a Constituição, sejam leis infraconstitucionais, tudo a depender do sistema normativo de cada país, conforme adiante se verá.

---

<sup>6</sup> GORDLEY, James. *Tort Law in the Aristotelian Tradition*. Philosophical foundations Of Tort Law, Clarendon Press, 1995, p.131.

## 4 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

Embora, modernamente, ao menos nos países ocidentais, tanto pela legislação, doutrina e jurisprudência seja aceita a responsabilidade do Estado em recompor os danos que seus agentes causem a terceiros, segundo peculiaridades pontuais, segundo cada ordenamento jurídico em particular, o certo é que nem sempre foi assim. Em verdade, ela foi se ampliando ao longo do tempo, segundo fatores econômicos, tecnológicos e os insumos ideológicos balizadores de cada modelo de Estado.

Como diz Forsthoff, referindo-se ao Direito alemão:

Desde sua instauração, a responsabilidade do Estado ganhou continuamente em extensão. A interpretação extensiva a amplia cada vez mais. Isto nada tem de estranho. O que fomentou a responsabilidade do Estado não foram apenas motivos ideológicos nem, concretamente, a ideologia do Estado de Direito. Ao lado dela, na interpretação do art. 34 influi com força decisiva o fato de que o elemento estatal adquire uma crescente prepotência e o indivíduo está à sua mercê em um número cada vez maior de relações de sua existência individual. Por isso é iniludível que suas relações com o Poder Público transcorram na forma do direito, em medida incomparavelmente maior do que jamais o fora. Daí que a necessidade de proteção jurídica é também mais forte, não por consequência de qualquer ideologia – conquanto a ideologia do Estado de Direito, como é lógico, haja tido também sua participação – mas como consequência necessária de uma situação de fato que se produz todos os dias.<sup>7</sup>

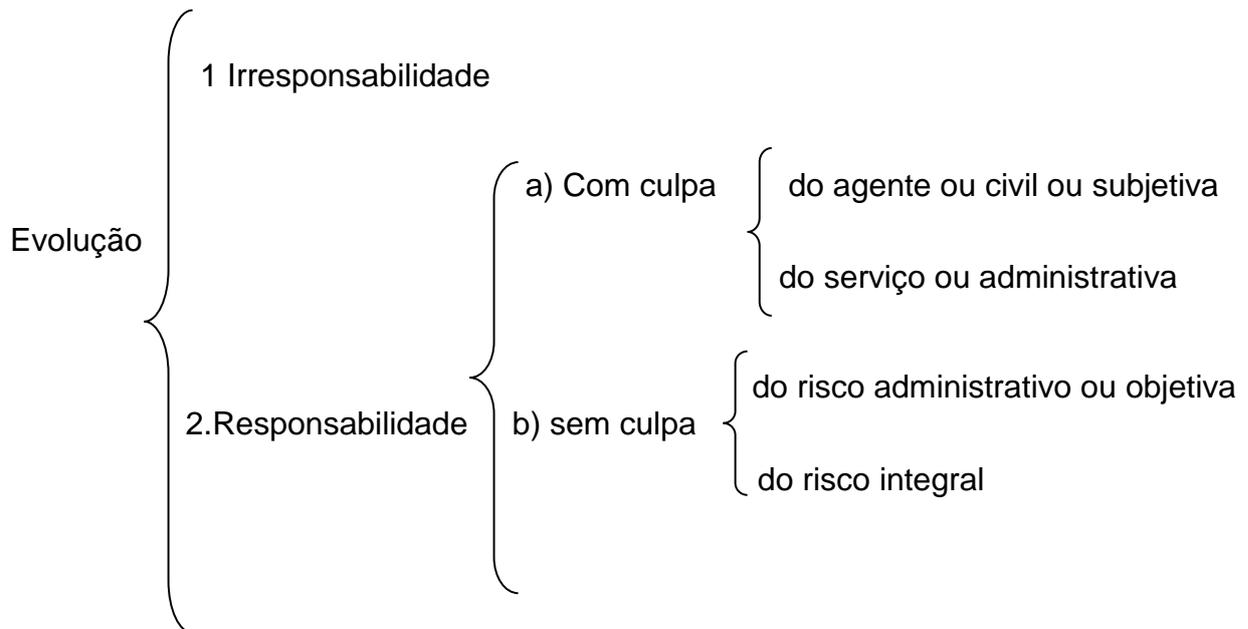
De fato, diversas fases marcaram o instituto. Da completa irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa, civil ou administrativa, e desta para a responsabilidade sem culpa, nas modalidades do risco administrativo e do risco integral, até o extremo da responsabilidade sob a modalidade da teoria do risco social, segundo a qual o Estado responderia ainda que os danos não lhes sejam imputáveis, o que de certa forma coincidiria com a teoria do risco integral.

Veja-se a este respeito esquema de Diógenes Gasparini<sup>8</sup> que reproduzimos:

---

<sup>7</sup> Apud BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 6 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 502.

<sup>8</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.968.



Fonte: GASPARINI (2006, p. 968)

A ideia de que o Estado era completamente irresponsável pelos atos praticados por seus agentes vigorou, seja na França, seja na Inglaterra, desde o início, e estendeu-se até a metade do século XIX, tendo como fundamento as premissas do Estado absoluto, que não reconhecia a possibilidade de causar mal ou dano a quem quer que fosse. Seu arcabouço ideológico foi, portanto, o absolutismo, e, mais tarde o modelo de Estado liberal. No fundo, essa ideia ainda estava associada à irresponsabilidade do monarca na medida em que na Inglaterra vigorava o princípio “*the King can do not wrong*” e na França o postulado “*le roi ne peut mal faire*”.

Enquanto na Inglaterra a transição da monarquia absoluta para a democracia parlamentar se deu de forma gradual, o que possibilitou a manutenção de várias de suas instituições e práticas jurídicas, na França, a ruptura institucional provocada pela Revolução foi abrupta e transformadora da ordem jurídica. Todavia, no âmbito do Direito público houve simplesmente a reformulação conceitual da soberania real pela soberania popular, de modo que a irresponsabilidade do Estado manteve-se arraigada à concepção jurídica de velho regime.

A concepção da irresponsabilidade convivia, no entanto, com o reconhecimento da responsabilidade estatal de indenizar em certos casos específicos, como é o caso da lei francesa que determinava a recomposição patrimonial por danos oriundos de obras públicas. Demais disso, admitia a responsabilidade do agente público quando o ato lesivo pudesse ser atribuído diretamente a ele.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 968-969.

Em verdade, quando a concepção dominante era a do Estado gendarme e o princípio básico de sua atuação era o da subsidiariedade, o Estado pouco intervinha na vida econômica e sua atuação causava naturalmente danosidade menor, o que justificava, talvez, a aquiescência da população com a ficção da atuação perfeita e inquestionável do Estado. Neste esquema em que há uma evidente continuidade da Monarquia, Revolução Francesa e grande parte das ideias do século XIX, a superioridade do Estado e a especificidade dos seus objetivos justificavam uma irresponsabilidade quase absoluta.<sup>10</sup>

A passagem da completa irresponsabilidade do Estado para à responsabilização dele é lenta e gestada segundo vários motivos. Desde a mudança de regime que sobreveio na França em 1870, o liberalismo político que começava a tomar forma, o desenvolvimento da democracia, a crescente industrialização que impulsiona o desenvolvimento tecnológico, o maior intervencionismo do Estado-gendarme, e o aumento dos acidentes por força da Revolução Industrial, tudo provoca uma guinada no Direito Administrativo francês, mormente com a lei de 24 de maio de 1872, que reorganiza o Conselho de Estado e o Tribunal de Conflitos.

Como bem o diz José dos Santos Carvalho Filho, “A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso, confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável, foi substituída pela do **Estado de Direito**, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas.”<sup>11</sup>

De fato, ao final do século XIX e começo do século XX, muda o paradigma e o Estado assume uma concepção intervencionista, imiscuindo-se cada vez mais na vida econômica, gerando, por consequência, maiores riscos e danos. Assim, a soberania e a ficção de o que o Rei – o Estado – não podia ser demandado porque não podia equivocar-se, passou rapidamente a ser considerada como antiquada. E com isto, altera-se a consciência jurídica e a partir daí, da completa irresponsabilidade do Estado, passou-se, paulatinamente, no final do século XIX, à responsabilidade, inicialmente de forma atenuada e, depois de forma plena.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> TRIGO REPRESAS Felix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p.5-6.

<sup>11</sup> *Manual de Direito Administrativo*, 11 ed. rev. ampl. e atual. Contendo as emendas Constitucionais nos 41 e 42, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.446.

<sup>12</sup> TRIGO REPRESAS Felix A.; LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, op.cit.p.6.

Embora, modernamente, o direito positivo de vários povos admita a responsabilidade civil do Estado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, variando alguns aspectos específicos no que se refere à responsabilidade do agente, montante da reparação, forma processual, etc, muitos dos países desenvolvidos só recentemente abandonaram a doutrina da irresponsabilidade do Estado, como, por exemplo, os Estados Unidos da América que só o fizeram mediante do *Federal Tort Claim*, de 1946 e Inglaterra, através do *Crown Proceeding Act*, de 1947.

Sucedeu à teoria da irresponsabilidade estatal por danos causados a terceiros a teoria da responsabilidade estatal no caso de ação culposa de seu agente (também denominada responsabilidade subjetiva do Estado), nos moldes da doutrina civilista da culpa, muito embora fossem distinguidos, para os efeitos de tal responsabilização, os atos de império e os atos de gestão, sendo só os últimos ensejadores da responsabilidade civil do Estado, posto que eles se aproximavam em maior monta dos atos de direito privado e os primeiros, insuscetíveis de responsabilidade civil, por serem regidos pelas normas tradicionais de direito público.

A falta de critérios objetivos capazes de distinguir com precisão os atos de império dos atos de gestão induziu uma evolução no instituto, a ponto de ser desprezada aquela distinção e reconhecida a culpa administrativa, pela qual o lesado não precisaria identificar o agente causador do dano, sendo bastante a comprovação do mau funcionamento do serviço público, que poderia consumir pela inexistência do serviço, o mau funcionamento dele ou o seu retardamento.

Posto que esta teoria exigia muito dos administradores, pois que o lesado tinha de demonstrar, além do dano, que ele foi provocado pelo Estado, bem assim a atuação culposa ou dolosa do agente público, o próximo passo foi centrar a obrigação de indenizar na culpa do serviço (*faute du service*), caracterizada esta sempre que o serviço não funcionasse (não existia, devendo existir), funcionava mal (devendo funcionar bem) ou funcionava atrasado (devendo funcionar em tempo). Era o advento da teoria da culpa administrativa, ou da culpa anônima. Neste tipo de responsabilidade não se pergunta da culpa subjetiva do agente administrativo, mas busca-se saber da falta objetiva do serviço do serviço em si mesmo. Aqui, ainda há a culpa, mas uma culpa da Administração – a culpa administrativa.

Como leciona Benoit:

*Par la suite, l'évolution des idées sur l'État, considéré non plus exclusivement comme une puissance mais aussi comme un prestataire de services, permettra de développer une responsabilité administrative fondée sur la notion de mauvais fonctionnement du service, forme publicisée de la notion de faute.<sup>13</sup>*

Muito embora menos gravosa para o prejudicado, a teoria da culpa administrativa ainda estava a exigir que a vítima demonstrasse o dano, que este fora causado pelo Estado, bem assim a culpa do serviço.

Então, por inspiração das decisões do Conselho de Estado francês, toma forma a teoria da responsabilidade patrimonial sem culpa, teoria da responsabilidade objetiva, ou teoria do risco administrativo, que amplia a responsabilidade estatal e hoje adotada pelo direito dos povos modernos. Aqui, abandona-se a noção de culpa em relação ao fato danoso e por essa razão seu campo de incidência abarca tanto os atos lícitos como os ilícitos, bastando-se que haja a comprovação da relação causal entre o fato e o dano.

No entanto, o rigor é aplainado se a Administração pública comprovar de que a vítima concorreu, total ou parcialmente, para o evento danoso ou de que este não teve origem em um comportamento estatal, situações que liberam total ou parcialmente a responsabilidade do Estado. Nessa permissão para o Estado provar que não foi o causador do dano ou que a culpa cabe à vítima reside a diferença entre a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo.<sup>14</sup>

Pela teoria do risco integral o Estado fica obrigado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Despreza-se, portanto, questionamentos sobre culpa da vítima na produção do evento danoso, bem como qualquer prova visando elidir a responsabilidade. Este tipo de responsabilidade não tem guarida nos sistemas normativos dos países-membros do MERCOSUL.

Como leciona Diógenes Gasparini:

Por fim, diga-se que, se tais teorias obedeceram a essa cronologia, não quer isso dizer que hoje só vigore a última a aparecer no cenário jurídico dos Estados, isto é, a teoria da responsabilidade patrimonial objetiva do Estado ou teoria do risco administrativo. Ao contrário, em todos os Estados acontecem ou estão presentes as teorias da culpa administrativa e do risco administrativo, desprezadas as da irresponsabilidade e do risco integral. Aquela, a culpa administrativa, se aplica, por exemplo, para responsabilizar o Estado por danos decorrentes de casos fortuitos ou de força maior, em que o Estado indeniza se tiver se omitido e o do em comportamentos que lhe são

<sup>13</sup> BÉNOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, 1968, p.677.

<sup>14</sup> *Direito Administrativo*, op.cit.p.971.

impostos por leis; quando há o dever legal de agir e o Estado se omite. Esta, a do risco administrativo, nos demais casos, ou seja, onde há uma ação do Estado.<sup>15</sup>

Cumprido considerar que este é um arquétipo geral, de modo que a intensidade dos efeitos da responsabilidade extracontratual do Estado além de variar de país para país, geralmente assume uma pluralidade de regimes jurídicos, mesmo dentro de uma determinada ordem jurídica, dadas as peculiaridades da atuação administrativa, razão pela qual, diante de um caso concreto, o primeiro passo é identificar o peculiar regime jurídico aplicável à espécie.

## **5 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO NOS PAÍSES-MEMBROS DO MERCOSUL**

O Mercosul foi instituído pelo Tratado de Assunção, subscrito em 26 de março de 1991, tendo como países membros a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai.

Através da Decisão CMC 28 de 2004 foram estabelecidas as diretrizes para a negociação de acordos celebrados com os Estados associados do Mercosul, em particular com relação às modalidades de subscrição, entrada em vigor, solução de controvérsias e eventual adesão de outros Estados Associados. Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru são, hoje, Estados associados. Em 4 de julho de 2006 foi aprovado o Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul, mediante o qual foram estabelecidas as condições e os prazos previstos para a plena incorporação da Venezuela ao Bloco.

O objetivo central do Mercosul é a integração dos seus estados-partes, através da livre circulação de bens, serviços e fatores de produção, bem assim de uma Tarifa Externa Comum -TEC - e a adoção de uma política comercial comum, a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais e a harmonização de legislação das áreas pertinentes.

Para além da conotação econômica, o Mercosul assenta-se em um Acordo Político, configurando-se em um elemento de estabilidade na região, razão porque os quatro Estados-Partes, juntamente com a Bolívia e Chile constituíram o “Mecanismo de Consulta Política” que permite acordar posições em matérias de alcance regional,

---

<sup>15</sup> Idem, op. cit. p.972.

superando os estritos aspectos comerciais econômicos. Exemplo disso foi a subscrição da “Declaração Presidencial sobre o Compromisso Democrático no Mercosul”, aprovada por ocasião da X Reunião do Conselho do Mercosul em São Luiz, em 25 de junho de 1996, quando também foi firmado o Protocolo de Adesão de Bolívia e Chile à citada Declaração.

No âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado nos países-membros do Mercosul, há evidente influência do Direito francês e no geral, adota-se o sistema da responsabilidade dos funcionários com base nos princípios do Direito privado, ficando para o Estado apenas uma responsabilidade subsidiária, sob o argumento de que a ampliação e generalização da responsabilidade estatal resultaria perigosa seja para a eficácia das tarefas impostas pelo serviço como para as finanças públicas.

Mas o fato é que a medida das indenizações pelos danos causados aos administrados pela atuação estatal varia sensivelmente de país para país, como adiante se verá.

## 5.1 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO NA ARGENTINA

Assinala Jorge Luis Salomoni, que o fundamento da responsabilidade na Argentina encontra-se nos antecedentes imediatos à Constituição nacional, em seu próprio texto normativo, na primeira legislação da organização nacional e no artigo 1112 do Código Civil, e que é anterior ao sistema de responsabilidade estabelecido na França a partir do famoso caso “Blanco” do Tribunal de Conflitos, de 8 de fevereiro de 1873.

Salienta ainda que esta originalidade se conecta com a introdução da locução “serviço público”, enquanto se adota o conceito de falta de serviço que se afasta da culpa, que ademais gera a responsabilidade do Estado e que na atualidade se fundamenta no art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.<sup>16</sup>

Costuma-se, no entanto, afirmar que o dever jurídico do Estado argentino indenizar àqueles que sofriam danos por atos praticados pelos seus agentes é de origem jurisprudencial e vem desde 1933<sup>17</sup>. Até então, o Estado devia consentir, através da autorização legislativa, para ser levado a Juízo, conforme previa a lei 3952

<sup>16</sup> *La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina*. Disponível em [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Acesso em 22 dez. 2010.

<sup>17</sup> CSJN “S. A. Tomás Devoto c\ Gobierno Nacional s\ danos y perjuicios sentencia del 22\9\1933.

de 1900. A responsabilidade estava, portanto, condicionada a autorização do Congresso. Anteriormente, admitia-se a responsabilidade quando o Estado atuava como pessoa jurídica de direito privado, mediante prévia reclamação administrativa.

Na referida decisão, a Corte Suprema de Justiça da Nação condenou o Estado a ressarcir os danos provocados por seus agentes no exercício ou por ocasião da função pública, por aplicação do art. 1113 do Código Civil, sob a justificativa de que estaria realizando interpretação e aplicação inovadora do mencionado dispositivo legal.

De fato, o Código Civil argentino, desde sua entrada em vigor em 1871 e antes da reforma introduzida pela lei 17.711, carecia de norma em que se pudesse derivar a responsabilidade estatal por atos ilícitos.<sup>18</sup>

A normatividade jurídica de então acolhia a irresponsabilidade do Estado, conforme assim previa o art. 43 do CC:

*No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas.*

Se a jurisprudência considerou tal norma como injusta, deixando de aplicá-la, a lei 17.711 convalidou a jurisprudência. O fundamento jurídico atual da responsabilidade extracontratual do Estado argentino advém de diversas fontes. Naturalmente decorre da Constituição, muito embora esta não veicule qualquer dispositivo que atribua expressamente à responsabilidade reparatória por danos provocados por seus agentes. No entanto uma interpretação lógico-sistemática do seu texto permite identificar os pressupostos fundamentais que consagram o instituto, tais como:

a) o princípio especial da igualdade diante do ônus, assentado nas disposições dos artigos 4º e 6º que determinam que as contribuições exigidas dos habitantes devem ser equitativas e proporcionais;

b) a garantia do direito de propriedade, como assegurado no artigo 17, que estabelece que ninguém pode ser privado de sua propriedade sem ser indenizado; e

c) os direitos adquiridos (arts. 14 a 20 e 28 e 75, inciso II).

---

<sup>18</sup> TRIGO REPRESAS Felix A.; LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, op. cit., p. p.16.

Do ponto de vista infraconstitucional, o Estado argentino pode ser responsabilizado pela aplicação do art. 1113 do Código Civil, com a modificação da lei 17711, muito embora seja ele insuficiente para responsabilizar a Nação por atos anônimos ou derivados do fator de atribuição denominado falta de serviço. Nesses casos, para quem admite a falta de serviço como fator autônomo objetivo de atribuição de responsabilidade em geral encontra seu fundamento no artigo 1112 do CC, muito embora, como leciona Gordillo, citado por Francisco Mariano Sabalúa, isto implica dizer o que de fato o artigo não o diz.<sup>19</sup>

Segundo esse mesmo autor, para quem seria injusto deixar de indenizar pelos danos provocados pelo Estado nesses casos, a solução se passa pela tarefa de integração do ordenamento jurídico, para o que os fundamentos da responsabilidade seriam os artigos 16 e 17 da Constituição Nacional, que consagra a igualdade dos particulares ante os ônus públicos e o direito de propriedade, respectivamente.

À míngua de normas jurídicas precisas e específicas que determinem quais as condições legais que se opera a responsabilidade, em alguns casos se exige que a conduta danosa seja culposa (responsabilidade objetiva); em outros se prescinde do dado subjetivo (responsabilidade subjetiva). Em alguns casos o dano deve ser físico e mensurável em dinheiro (responsabilidade material), enquanto que em outros é indenizável o dano moral.

Dessa forma, em princípio não são aplicáveis em matéria de responsabilidade extracontratual os princípios do Direito privado. Em verdade, o Direito público e por iniciativa jurisprudencial, tem elaborado uma série de regras específicas para discipliná-la.

No que se refere especificamente à responsabilidade extracontratual por atos e fatos administrativos tem-se vários problemas de ordem interpretativa, tais como:

a) A distinção entre responsabilidade direta e responsabilidade indireta. A direta é a que corresponde a uma pessoa por fato próprio (Art. 1109 do CC); a indireta, a correspondente ao superior pelo fato de empregado, dependente ou por coisas (Artigo 1113 CC). Na seara do Direito público, aplica-se a responsabilidade direta do Estado por atos de seus agentes, e indireta por atos de seus entes.

---

<sup>19</sup> *Surgimiento y evolución de la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima extracontratual.* Disponível em <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewfile/944/820>. Acesso em 10 nov. 2010.

b) A distinção entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. O princípio estabelecido no Código Civil para que a responsabilidade ante o dano ocasionado seja atribuída somente a existência de uma conduta negligente ou culposa, tem sido superado pela nova tendência que considera a chamada responsabilidade objetiva.

No que se refere à responsabilidade indireta, no âmbito do Direito público argentino, não há legislação que distinga funcionário de empregado. Dessa maneira, a responsabilidade estatal será sempre direta, uma vez que todos os agentes do Estado são órgãos seus.

Não muito diferente do que ocorre nos demais países do Mercosul, para que exista a responsabilidade é necessário que estejam presentes todos os requisitos dela, quais sejam:

a) O dano, que deve ser certo, o que exclui o dano eventual; igualmente deve ser especial, isto é, particular às pessoas afetadas e não comum aos membros da coletividade. Deve ser também anormal, ou seja, exceder as inconveniências inerentes à vida da coletividade. Demais disso, o dano deve afetar uma situação juridicamente protegida e deve ser efetivo, mensurável economicamente e individualizado com relação a uma pessoa ou a um grupo determinado de pessoas;

b) Fato ou ato administrativo ou das coisas legítimo ou ilegítimo produtor do dano;

c) Relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano.

Quanto às causas excludentes de responsabilidade, temos a força maior, a culpa da vítima ou fato de terceiro. Também existem disposições legais que exclui toda responsabilidade do Estado, como, por exemplo, a Lei 816 que estabelece que a administração dos correios não assume responsabilidade pela correspondência que lhe seja confiada para transporte, mas responderão pessoalmente os empregados por negligência ou abusos que cometam ( art. 15).

Em conclusão, o dano indenizável causado ao administrado pela atuação de funcionário estatal, aí incluído seus agentes, no exercício de suas funções, tanto pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judicial, determina a atribuição de responsabilidade indireta e objetiva do Estado, sendo o fator de atribuição objetivo o risco criado pela atuação estatal e a norma aplicável é ao artigo 1113 do Código Civil combinado os artigos 43 e 1.112 do mesmo diploma legal.

## 5.2 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NO BRASIL

No Brasil, mesmo quando não existia texto legal admitindo expressamente a responsabilidade do Estado pelos atos dos seus agentes, a teoria da irresponsabilidade nunca foi admitida, posto que afastada sistematicamente pela jurisprudência e doutrina.<sup>20</sup>

Fazendo um corte metodológico para não buscarmos a análise no sistema jurídico Português, que por muito tempo foi aplicado no Brasil e tomando a primeira Constituição que versou sobre o tema da responsabilidade estatal - A Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 178, n. 29, dispunha: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis por seus subalternos”.

Repetindo o preceito aludido, a Constituição de 1891, em seu artigo 82, não inovou na disciplina jurídica do instituto.

Muito embora o preceito da Constituição imperial e a de 1891 pudesse fornecer um viés interpretativo no sentido de que somente o funcionário era responsável pelo dano causado a outrem, e não o Estado, leis ordinárias diversas, reconheciam a responsabilidade do Estado de forma solidária, o que foi uniformemente acatada pela jurisprudência de então.

Por sua vez, o Código Civil de 1916, em seu artigo 15 prescrevia:

As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

A expressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei”, constante do citado dispositivo, parecia confirmar o entendimento de que o Código Civil acatara a teoria subjetiva, a requerer a demonstração cabal da culpa do funcionário para ulterior responsabilização do Estado. No entanto, houve quem defendesse a teoria da responsabilidade objetiva.

Com fundamento na teoria subjetiva da responsabilidade estatal, as Constituições de 1934 e de 1937 acolheram o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário, posto que a redação do dispositivo disciplinador do

---

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.528.

instituto estava assim disposta: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”.

A teoria da responsabilidade objetiva foi acatada expressamente pela Constituição de 1946, e com isso ficou derogado o artigo 15 do Código Civil. Com efeito, dispôs o artigo 194 da Constituição de 1946:

As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. E, no parágrafo único do mesmo artigo, lia-se: ‘Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes’.

Sem alteração substancial, a Carta de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969, apenas introduziu o preceito no sentido de que ação regressiva movida pela Administração contra o funcionário caberia em caso de *culpa* ou *dolo* do mesmo.

A atual Constituição de 1988 estipula:

Art.37 [...] § 6º.As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Demais disso, não podemos esquecer o artigo 21, XXIII, “c” da Carta Magna, segundo o qual compete à União Federal explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer tipo, exercendo monopólio sobre pesquisa, lavra, enriquecimento e reprocessamento, industrialização e comercialização de minérios nucleares e derivados, enfatizando que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

Esta norma, muito embora específica, só reforça a opção do constituinte brasileiro, pela teoria da responsabilidade objetiva, tendo como fundamento a teoria do risco administrativo.

O Código Civil de 2002, ainda que destoante com preceito dispositivo constitucional, na medida em que omite as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, reza em seu art. 43:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito de regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Esta é a base normativa sobre a qual há de se debruçar o intérprete para esmiuçar o detalhamento normativo do instituto no Brasil, mormente em vistas do § 6º do aludido artigo 37 da Constituição de 1988.

O texto constitucional se refere a duas categorias de pessoas jurídicas: as pessoas jurídicas de direito público, que são as entidades da federação, bem assim suas autarquias e fundações públicas de natureza autárquica; e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, que agora, depois da Constituição de 1988, ficaram igualadas àquelas para efeitos da responsabilidade objetiva pelos danos que causarem. Nessa categoria estão abrangidas as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta (sociedades de economia mista e as empresas públicas e fundações públicas com personalidade de direito privado), quando se dedicam à prestação de serviços públicos, bem assim os concessionários e os permissionários de serviços públicos.

No entanto, se o Estado, mediante empresas públicas ou sociedades de economia mista executa atividades econômicas, sob o regime de natureza privada, ficam excluídos da responsabilização, haja vista que não estão a executar serviço público, restando, portanto, a responsabilidade conforme disciplinada pelo direito privado.

Cumprе mencionar que o Estado, como pessoa jurídica que é, não tem o condão de manifestar sua vontade ou agir segundo seus próprios critérios, uma vez que lhe falta tanto vida anímica independente como manifestação psicológica e física próprias.<sup>21</sup>

O Estado manifesta sua vontade e o faz através de prepostos, pessoas naturais que atuam na qualidade de agente públicos. Igualmente, as pessoas jurídicas, realidades ficcionais que são por obra e querer do Direito, agem, igualmente, através de seus agentes, pessoas físicas.

Isto é o que justifica a redação do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal ao estabelecer que para fins de responsabilização estatal, o agir da pessoa política ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público deve,

---

<sup>21</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p.813

necessariamente, ser realizado por agentes que se revistam desta qualidade – de agente público.

Agentes públicos são os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Basta o desempenho de funções estatais para que se verifique a qualidade de agente público, abarcando, portanto, funções políticas e administrativas – quer sejam da administração direta ou indireta.<sup>22</sup>

No que diz respeito às condutas ensejadoras da responsabilidade, considerando a configuração do Estado brasileiro, um Estado democrático de direito, submetido ao princípio republicano e ao da igualdade, não poderia mesmo disciplinar de forma diferente a temática da responsabilidade extracontratual. Dessa forma, pela exegese do preceito constitucional - 37, § 6º da Carta Magna – no Brasil, toda conduta do agente público ensejadora de um dano a outrem dá causa à responsabilidade do Estado em sua reparação.

Deve-se, no entanto, averiguar, dentre as várias teorias antes mencionadas, quais delas optou o constituinte ao estabelecer a norma contida no § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal. Isto varia segundo a natureza do comportamento estatal: se *atos comissivos lícitos e ilícitos, ou atos omissivos*.

Destarte, pela interpretação da norma explicitada no art. 37, § 6º da Carta Magna, bem como pela interpretação lógico-sistemática dos demais preceitos constitucionais, e considerando ser o Brasil um Estado democrático de Direito que adota os princípios republicano e da igualdade, não restam dúvidas que o Direito brasileiro, em sede de responsabilização estatal, quando da sua atuação positiva, por comportamentos lícitos assume a teoria da responsabilidade objetiva.

Se é atribuída ao Estado a responsabilidade objetiva quando este age licitamente, igualmente, por força do princípio da isonomia e com maior razão neste caso, nos atos comissivos ilícitos praticados, não há que se falar em mudança de paradigma legal a tal respeito. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, se a conduta *legítima* produtora de dano enseja responsabilidade objetiva, *a fortiori* deverá ensejá-la a conduta ilegítima causadora de lesão jurídica. É que tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como se evadir à ação estatal. Fica à sua mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida e a agrava.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Idem, p.226.

<sup>23</sup> Op. cit. p. 817.

Em assim sendo, diante da atuação estatal – lícita ou ilícita – causadora de um dano a outrem, a disciplina constitucional brasileira adotou a teoria da responsabilidade objetiva, de modo que fica dispensada a busca de elementos subjetivos da culpa. Basta, aqui, a mera relação de causalidade entre o agir estatal e o dano suportado pelo administrado, para que se configure a figura da Responsabilidade Extracontratual do Estado.

Se a melhor doutrina e a jurisprudência brasileira são mansas e pacíficas a este respeito, importa verificar se nos casos de omissão estatal, causadora de um dano, há também a caracterização da responsabilidade estatal e se tal responsabilidade é igualmente objetiva.

Seguindo o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>24</sup> e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>25</sup>, entendemos que não obstante o indubitável caráter *objetivo* da norma contida no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, não pode ficar afastada da aplicabilidade daquele dispositivo constitucional a teoria da responsabilidade *subjetiva* do Estado, na modalidade *faute du service*, diante de casos de omissão estatal.

Com efeito, torna-se imprescindível, de antemão, indagar se havia o dever legal de atuação e o Estado, por qualquer motivo, deixou de agir segundo a prescrição legal ordenadora de um dado comportamento. Admitir a responsabilidade estatal quando não havia o dever jurídico da atuação importaria em extrair uma reparação de um vazio jurídico. Dessa forma, é muito razoável que só se admita a responsabilidade extracontratual do Estado quando este devendo lealmente agir, não o fez.

Veja-se em Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Destarte, a responsabilidade do descumprimento da lei, que deixou de ser obedecida na conformidade do seu comando. Em se desviando a prestação do serviço do regime legal a ele imposto, deixando de prestá-lo, ou prestando com atraso ou de modo deficiente, por falha na sua organização, verifica-se a responsabilidade da pessoa jurídica, e, portanto, do Estado, que, então, deve compor o dano conseqüente dessa falta administrativa, desse acidente quanto à realização do serviço. Mas, repita-se responsabilidade com base em culpa.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p.487.

<sup>26</sup> Ob. cit., p. 482.

Embora seja este o posicionamento da doutrina majoritária, alguns autores entendem que, mesmo aqui, ainda assim vigora a sistemática da responsabilidade objetiva. É o caso de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual:

O §6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística *teoria subjetiva da culpa*, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a *responsabilidade civil objetiva da Administração*, sob a modalidade do risco administrativo.<sup>27</sup>.

Embora o doutrinador brasileiro, em sua grande maioria, diante do preceito constitucional, enxergue nos casos de omissão, a responsabilidade objetiva, lentamente ganha fôlego a ideia de que a responsabilidade nesses casos exigiria além do nexo de causalidade, igualmente considerações de ordem subjetiva – a culpa, com fundamento na teoria da *faute du service*, conforme evidenciado no seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Constitucional. Administrativo. Civil. Dano Moral. Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Ato omissivo de poder público: morte de presidiário por outro presidiário: responsabilidade subjetiva: culpa publicisada: ***faute du service***. CF, art. 37, § 6º. 1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: (a) do dano; (b) da ação administrativa; (c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. 2. Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. 3. Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertente, negligência, imprudência ou imperícia, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuído ao serviço público, de forma genérica, a ***faute du service*** dos franceses. 4. Recurso extraordinário não conhecido.<sup>28</sup>

Por outro lado, nem todo dano gerado é indenizável. Com efeito, embora o dano econômico seja pressuposto do dano indenizável – salvo no caso do dano moral – ele, o dano econômico por si só, é insuficiente à indenização, posto que o dano passível de responsabilização é a *lesão a direito*. O bem atingido para o qual urge a reparação só pode ser aquele bem tutelado pela ordem jurídica, sendo, portanto, um *prius* necessário em relação ao dano patrimonial.

<sup>27</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 535.

<sup>28</sup> Recurso Extraordinário n.º 179.147-1/SP, de 27 de fevereiro de 1998.

Demais disso, o dano deve ser mensurável, e não meramente eventual ou possível. Mesmo que futuro, há de ser necessariamente certo, real e, no caso dos comportamentos lícitos causadores do dano, devem estar presentes a especialidade e anormalidade.

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, dano especial "é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela sociedade."<sup>29</sup> Quanto à anormalidade, são aqueles danos *anormais*, isto é, que ultrapassam os mezinhos aspectos da vida social.

Destarte, ausentes os pressupostos da responsabilidade, resta excluída a responsabilidade estatal. Com efeito, na adoção da teoria da responsabilidade objetiva basta que sejam demonstrados o dano e o nexo de causalidade entre este e o comportamento danoso. A inexistência do dano ou inexistência do nexo de causalidade entre o comportamento comissivo e o dano gerado é causa excludente da responsabilidade estatal.

Naturalmente que nos casos da adoção da teoria da responsabilidade subjetiva, ficará afastada a responsabilidade estatal caso não tenha havido negligência, imprudência ou imperícia, ou dolo na omissão estatal. Assim, agindo o Estado dentro daquilo que impunha os ditames legais, ou das "possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso" <sup>30</sup>, não há se falar em responsabilização estatal.

Demais disso, a culpa da vítima e a força maior têm sido reconhecidas pela doutrina igualmente como causas excludentes da responsabilidade. Por culpa da vítima, entende-se o evento em que aquele que sofreu o prejuízo pelo agir estatal atuou exclusivamente para a ocorrência do fato danoso. Assim, quando quem deu causa ao dano suportado foi a própria vítima, por ato exclusivo seu, não caberá, por óbvio, indagação acerca da responsabilidade do Estado. Se a culpa foi concorrente, mantém-se intacta a responsabilidade pela reparação do dano, porém, agora, de forma abrandada.

Por força maior entende-se a ocorrência imprevisível e inevitável da natureza, absolutamente independente das vontades das partes. Neste caso, somente poderá ser invocada para excluir a responsabilidade do Estado caso, aliada a ela, ocorrer

---

<sup>29</sup> Op. cit., p. 828.

<sup>30</sup> Op. cit., p. 819.

omissão do Poder Público na realização de um serviço público que lhe era legalmente imposto. Porém, havendo o dever de agir e não o fazendo o Estado, somente se eximirá da culpa caso não haja ocorrência de quaisquer dos elementos caracterizadores da culpa na teoria da *faute du service*.

Por fim, conforme dispõe a parte final do artigo 37, § 6º da Constituição Federal é, à pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, "assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Aqui, estamos diante de relações jurídicas distintas e por isso mesmo disciplinadas diferentemente. No primeiro caso, a relação que estabelece entre o Estado, ou quem lhe faça as vezes, e o Administrado, em que se adota a teoria da responsabilidade objetiva. A outra relação jurídica que se estabelece é aquela entre o Estado, ou quem lhe faça as vezes, e o seu agente público. Neste último caso, por expressa disposição constitucional, utilizar-se-á a teoria subjetiva da responsabilidade.

### **5.3 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO NO PARAGUAI**

Como nos demais países-membros do Mercosul, no Paraguai, a responsabilidade extracontratual do Estado recebe tratamento jurídico diferenciado daquele disciplinador da responsabilidade contratual. Ambas estão referidas no Código Civil. A extracontratual encontra sua normatividade nos artigos 1833 a 1871 e a contratual no artigo 420 e seguintes. De qualquer modo, o Código recebe, como em geral nos sistemas normativos da América latina, inegável influência do Direito francês.

No que se refere à responsabilidade extracontratual, muito embora, doutrinariamente, a culpa do sujeito seja admitida como causa ou fonte principal da obrigatoriedade de reparação do dano, o Código Civil permite desprezar este requisito através da lei, razão pela qual é possível falar de uma obrigação de reparar aqueles fatos quando ausente a culpa.

Com efeito, o Código civil paraguaio reúne em três capítulos a responsabilidade extracontratual: a) responsabilidade por fato próprio, b) responsabilidade por fato alheio, e c) responsabilidade sem culpa.

No capítulo referente á responsabilidade por ato ou fato próprio, o princípio dominante está contido no parágrafo primeiro do artigo 1833, mediante o qual se responsabiliza a pessoa que comete ato ilícito. Tal ato ilícito deve ser causador de um dano e para sua identificação se deve ajustar as características disposta no artigo 1834, no qual se estabelece que os atos voluntários só tem o caráter da ilicitude quando a ação ou omissão forem proibidas por lei ou outras disposições normativas da autoridade competente e sempre que esta ação ou omissão cause um dano e que recaiam no autor a culpa ou o dolo.

Quanto à extensão do dano, esta já é disciplinada no art. 1835, em que se determina sua existência sempre que se cause a outrem algum prejuízo em sua pessoa, em seus direitos ou faculdades, ou nas coisas de seu domínio ou posse.

Dessa forma ampliada, está dentro da concepção de dano qualquer lesão não somente à pessoa ou ao seu patrimônio, mas também aos bens espirituais ou morais na dimensão do que se entende pelos direitos da personalidade.

No que se refere à responsabilidade por fato alheio, o princípio regente está presente nos arts. 98, 1842 ao 1845. Tais disposições reconhecem que o agente de um ato ilícito atuando sob a dependência de outro ou com sua autorização, compromete também a responsabilidade daquele. Ou seja, as pessoas jurídicas respondem pelos danos causados por seus órgãos, por ação ou omissão, quando os fatos tiverem sido executados no exercício de suas funções e em benefício da entidade.

Por este critério as autoridades superiores, os funcionários e empregados públicos do Estado, das municipalidades e dos demais entes de direito público respondem, por força da lei, de forma direta e pessoal, pelos atos ilícitos cometidos no exercício de suas funções.

Quanto à responsabilidade sem culpa, o Código Paraguaio regula-a nos artigos 1846 a 1854. Aqui, a responsabilidade pode derivar da criação de perigo com uma atividade, por sua natureza ou pelos meios empregados por uma pessoa.

No que se refere a este tipo de responsabilidade objetiva, López Cabana<sup>31</sup> elenca os pressupostos em que haveria a exclusão da responsabilidade, pela existência de causas alheias ao dano: a) a existência de culpa da vítima, b) a culpa de

---

<sup>31</sup> LÓPEZ CABANA, Robert M. *Responsabilidad civil objetiva*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

uma terceira pessoa por quem não deve responder, c) se a coisa foi usada contra a vontade expressa ou presumida, e d) por caso fortuito ou força maior.

#### **5.4 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO NO URUGUAI**

De início, deve-se observar que os princípios aplicáveis à responsabilidade do Estado Uruguaio, não derivam diretamente dos artigos 1319, 1324 e 1326 do Código civil uruguaio, mas, em sede de responsabilidade extracontratual, do qual falamos, origina-se e tem seu regramento maior os artigos 24 e 25 da Constituição vigente.

Assim, o ponto de partida para o estudo da responsabilidade extracontratual na República Oriental do Uruguai são os artigos 24 e 25 da Constituição vigente, que estabelecem:

*Art.24. El Estado, los gobiernos Departamentales, los Entes autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.*

*Art. 25. Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o, dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación.*

Convém observar que os elementos principais da responsabilidade estão destacados na norma:

- a) Todos os órgãos e pessoas estatais;
- b) Refere-se, inegavelmente á responsabilidade patrimonial;
- c) Os danos causados a terceiros, a evidenciar a responsabilidade extracontratual estendendo-se a todas as pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as estatais;
- d) O conceito de serviço público que deve ser entendido em uma acepção finalista, a abranger a responsabilidade administrativa, legislativa e jurisdicional;
- e) A responsabilidade se refere aos danos causados na execução dos serviços públicos e por isso não só compreende os que se produzem na execução como também por ocasião da execução dos mesmos;
- f) A norma estabelece, inegavelmente, a responsabilidade direta da Administração, o que implica na ideia de que o demandante não pode demandar

diretamente o funcionário responsável pelo dano, salvo os atos personalíssimos alheios à sua função;

g) A norma fala de serviços confiados à sua gestão ou direção ou implica na responsabilidade nos casos de concessões.

O artigo 24 da Constituição não exprime de forma clara quando surge a responsabilidade que pode dar causa à reparação do dano. Determina quem responde, mas não quando existe a responsabilidade. Dessa forma, tem se resolvido a questão no sentido de que os critérios de imputação se desenvolvem de acordo com o conceito de falta do serviço, responsabilidade subjetiva para alguns e objetiva para outros.

A doutrina majoritária inclina-se pela teoria subjetiva da responsabilidade, a exigir, portanto, a demonstração da culpa, na sistemática do direito francês da falta de serviço, seja pelo fato de o mesmo não tenha funcionado, ou funcionou com demora ou foi realizado irregularmente.

Quanto à natureza do dano indenizável, tem-se que são aqueles causados diretamente por um ato ou fato administrativo. A reparação tem assim por finalidade restabelecer, na medida do possível, a situação anterior em que se encontrava a vítima anteriormente ao dano. Conforme Decreto-lei 14500 e 15733, a indenização deve ser integral e incluir lucros cessantes, dano emergente e moral e devidamente reajustado.

A Constituição vigente não consagra a irresponsabilidade civil dos funcionários públicos, salvo a determinada para os Senadores e Representantes Nacionais por seus votos e opiniões, conforme assim estipula o art. 112. Os funcionários podem ser demandados pelo Estado em ação regressiva, quando eles tenham obrado com dolo ou culpa grave.

Uma análise do citado artigo 25 permite dizer que a norma ali expressa:

- a) Que o dano deve ter sido causado por funcionário público;
- b) No exercício de suas funções ou pela ocasião desse exercício;
- c) Para que se legitime a repetição é preciso que o funcionário tenha agido com culpa grave ou dolo;
- d) O Estado pode – não deve necessariamente – repetir;
- e) A responsabilidade do funcionário é a *posteriori*, já que o demandado principal sempre será o Estado;

f) A vítima pode demandar diretamente o funcionário por ações ou omissões personalíssimas ainda quando o ato danoso tenha se originado no âmbito da repartição pública em que presta serviço. É que esses atos ou fatos não se constituem execução de serviço público. Na legislação infraconstitucional, a disciplina da ação regressiva encontra-se no Decreto 701 de 1991.

## **6 CONCLUSÃO**

É do homem – da sua natureza mesma - reagir contra aqueles que violam um bem que entende como próprio. A forma, a intensidade e os mecanismos utilizados nesta reação têm, no entanto, variado segundo uma gama de fatores e nos moldes da normatividade jurídica de cada época e lugar.

Modernamente, ao menos países ocidentais têm sido plenamente aceita a responsabilidade extracontratual do Estado em recompor os danos que seus agentes causem a terceiros, segundo peculiaridades pontuais de cada ordenamento jurídico, muito embora nem sempre tenha sido assim. Em verdade, o instituto foi se ampliando ao longo do tempo, segundo fatores econômicos, tecnológicos e os insumos ideológicos balizadores de cada modelo de Estado.

De fato, diversas fases marcaram o instituto. Da completa irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa, civil ou administrativa, e desta para a responsabilidade sem culpa, nas modalidades do risco administrativo e do risco integral, até o extremo da responsabilidade sob a modalidade da teoria do risco social, segundo a qual o Estado responderia ainda que os danos não lhes sejam imputáveis, o que de certa forma coincidiria com a teoria do risco integral.

A matriz filosófica a fundamentar a responsabilidade extracontratual do Estado tem base nas ideias de justiça corretiva e distributiva de cunho aristotélico e na ética da liberdade kantiana.

É evidente que a obrigação de indenizar tem como causa as normas jurídicas presentes nos diversos veículos normativos, seja a Constituição, seja leis infraconstitucionais, e até a construção jurisprudencial, tudo a depender do sistema normativo de cada país.

De qualquer maneira, fato, dano e nexos de causalidade entre aquele e este estão na raiz mesma do instituto. O fato, de caráter comissivo ou omissivo, material ou jurídico, lícito ou ilícito, tem sido pressuposto inafastável à responsabilidade de

alguém. Igual pressuposto da responsabilidade civil é o dano. Sem dano ninguém pode ser civilmente responsabilizado. O dano pode ter natureza patrimonial, ou, a depender do ordenamento jurídico considerado, moral. De outra banda, ocorrido o fato gerador da responsabilidade civil, a ordem jurídica, posto ser da natureza dela mesma, estabelece uma sanção: o direito ao lesado a uma reparação: a indenização.

Cumprido considerar que este é um arquétipo geral, de modo que a intensidade dos efeitos da responsabilidade extracontratual do Estado além de variar de país para país, geralmente assume uma pluralidade de regimes jurídicos mesmo dentro de uma determinada ordem jurídica, dados as peculiaridades da atuação estatal.

No âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado nos países-membros do Mercosul, há evidente influência do Direito francês e no geral, adota-se o sistema misto de responsabilidade, ora com ênfase na plena responsabilidade do Estado (subjetiva ou objetiva), ora a responsabilidade dos funcionários com base nos princípios do Direito privado, ficando para o Estado apenas uma responsabilidade subsidiária. A medida das indenizações, eventuais ações regressivas pelos danos causados aos administrados pela atuação estatal varia sensivelmente de país para país.

Na Argentina, o dano indenizável causado ao administrado pela atuação de funcionário estatal, aí incluído seus agentes, no exercício de suas funções, tanto pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judicial, determina a atribuição de responsabilidade indireta e objetiva do Estado, sendo o fator de atribuição objetivo o risco criado pela atuação estatal e a norma aplicável é ao artigo 1113 do Código Civil combinado os artigos 43 e 1.112 do mesmo diploma legal.

No Brasil, diante da atuação estatal – lícita ou ilícita – causadora de um dano a outrem, a disciplina constitucional brasileira adotou a teoria da responsabilidade objetiva, de modo que fica dispensada a busca de elementos subjetivos da culpa. Basta, aqui, a mera relação de causalidade entre o agir estatal e o dano suportado pelo administrado, para que se configure a figura da Responsabilidade Extracontratual do Estado.

No entanto, nas omissões, havendo dever jurídico para a atuação do Estado no sentido de prevenir ou remediar certo evento danoso e este não o faz, não bastará, pois, para sua responsabilização, a mera relação de causalidade entre o não agir e o dano suportado, devendo, necessariamente, averiguar-se se o Estado agiu com

imprudência, imperícia, negligência ou ainda dolo, caracterizando seu agir ilícito e, portanto, passível de responsabilização com fundamento na teoria *subjetiva*.

No Paraguai, a responsabilidade extracontratual, muito embora, doutrinariamente, a culpa do sujeito seja admitida como causa ou fonte principal da obrigatoriedade de reparação do dano, o Código Civil permite desprezar este requisito através da lei, razão pela qual é possível falar de uma obrigação de reparar aqueles fatos quando ausente a culpa.

Na República Oriental do Uruguai predomina a responsabilidade direta do Estado, desenvolvida pela Jurisprudência em vista da Constituição de 1934, adotando-se, assim, um sistema misto de repartição de responsabilidade entre os funcionários e a Administração. Com a reforma constitucional de 1952 esta responsabilidade foi alçada a nível constitucional, cabendo ação de regresso contra o agente público responsável, em certos casos.

De todo o exposto, e uma vez que o sistema jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado nos países-membros do Mercosul sofreu evidente influência do Direito francês, adotando a responsabilidade estatal pelos atos causadores de danos aos administrados, permite-nos concluir que se torna muito mais fácil harmonizar a legislação desse tipo de responsabilidade no âmbito do Mercosul.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. Livro primeiro, Capítulo 1.1 Tradução de Nestor Silveira Chaves. Coleção Mestres pensadores, 15 ed., São Paulo: Editora Escala.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 6 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BÉNOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, 1968.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 11 ed. rev. ampl. e atual. Contendo as emendas Constitucionais nos 41 e 42, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GORDLEY, James. *Tort Law in the Aristotelian Tradition*". Philosophical Foundations of Tort Law, Clarendon Press, 1995.

LÓPEZ CABANA, Robert M. *Responsabilidad civil objetiva*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*, Bogotá: Edit. Temis, 1981.

REALE, Miguel. *Filosofía do Direito*, 13 ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

SABALUÁ, Francisco Mariano. *Surgimiento y evolución de la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima extracontractual*. Disponível em <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewfile/944/820>>. Acesso em 10 nov. 2010.

SALOMONI, Jorge Luis. *La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina*. Disponível em <[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)>. Acesso em 22 dez. 2010.

SILVA VELLOSO, Carlos Mário. *Responsabilidade civil do Estado* in Revista de Informação legislativa. Brasília a. 24, n 96, out/dez,1987.

TRIGO REPRESAS Felix A.; LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 1 ed., Buenos Aires: La Ley, 2004.

## **RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM CIRURGIA DE ESTERILIZAÇÃO MASCULINA (VASECTOMIA)**

## **MEDICAL CIVIL RESPONSABILITY IN SURGERY OF MALE STERILIZATION (VASECTOMY)**

MÁRNIO SOLERMANN SILVA COSTA\*  
RAFAEL PONTES VITAL\*\*

### **RESUMO**

A responsabilidade civil médica tem sido discutida em um momento de questionamentos acerca da qualidade do ensino médico e do aumento do número de processos por erro médico, com entendimentos diversos. Os aspectos jurídicos desse instituto, quando relacionado à cirurgia de esterilização masculina (vasectomia), método seguro e eficaz no planejamento familiar, são pouco conhecidos pelos operadores do direito e profissionais da saúde. Procurou-se compreender, através desse estudo, a responsabilidade civil médica em cirurgia de esterilização masculina, conforme a doutrina e jurisprudência atuais, perquirindo-se a natureza da obrigação como de meios ou de resultado, a responsabilidade dos profissionais liberais, das sociedades médicas e do Estado, e por fim, analisar os fundamentos que são utilizados para a aplicação do dever de reparar e a quantificação das indenizações advindas. Para tanto, foi realizada pesquisa na legislação, doutrina especializada em Responsabilidade Civil e em Direito Médico e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça de São Paulo e da Paraíba. Verificou-se que: a temática não tem sido discutida nas obras disponíveis sobre responsabilidade civil médica; as decisões judiciais têm atribuído, em regra, a natureza de obrigação de meios e a responsabilidade subjetiva, como exceção prevista nas relações de consumo, mesmo quando organizados em sociedades privadas ou quando o Estado é demandado; as condenações têm sido fundamentadas no descumprimento de atos implícitos do contrato médico, como o dever de informar, com danos materiais concedidos como pensão mensal até a maioridade do filho e danos morais valorados de modo não uniforme.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil. Vasectomia. Danos Materiais e Morais.

### **ABSTRACT**

The medical civil responsibility has been discussed in a moment of questions about the quality of medical education and increasing the number of process by medical error, with different understandings. The legal aspects of this institution, when related to surgery male sterilization (vasectomy), a safe and effective method in a family planning, are little known by the law operator and healthcare professionals. We sought

---

\* Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP Faculdades. Médico especialista em Urologia e Cirurgia Geral. Doutor em Medicina (Urologia). E-mail: marniocosta@bol.com.br.

\*\* Advogado (OAB/PB – 15534), diplomado em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-Graduando em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral pelo Centro Universitário de João Pessoa. Coautor da obra “Temas sobre responsabilidade civil”. Professor da Fesp Faculdades E-mail: rafaelpvital@gmail.com.

to understand, through this study, the medical responsibility in male sterilization surgery, according to current doctrine and jurisprudence, inquiring the nature of the obligation like as a result or means; the responsibility of professionals, medical societies and State, and finally, analyze the fundamentals that are used to implement the duty to repair and quantification of damages arising. Therefore, research was carried out in the legislation; doctrine specializes in Civil Responsibility and Medical Law and jurisprudence of the Superior Court of Justice and the Courts of Justice of São Paulo and Paraíba. It was found that: the issue has not been discussed in the works available on medical responsibility; the judicial decisions have attributed, in general, the nature of obligation of means and subjective responsibility, except as provided in consumer relations, even when organized in private companies or when the state is demanded; convictions have been based on noncompliance implied acts of the medical contract, as the must to inform, with material damages awarded as monthly pension until the adulthood of the child and moral damages valued not uniformly.

**KEYWORDS:** Civil Responsibility. Vasectomy. Material and Moral Damages.

## **1 INTRODUÇÃO**

Responsabilidade civil é o instituto jurídico de natureza contratual ou extracontratual (aquiliana), resultante, respectivamente, do descumprimento de um contrato ou de um dever legal, podendo ser atribuída às relações cíveis, de consumo, empresariais e trabalhistas, cujo inadimplemento caracterizado gera ao devedor uma nova obrigação que se destina a restaurar o equilíbrio material, moral, estético ou à imagem, que fora alterado pelo ilícito cometido. Um de seus principais fundamentos é a justiça social.

A problemática da responsabilidade civil do médico apresenta grande importância, atualmente, diante de um cenário de questionamentos sobre a qualidade do ensino médico e da atuação do profissional, como também diante do aumento das demandas éticas e judiciais oriundas desse contexto e da aplicação das normas jurídicas contratuais e do direito consumerista nas relações médico-pacientes, sem o adequado e suficiente conhecimento técnico por parte dos operadores do direito.

A vasectomia, como procedimento cirúrgico destinado à obtenção da esterilização definitiva e voluntária, é ato médico cada vez mais realizado. A implementação de programas sociais como a Política Nacional de Planejamento Familiar e a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Homem e a sua inclusão no rol de Procedimentos Cirúrgicos Eletivos de Média Complexidade, do

Sistema Único de Saúde<sup>32</sup> em 2007, e no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar<sup>33</sup>, a partir de 2008, proporcionaram a ampliação e a qualificação da oferta da cirurgia de esterilização masculina.

A sociedade atual tem visto no controle da natalidade um aspecto importante no planejamento econômico das famílias, refletindo no aumento do número de procedimentos realizados. Estatísticas do Ministério da Saúde/DATASUS apontam um aumento de 7.798 para 34.144 vasectomias entre 2001 e 2009 pelo Sistema Único de Saúde<sup>34</sup>. No ano de 2012, foram realizadas 38.771 cirurgias<sup>35</sup>.

Em paralelo, há também um crescente número de processos éticos e judiciais contra médicos, muitas vezes com condenações de vultosas quantias, sem atender ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, sob a ótica do dever de indenizar, que contribuem para gerar um estado de instabilidade social e insegurança profissional, fragilizando a sociedade e o sistema de saúde.

Dados do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo<sup>36</sup> indicam que o número de processos ético-profissionais em andamento a partir de denúncias contra médicos, relacionados à má prática, erro médico ou outras infrações previstas no Código de Ética Médica aumentou 302% em dez anos, passando de 1.022 processos em 2001 para 3.089 processos em 2011. Em consequência, crescem no mercado os seguros de responsabilidade profissional e se discutem atualmente pontos como responsabilidade médica e o papel dos termos de consentimento livre e esclarecido em congressos de sociedades médicas, além de se realizarem palestras jurídicas e julgamentos simulados nesses eventos científicos.

Nessa esteira, pouco se tem divulgado a respeito da responsabilidade civil médica sobre a cirurgia de esterilização, principalmente no tocante ao insucesso da vasectomia e consequente gestação, de modo que há pouco conhecimento disponível aos operadores do direito e aos profissionais da saúde, especialmente acerca da

---

<sup>32</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria MS/GM nº 1.319, de 5 jun. 2007. Diário Oficial da União. Brasília, 6 jun. 2007, sec. 1., p.65.

<sup>33</sup> BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa ANS nº 167, de 9 jan. 2008. Diário Oficial da União. Brasília, 10 jan. 2008, sec.1, p.348.

<sup>34</sup> PORTAL DA SAÚDE. A decisão pelo planejamento familiar é do casal, mas o homem deve participar ativamente desse ato ao fazer a vasectomia. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar\\_texto.cfm?idtxt=33794&janela=1](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=33794&janela=1)>. Acesso em: 23 out. 2013.

<sup>35</sup> Pesquisa realizada pelos autores no portal DATASUS. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

<sup>36</sup> CREMESP. Ética Médica - Má prática e infrações éticas lideram o crescimento expressivo de processos. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=2574>>. Acesso em: 29 out. 2013.

natureza da obrigação ser de meios ou de resultado; sobre a responsabilidade subjetiva ou objetiva do profissional liberal, das sociedades de prestação de serviços médico-hospitalares e do Estado; sobre o cabimento e as razões para as condenações; e a respeito da valoração atribuída aos danos material e moral pelos juízes e tribunais.

Em razão disso, busca-se compreender, através desse estudo, a responsabilidade civil médica em cirurgia de esterilização masculina (vasectomia), de acordo com legislação sobre o tema, a doutrina especializada em Responsabilidade Civil e em Direito Médico e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça de São Paulo<sup>37</sup> e da Paraíba, através de uma pesquisa de natureza qualitativa, com metodologia bibliográfica e documental, exploratória e descritiva, com o objetivo de compreender os aspectos citados e contribuir para o avanço da ciência jurídica.

## **2 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Responsabilidade civil está relacionada à compensação pelo inadimplemento de uma obrigação ou da inobservância de um dever legal, visando à reparação pelo dano causado, reestabelecendo-se um equilíbrio patrimonial e/ou extrapatrimonial. De acordo com o Código Civil, em seu art. 927<sup>38</sup>, o dano decorrente de ato ilícito gera a obrigação de reparar. Comete ato ilícito, segundo os art. 186<sup>39</sup> e 187<sup>40</sup> do mesmo diploma legal, aquele que violar direito e causar dano à outra pessoa, devido qualquer ação comissiva ou omissiva por imprudência, negligência ou ato voluntário e também o titular de um direito que o exerce excedendo os limites de seu fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes.

Para que se caracterize a responsabilidade civil exige-se, como pressupostos, a conduta, o dano e o nexo de causalidade. A conduta é o ato ilícito comissivo ou

---

<sup>37</sup> O Estado de São Paulo é responsável por quase metade das vasectomias realizadas no Brasil, nos últimos 5 anos, segundo pesquisa eletrônica no Sistema de Informações Hospitalares e Ambulatoriais do SUS (SIH/SUS e SIA/SUS).

<sup>38</sup> Art. 927, Código Civil. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>39</sup> Art. 186, Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>40</sup> Art. 187, Código Civil. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

omissivo, praticado com culpa *lato sensu*, que inclui o dolo, direto ou eventual, e a culpa *strictu sensu*, em qualquer de suas modalidades: imperícia, imprudência ou negligência. O dano é representado pelo prejuízo material, moral, estético ou à imagem do ofendido. O nexo de causalidade é definido pela relação de causa e consequência do primeiro em relação ao último.

A responsabilidade subjetiva tem como fundamento o elemento culpa, devendo esta, em regra, ser provada por quem afirma um fato constitutivo do seu direito, conforme art. 333, I do Código de Processo Civil. A culpa pode ser presumida, como na inversão do ônus da prova, prevista no Código de Defesa do Consumidor, ou ainda, ter dispensada sua prova, no caso da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, nos casos especificados em lei<sup>41</sup> ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Discute-se ainda a teoria da perda de uma chance, de origem francesa, como forma de contornar a dificuldade da vítima em provar a culpa, em que se considera que uma determinada conduta pelo ofensor causou a perda da oportunidade de uma conduta diversa mais favorável ao ofendido, considerando a probabilidade ou o grau de perspectiva de que essa chance pudesse efetivamente se materializar, gerando tal situação, a obrigação de indenizar. Há ainda a teoria *res ipsa loquitur*, de origem americana, aplicável quando as circunstâncias forem evidentes por si, porém a prova for insuficiente para comprovar a culpa.

O fato gerador do dever de indenizar é o dano. É consequência da violação do princípio geral do *neminem laedere*, que significa dever genérico de abstenção. Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2007, p.79) “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”. Se não houver dano, não se pode falar em indenizar. O dano pode ser classificado, quanto à causa, em lícito ou ilícito e, conforme a natureza, o dano pode ser classificado em patrimonial (ou material), ou extrapatrimonial (moral, estético ou à imagem). O dano material atinge o patrimônio, bens susceptíveis de apreciação econômica. O dano moral (extrapatrimonial) atinge bens imateriais, direitos fundamentais, como a liberdade e direitos da personalidade, como a vida, honra, integridade física ou psíquica, etc.

---

<sup>41</sup> É o que pode ser visto, por exemplo, no art. 43, art. 927 § único, e art. 931, todos do Código Civil; e ainda no § 6º, do art. 37, da CF/88; e também no art. 12 e 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

O dano material pode ser classificado quanto à extensão em dano emergente - ou positivo -, que representa o prejuízo resultante do ato lesivo sobre a perda ou danificação do objeto sem se estender à atividade do ofendido ou sua possibilidade de gerar ganhos; e em lucros cessantes - ou dano negativo -, que é o dano representado pela potencial capacidade de gerar ganhos ou auferir vantagens, e que em razão do dano, deixa de ocorrer.

No dano moral, como o bem jurídico lesado é insusceptível de valoração pecuniária adequada e não se pode restabelecer sua condição anterior, a indenização tem um caráter de compensação, para satisfazer a vítima e dissuadir o ofensor e a sociedade. Segundo Barros Júnior (2011, p. 63), “no agravo moral, o valor a ser pago, teleologicamente, reflete o *pretium consolationis* – a compensação pessoal pelo inconveniente sofrido -, e busca minorar o mal sofrido com dinheiro e a consequente possibilidade de aquisição de prazeres da vida”. Assim, diminui-se a aflição sofrida, subtrai-se o desejo de vingança e devolve-se a dignidade.

O dano estético, outrora considerado dano moral, é o prejuízo psicológico-social à forma corporal, morfológica socialmente aceita, ainda que apenas na intimidade, sendo elemento cada vez mais relevante ao ser humano em suas relações pessoais e profissionais.

Essas espécies de danos podem, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pacificada nas súmulas 37<sup>42</sup> (danos patrimoniais e extrapatrimoniais) e 387<sup>43</sup> (dano estético e moral), serem cumuladas, pois, apesar de serem de difícil caracterização ou diferenciação, são considerados institutos autônomos. É ainda possível, em qualquer dessas modalidades de dano, verificar a existência do dano indireto ou reflexo, também chamado de ricochete, quando há reflexos patrimoniais para terceiros com dependência econômica ou quando há íntima repercussão moral para outrem.

---

<sup>42</sup> STJ Súmula nº 37 - 12/03/1992 - DJe 17.03.1992. Indenizações - Danos - Material e Moral - Mesmo Fato – Cumulação. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

<sup>43</sup> STJ Súmula nº 387 - 26/08/2009 - DJe 01.09.2009. Lícitude - Cumulação - Indenizações de Dano Estético e Dano Moral. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Pode-se conceituar responsabilidade civil médica (ou do médico) como a obrigação que tem o médico de reparar um dano causado a outrem no exercício e em decorrência de sua profissão. Seu fundamento está previsto no art. 951 do Código Civil<sup>44</sup> que estabelece que aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho está obrigado a indenizá-lo.

A doutrina<sup>45</sup> tem entendido que a responsabilidade civil médica é, fundamentalmente, de natureza contratual e que a prestação de serviços médicos é, em regra, obrigação de meios e não de resultado. Barros Júnior (2011, p. 90) assegura que: “a natureza jurídica da relação médico-paciente, de forma pacificada, é contratual, sendo extracontratual, excepcionalmente, quando, por exemplo, o médico atende o doente em estado de impossibilidade de autodeterminação ou em via pública”.

Assim, mesmo sendo um contrato singular, bastando a convergência volitiva, a responsabilidade advinda funda-se na culpa, e, portanto, inexistindo negligência, imperícia ou imprudência, não haverá responsabilidade civil, pois o médico não assume o dever de curar o paciente, mas de tratar-lhe adequadamente, utilizando-se dos meios técnicos e científicos disponíveis. Desse modo, não haveria o inadimplemento de uma obrigação caso um resultado razoavelmente não desejado viesse a ocorrer, uma vez respeitadas as normas regulares de conduta. A responsabilidade civil médica poderá ter ainda natureza delitual, tendo origem em ato ilícito penal, tipificados no Código Penal e em leis extravagantes<sup>46</sup>.

Tal espécie de responsabilidade civil é subjetiva, e assim, o ordenamento jurídico exige, necessariamente, a concorrência de três requisitos constitutivos: a conduta voluntária comissiva ou omissiva, culposa ou dolosa, com a inobservância de um dever objetivo de cuidado, o nexo causal e o dano injusto, como resultado involuntário previsto ou previsível.

---

<sup>44</sup> Art. 951, Código Civil. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

<sup>45</sup> DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil, 1979, p.281-282 apud KFOURI NETO, Miguel, 2013, p. 83.

<sup>46</sup> Exemplificativamente, temos a Lei 9.434/97, em que os arts. 14, 16 e 19 versam sobre tipos penais e penas.

Ressalva se faz necessária quando da interpretação da responsabilidade em algumas áreas do conhecimento médico, como na cirurgia plástica “embelezadora” ou estética, quando a doutrina<sup>47</sup> e a jurisprudência amplamente majoritária tem entendido que a obrigação do cirurgião plástico é de resultado e não de meios, sob a justificativa de que nestes casos não há o tratamento de uma doença, mas uma contratação de algo desejado por uma pessoa sadia<sup>48</sup>.

Melo (2013, p. 123) afirma que em relação à cirurgia plástica embelezadora não se pode dizer que a obrigação é de meios, pois “quando alguém busca os serviços de um cirurgião plástico com a finalidade de melhorar sua aparência, não irá se submeter aos riscos de uma cirurgia e ao pagamento de vultosa quantia, se não obtiver do profissional as garantias de sucesso quando ao fim colimado.” Dessa forma, o médico assumiria uma obrigação de resultado, devendo responder pelo insucesso, pois aceitara uma relação contratual se comprometendo com um determinado resultado estético pretendido e não com o intuito de curar uma doença.

Em sentido contrário, Kfoury Neto (2013, p. 200-201) entende que “difícilmente um paciente busca a cirurgia estética com absoluta leviandade e sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica. [...] E que para ele, a solução dessa imperfeição física assume um significado relevante no âmbito de sua psique”.

E nesse raciocínio, é o conceito atual de saúde, com uma conotação mais humanizada, focada no homem como ser social. Segundo Barros Júnior (2011, p.142):

O Conselho Federal de Medicina assevera que saúde não é apenas ausência de doença, mas a resultante de uma conjunção de fatores sociais como: adequadas condições de alimentação, habitação, saneamento, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, acesso e posse

---

<sup>47</sup> MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade civil por erro médico. 2 ed., p. 124.

<sup>48</sup> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (REsp 1180815 MG 2010/0025531-0, Terceira Turma STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 18/08/2010 - DJe 26/08/2010).

da terra e acesso a serviços de saúde. Esta conceituação demonstra a interface indissociável entre Ciência Médica e as Ciências Humanas.

Apesar dessas divergências, a responsabilidade civil do cirurgião plástico, considerando-se uma obrigação de resultado, continua sendo aferida mediante a verificação de culpa, não obstante haver sua presunção, podendo este desobrigar-se caso provado excludente de responsabilidade.

Em que pese se discutir a natureza jurídica da obrigação e das espécies de responsabilidade civil, a atividade médica atualmente é considerada um contrato de prestação de serviços e assim está tutelada pelas normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois se entende que o médico estabelece um contrato com um paciente em que se propõe a prestar um serviço mediante remuneração.

Vista como uma relação contratual estabelecida entre o profissional médico e o paciente, o contrato médico implicitamente contém: o dever de aconselhar quanto à doença e as opções de tratamento; o dever de advertir o paciente quanto aos riscos dos procedimentos médicos; o dever de cuidar do mesmo com zelo e diligência, utilizando os recursos técnicos e científicos da medicina; e o dever de abster-se do abuso ou do desvio do poder. O não cumprimento desse contrato se dá, em regra, por condutas comissivas ou omissivas em face de negligência, imperícia ou imprudência.

Diante disso, a atividade do médico é vista como uma exceção ao princípio das normas consumeristas da teoria do risco, pois a lei estabelece que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais deva ser apurada mediante a verificação de culpa (art.14, §4º, CDC). Entretanto, o CDC faculta ao juiz, segundo as regras ordinárias de experiências, a inversão do ônus da prova em desfavor do médico, quando for verossímil a alegação do paciente/cliente/consumidor ou quando for este hipossuficiente (art.6º, VIII, CDC). Consequentemente, poderá o médico ter o dever de provar a inexistência do defeito ou do vício, que não agiu com conduta culposa ou que o dano não foi resultado de falta dele, ou ainda de outras excludentes não previstas no CDC, como caso fortuito e força maior.

#### **4 CIRURGIA DE ESTERILIZAÇÃO MASCULINA: ASPECTOS JURÍDICOS E MÉDICOS**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o planejamento familiar emergiu como uma livre decisão do homem ou do casal. A Lei nº 9.263 de 12

de janeiro de 1996<sup>49</sup> veio regulamentar o § 7º do art. 226 da CF/88, que trata do planejamento familiar, permitindo a esterilização voluntária. Apesar do veto presidencial<sup>50</sup>, o Congresso Nacional autorizou tal modalidade de esterilização, sendo esta realizada hoje de maneira crescente e na maioria das vezes com fundamento econômico no planejamento do casal.

O Conselho Federal de Medicina através da Resolução CFM nº 1.901/2009<sup>51</sup> estabeleceu normas éticas para a esterilização cirúrgica masculina e a conceituou, em seu art. 1º, como “um conjunto de ações complexas das quais o ato médico cirúrgico de ligadura bilateral dos canais deferentes é apenas uma das etapas”, que se precede pela devida informação sobre outros métodos contraceptivos e se continua com as orientações pós-operatórias, finalizando-se com a verificação de azoospermia (ausência de espermatozóides no ejaculado) aferida através do espermograma.

A vasectomia ou cirurgia de esterilização masculina é o ato médico no qual, em um procedimento cirúrgico, se realiza a interrupção da passagem dos espermatozóides através da secção e/ou ligadura dos ductos deferentes, objetivando tornar o homem estéril. É considerado um método contraceptivo seguro, devido à baixa complexidade e morbidade do procedimento, à baixa taxa de insucesso (0,9 a 2,0%) e ínfima taxa de recanalização espontânea tardia (1:2000 homens vasectomizados).<sup>52</sup>

Na perspectiva do CFM, embasada na literatura médica<sup>53</sup> e na legislação ordinária<sup>54</sup>, o ato cirúrgico propriamente dito deve ser precedido pelo devido registro em prontuário da manifestação da vontade do paciente, após as orientações

---

<sup>49</sup> BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)>. Acesso em 30 out. 2013.

<sup>50</sup> BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Mensagem de veto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/VEP-LEI-9263-1996.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9263-1996.pdf)>. Acesso: em 07 nov. 2013.

<sup>51</sup> RESOLUÇÃO CFM nº 1901/2009 - D.O.U. de 21 de julho de 2009, Seção I, p. 96. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1901\\_2009.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1901_2009.htm)>. Acesso em: 30 out. 2013.

<sup>52</sup> BARREIRO, A O G, WAGNER, H L. Diretrizes para indicação de esterilização masculina pelo médico de família e comunidade. Disponível em:

<<http://www.sbmfc.org.br/media/file/diretrizes/vasectomia.pdf>> Acesso: em 07 nov. 2013

<sup>53</sup> YAMASAKI, Rui. Contracepção masculina. In: *Sociedade Brasileira de Urologia. Guia prático de urologia*. São Paulo: Editora Segmento, 2003, p. 153-156.

<sup>54</sup> Art. 10, § 1º, Lei 9.263/96. É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

necessárias, devendo ser respeitado ainda um intervalo mínimo de sessenta dias para realização daquele.

Por algum tempo após a cirurgia, o homem continua fértil, devido ainda haver espermatozóides nos ductos após a área de secção/ligadura e, em consequência, no esperma ejaculado. Espera-se a ocorrência da azoospermia em torno de 2 meses ou 15 a 20 ejaculações após o procedimento cirúrgico<sup>55</sup>. Durante esse período, os pacientes são orientados a utilizar outros métodos contraceptivos. Quando ocorrem falhas, estas em geral são decorrentes de inadequada interrupção/oclusão dos ductos deferentes, falta de uso ou uso irregular de outros métodos contraceptivos no período orientado, recanalização espontânea ou ainda da existência de raríssimas variações anatômicas.

A falha, apesar de ser ato médico, tem os seus reflexos jurídicos. Para o profissional médico, desde que ao paciente sejam ocasionados danos, pode haver o dever de reparação, mas para tal, é preciso que reste configurado que a conduta médica foi indispensável para a caracterização dos prejuízos ao consumidor. Nesse sentido, indiscutível ser analisado, conforme será demonstrado no próximo capítulo, se a cirurgia realizada pelo médico é uma obrigação de meio ou de resultado. Dependendo da natureza, a responsabilidade restará indubitosa ou não.

## **5 VASECTOMIA: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO?**

É inconteste que a atividade médica enseja uma obrigação contratual, e nesse contexto, o posicionamento atual da doutrina<sup>56</sup> e da jurisprudência considera o ato médico como obrigação de meio, com algumas exceções. Em algumas especialidades médicas, como na cirurgia plástica estética e na anestesiologia, prevalece o entendimento de que a obrigação do médico nesses casos é de resultado, como discutido anteriormente.

A doutrina não dispõe sobre a cirurgia esterilizadora, mas, embora deva seguir a regra geral da natureza contratual da atividade médica como obrigação de meios, seria possível esperar, pelo menos minoritariamente, algum posicionamento alinhado com a cirurgia plástica estética, pois ao passo em que se propõe realizar um procedimento em alguém sem doença física e que deseja um objetivo, o de se tornar

---

<sup>55</sup> Vide nota de rodapé nº 42

<sup>56</sup> KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico, 2013, p.84.

estéril, o médico assumiria, nessa tese, uma obrigação que se caracterizaria como de resultado e não de meios.

Por outro lado, ao se considerar o conceito amplo de saúde, e se, se observar que o indivíduo ou o casal buscam na cirurgia esterilizadora, a solução para o medo, a ansiedade e o desequilíbrio que mais um filho pode trazer consigo ao vir ao mundo, estes também deveriam ser considerados previamente não saudáveis, ao menos nas esferas psíquica e social, e assim a obrigação assumiria a característica de meios e não de resultado, visto que essas condições precedem e motivam a busca pelo ato médico.

O entendimento doutrinário da atividade médica em geral, exposto previamente, parece se reproduzir nos julgamentos de ações sobre a cirurgia de esterilização, e as sentenças e acórdãos atribuem, majoritariamente, a característica de obrigação de meios a tal atividade. Nesse sentido, o único julgado encontrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - CIRURGIA DE VASECTOMIA - SUPOSTO ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IMPRUDÊNCIA NA CONDUTA DO PROFISSIONAL - CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA STJ - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual, e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, e não de resultado.

II - Em razão disso, no caso da ineficácia porventura decorrente da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva;

III - Estando comprovado perante as instâncias ordinárias o cumprimento do dever de informação ao paciente e a ausência de negligência na conduta do profissional, a revisão de tal entendimento implicaria reexame do material fático-probatório, providência inadmissível nesta instância extraordinária (Enunciado n. 7/STJ);

IV - Recurso especial não conhecido. (STJ - 3ª Turma, REsp 1.051.674/RS, Min MASSAMI UYEDA, DJe 24/04/2009)

Porém a ausência de uma discussão ampla e específica gera, como reflexo, algumas decisões judiciais no sentido de conceituar a vasectomia como obrigação de resultado. Como se pode verificar:

Apelação Cível e Recurso Adesivo. Indenização por danos materiais e morais - Cirurgia de vasectomia - Obrigação médica de resultado - Procedimento ineficiente resultando em gravidez que se pretendia evitar - Procedência parcial da ação. Apelação interposta pelo réu - Inexistência nos autos de elementos suficientes à comprovação da devida informação ao autor dos procedimentos a serem realizados e dos riscos deles decorrentes - Responsabilidade civil caracterizada - Desprovisionamento do apelo. [...] Nega-se provimento aos recursos. (TJSP – 5ª Câmara de Direito Privado - AC nº 994.03.030653-8 - Rel. Des. Christine Santini - j. em 03.02.2010)

Posicionamento conflituoso, porém interessante pelo caráter principiológico, é o esposado em outro julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no seguinte trecho do acórdão:

A natureza tem caminhos insondáveis e que não trilham, necessariamente, os caminhos da medicina. Mesmo aparentemente sendo a vasectomia uma cirurgia de resultado (esterilização), ela pode, independente da correção de conduta do médico encarregado do procedimento, resultar em solução diversa da esperada. (Apelação nº 0002488-74.2004.8.26.0005 – São Paulo, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Miguel Brandi, j. em 12/07/2013)

Como justificativas para a caracterização de obrigação de meios, a jurisprudência anota que, na hipótese específica da vasectomia, não se pode confundir o êxito da cirurgia, que consiste apenas na ligadura dos canais deferentes, com a esterilização definitiva do paciente. Dessa forma, o sucesso da cirurgia em si decorre da perfeita atuação do médico em executar o procedimento cirúrgico e do dever de informar das etapas e dos riscos. E ainda que, não obstante ser uma das técnicas mais seguras de contracepção, a literatura médica<sup>57</sup> admite a possibilidade, embora rara, de ao longo do tempo, o próprio organismo recanalizar os ductos deferentes, restabelecendo a capacidade reprodutiva do homem, o que não pode ser considerado erro médico. Por outro lado, as fundamentações para o conceito de cirurgia de resultado são a simples ineficácia e o insucesso do procedimento cirúrgico, dado pelo resultado gravidez.

Os julgados, em sua ampla maioria, admitem, portanto, que a obrigação no exercício da medicina, nesses casos, é de meios, não importando a ausência de agravo à saúde, e dessa forma, não diferindo da natureza contratual da atividade médica em geral. Esse entendimento traz implicações na verificação da culpa, como analisado a seguir.

---

<sup>57</sup> VIEIRA, Marcelo. Vasectomia: Uma solução ou um problema? *Urologia Essencial*. v. 2., n. 1., p. 6-8. jul/set. 2012.

## **6 VASECTOMIA: PROFISSIONAL LIBERAL, EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E ESTADO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU OBJETIVA?**

A Medicina é profissão regulamentada pela Lei 12.842/13, embora já existissem normas regulamentadoras previstas na Lei 3.268/57 e no Decreto 20.931/32. O exercício da Medicina é considerado, pela doutrina<sup>58</sup> e jurisprudência, uma relação contratual de prestação de serviços e assim está sob a égide das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), porém como uma exceção à teoria do risco. O art. 14, §4º do CDC estabelece que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais deva ser apurada mediante a verificação de culpa, podendo, também, de acordo com o art. 6º, haver a inversão do ônus da prova, em que caberá ao médico provar que não agiu com a falta do dever de cuidado.

A divisão do ônus probatório funcionará diversamente do Código de Processo Civil, artigo 333, que estabelece que o ônus da prova cabe ao autor, relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Todavia, apesar de a legislação ser clara quanto à responsabilidade subjetiva do médico, e a doutrina não divergir disso, quanto à necessidade da demonstração da prova da culpa, com fundamento no art. 6º, VIII do CDC, o juiz pode, a seu critério e observadas às regras de experiência, quando for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente o consumidor-paciente, determinar a inversão do ônus da prova em desfavor do médico, assim concedendo a facilitação da defesa dos direitos daquele, estabelecendo uma espécie de culpa presumida.

Na maioria dos julgados, não há demonstração de culpa do médico, de modo que a improcedência das ações é justificada pelo caso fortuito ou força maior. Por outro lado, em que pese à existência de condenações pela simples ineficácia do método cirúrgico, ou pelo erro grosseiro, observa-se que a maioria das decisões judiciais nesse sentido está fundamentada na “inobservância do dever de informar”. Contudo, em alguns poucos julgados, utilizando-se da inversão do ônus da prova, os tribunais entendem que a falta de comprovação, pelo médico, do cumprimento do dever de informar impõe a responsabilidade de indenizar, passando a demonstração deste dever, a caracterizar fato extintivo, e não constitutivo do direito do autor.

---

<sup>58</sup> POLICASTRO, Décio. Erro médico e suas consequências jurídicas. 2013, p. 163.

É nesse sentido, que há o importante papel do termo de consentimento livre e esclarecido, como instrumento necessário a se fazer demonstrar presente uma excludente de responsabilidade. O referido termo é o documento em que há ciência expressa, dada pelo paciente, após esclarecimentos e informações recebidas, autorizando o profissional a proceder com determinado ato médico, e que se recomenda como condição prévia para a realização da cirurgia em questão, como disposto no art. 10, § 1º da lei do planejamento familiar.

Assim, diante da falta de comprovação pelo médico do termo de consentimento livre e esclarecido, e considerando que adotado o critério do homem médio, não se pode ser exigido, de pessoas que não detém conhecimento técnico e específico sobre cirurgias de esterilização, o entendimento necessário dos seus riscos, as decisões em favor dos autores são então fundamentadas, a partir da inversão do ônus da prova.

Contudo, na jurisprudência analisada, a inversão do ônus da prova não tem sido aplicada, em regra, nas ações em questão, e em geral, há a necessidade do autor em demonstrar o fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, I), descrito como omissão, negligência ou imperícia imputável ao médico. Como se pode verificar:

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE VASECTOMIA. ÔNUS DA PROVA - ART. 331, I, CPC. O MÉDICO, NA QUALIDADE DE FORNECEDOR DE SERVIÇO, SUJEITA-SE ÀS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, E A SUA RESPONSABILIDADE, POR FORÇA DE DISPOSIÇÃO LEGAL - PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 14 -, SERÁ APURADA MEDIANTE A VERIFICAÇÃO DE CULPA. - A JURISPRUDÊNCIA TEM CLASSIFICADO A CIRURGIA DE VASECTOMIA COMO OBRIGAÇÃO DE MEIO, NÃO GERANDO INDENIZAÇÃO, EVENTUAL GRAVIDEZ INDESEJADA, POR NÃO SE TRATAR DE MÉTODO ABSOLUTO, EIS QUE, ESTATISTICAMENTE, HÁ UMA POSSIBILIDADE CONSIDERÁVEL DE FALHA. - DEIXANDO OS RECORRENTES DE PRODUZIR PROVAS QUANTO AO ALEGADO ERRO NO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, VISTO TRATAR-SE DE FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO - ARTIGO 333, I, DO CPC -, DESFIGURA-SE A RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS OU MATERIAIS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL - RECURSO PROVIDO (Apelação Cível nº 355.609-4/9-00, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Oscarlino Moeller, j. 25/03/09).

Observe-se, ainda, trecho da seguinte apelação<sup>59</sup> do TJ-SP sobre ausência de demonstração do consentimento expresso:

A salutar determinação do artigo 10 da lei citada [Lei nº 9.263/96], não tem o condão de induzir, no caso de seu não cumprimento, na direta

<sup>59</sup> Apelação nº 9070996-02.2002.8.26.0000 TJSP - Voto nº 4406

responsabilidade civil dos médicos executores. A previsão é de cabimento de medidas criminais contra estes.

(...) Assim, quando se percebe que a questão está centrada na orientação dada ao paciente, no mais das vezes verbalmente pelo médico, no interior do consultório quando estão a sós, é que a inversão do ônus probatório não parece possível.

Diante do exposto, toda a informação obtida, advinda da jurisprudência analisada, é no sentido de caracterizar a responsabilidade médica em cirurgia de esterilização masculina como subjetiva, e, portanto, com necessidade de demonstração da culpa, fundamentada na legislação consumerista, na exceção relativa ao profissional liberal, sendo a inversão do ônus probatório instituto, em regra, não aplicado, porém quando presente, intrinsecamente voltado a demonstração do dever de informar, materializado por um exposto consentimento do paciente.

## 6.1 RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS

Embora se tenha falado da responsabilidade do médico, enquanto profissional liberal, pessoa física, em várias demandas judiciais, o polo passivo tem sido as clínicas médicas ou hospitais, entendendo-se terem as pessoas jurídicas responsabilidade objetiva na relação de prestação de seus serviços, embora realizados por profissionais liberais, ora vinculados às instituições.

Não podemos deixar de considerar também que, atualmente, há uma tendência dos profissionais médicos de se organizarem em sociedades, tais como empresas de prestação de serviços, clínicas ou cooperativas. Diante da teoria do risco, tais formas de organização, em tese, poderiam levar ao entendimento da responsabilidade objetiva quando se trata da atividade médica.

A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, baseada no risco da atividade, indicando o art. 14 do CDC<sup>60</sup> como a norma sustentadora de tal entendimento, embora também exista uma

<sup>60</sup> Art. 14, CDC. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido.

previsão no art. 932 do Código Civil<sup>61</sup>. E para isentar-se, precisaria demonstrar excludentes, como culpa da vítima, fato de terceiro não vinculado, caso fortuito ou força maior. Conforme a legislação citada, o hospital como empregador responde pelos danos dos seus trabalhadores no exercício da profissão, porém não se pode falar o mesmo no caso do médico, que não tem vínculo de emprego com a instituição.

Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é tarefa única e exclusiva do hospital, como hotelaria, cuidados contra infecções, fornecimento de materiais e medicamentos, etc. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita e inerente ao profissional médico, quando não for empregado, não cabe atribuir à instituição hospitalar a obrigação de indenizar.

O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial<sup>62</sup>.

Observe-se a jurisprudência do STJ a seguir, respectivamente sobre a responsabilidade do hospital em geral<sup>63</sup> e em um recurso sobre cirurgia de vasectomia<sup>64</sup>:

O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL.

I. Restando inequívoco o fato de que o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde realizado o procedimento cirúrgico, não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória. (Precedente: 2ª Seção, REsp 908359/SC, Rel. p/ acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 17/12/2008).

II. Recurso especial não conhecido.

<sup>61</sup> Art. 932, Código Civil. São também responsáveis pela reparação civil: [...]III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

<sup>62</sup> REsp 908.359/SC

<sup>63</sup> REsp 258.389/SP

<sup>64</sup> REsp 764.001/PR

(4ª Turma, REsp 764.001/PR, Rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Jr., DJe 15/03/2010).

Diante disso, é possível observar uma distinção entre atividade inerente ao hospital e o exercício da medicina pelo profissional, restando presente a responsabilidade objetiva apenas nas situações em que há vínculo de emprego entre o médico e a instituição hospitalar, respondendo esta, independente de culpa.

## 6.2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Discussão mais aprofundada merece ser feita quando o polo passivo da demanda é o Estado. O art. 37, § 6º, da Constituição Federal<sup>65</sup> e o art. 43 do Código Civil<sup>66</sup> dispõem sobre a responsabilidade objetiva da Administração e das prestadoras de serviços públicos. Referido dispositivo legal não adotou o princípio do risco integral, e sim a teoria do risco administrativo, pela qual o lesado não precisa demonstrar a culpa da Administração para obter indenização em face de ato danoso causado por seus agentes, responsabilidade estatal que pode ser proporcional ou integralmente afastada com a comprovação, pelo Poder Público, de que o dano resultou de conduta total ou parcialmente imputável ao lesado.

Ocorre que cabe a responsabilização do Estado não só pela ação, mas também pela omissão de seus agentes. Segundo Di Pietro (2011, p.643) “a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

Assim, o Estado será sempre considerado responsável quando se omitir diante do dever legal de evitar ou diminuir a ocorrência do dano quando esse for previsível, ou seja, sempre quando o comportamento do órgão estatal ficar abaixo do padrão normal que se deva exigir, configurando ato ilícito a omissão do dever de agir.

Entretanto, pela teoria do risco administrativo, visto que não foi adotado a teoria do risco integral, embora a demonstração da culpa seja irrelevante, permite-se que o Estado possa demonstrar excludentes, como culpa da vítima, caso fortuito ou força

---

<sup>65</sup> Art. 37, §6º, CF. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

<sup>66</sup> Art. 43, Código Civil. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

maior. Observa-se a expressão do risco administrativo, como se observa no acordão abaixo:

**EMENTA - RESPONSABILIDADE CIVIL**

Diadema. Programa do Comitê de Planejamento Familiar. Vasectomia. Pós-operatório. Recomendações. Inobservância. Gravidez. Danos morais. Indenização. Impossibilidade: Não há responsabilidade do Estado quando o evento danoso gravidez decorre da inobservância das vítimas às recomendações médicas para o pós-operatório da vasectomia. (TJSP - Apelação nº 0196123-30.2007.8.26.0000 - Rel Des. Teresa Ramos Marques, j. 19.12.11)

Nesse sentido, havendo as excludentes de culpa, mitiga-se a responsabilidade objetiva do Estado, excluindo ou minorando o dever de indenizar. É nesse raciocínio, com a demonstração de excludentes, que se apresenta a ampla maioria dos recursos analisados, considerando ainda que o Estado é o polo passivo, isoladamente ou em litisconsórcio, em uma proporção considerável das demandas judiciais.

**7 “ERRO MÉDICO” EM CIRURGIA ESTERILIZADORA: CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO E RAZÕES DA CONDENAÇÃO**

Algumas das sentenças procedentes em condenar o médico à reparação por danos materiais e morais se fundamentam pelo “erros grosseiros”, quando se faz a vasectomia querendo ter feito cirurgia diversa, ou pela ausência dos devidos cuidados técnicos necessários ao planejamento familiar como um todo, como na ausência da solicitação e análise do espermograma após a cirurgia, caracterizando a negligência médica, como se pode verificar:

**EMENTA: INDENIZAÇÃO - AUTOR QUE SE SUBMETE À VASECTOMIA, VINDO A ENGRAVIDAR A ESPOSA ALGUNS MESES DEPOIS DA CIRURGIA — MÉDICO QUE NÃO PRESTOU AS DEVIDAS E COMPLETAS INFORMAÇÕES AO PACIENTE, NEM MESMO REQUEREU A REALIZAÇÃO DE ESPERMOGRAMA, DEPOIS DE 90 DIAS DA CIRURGIA, A FIM DE ATESTAR O SUCESSO DO PROCEDIMENTO - NEGLIGÊNCIA PATENTE — DEVER DE INDENIZAR O FILHO MENOR DO AUTOR NASCIDO DA INDESEJADA GRAVIDEZ IMPOSTO SOLIDARIAMENTE AOS RÉUS - DANO MORAL CONFIGURADO — RECURSOS DO AUTOR E DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDOS, IMPROVIDO O DA SANTA CASA. (APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 494.864-4/6-00 TJSP - 5ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Mathias Coltro, j. em 18.11.09)**

Contudo, boa parte das condenações justifica o “erro médico” pela informação insuficiente em relação aos riscos, segurança e eficiência do procedimento cirúrgico,

fundamentada na falha da prestação adequada do serviço, pertinente à legislação consumerista. Diante da responsabilidade subjetiva atribuída, há que se provar a culpa. Nesse contexto, a maioria das condenações aos médicos em tais procedimentos é fundamentada não no suposto erro técnico, em regra não existente, mas sim na falha da prestação do serviço, considerando-se as obrigações implícitas do contrato entre o médico e o cliente/paciente/consumidor.

A principal se baseia no dever de informar e na ausência do consentimento livre e esclarecido, conforme art. 10, § 1º da Lei 9263/96. A falha encontrada reside no fato de não informar a precisão quanto à eficácia da esterilização e ao índice de falha inerente ao método contraceptivo e na ausência de comprovação do registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado. Dessa forma, se caracteriza o ato ilícito pela conduta omissiva, mediado pela culpa na modalidade negligência e assim um dos pressupostos da responsabilidade civil.

Oportuna também é a lição de Sérgio Cavalieri Filho (2007, p 400), que ressalta ser ônus do prestador dos serviços comprovar o cumprimento desse dever de informar:

[...] embora médicos e hospitais, em princípio, não respondam pelos riscos inerentes da atividade que exercem, podem eventualmente responder se deixarem de informar aos pacientes as consequências possíveis do tratamento a que serão submetidos. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar caberá sempre ao médico ou hospital.

Contudo, como já exposto, na maioria dos julgados encontrados, cabe à parte autora a demonstração da culpa, nos termos do art. 333, I, do CPC. Porém é muito salutar a materialização do dever de informar também na forma do consentimento livre e esclarecido.

No que se refere à caracterização do dano, outro requisito essencial do dever de indenizar, a doutrina e a jurisprudência tem posicionamentos diversos. Na esfera patrimonial, considera-se dano material o valor pecuniário que se considera capaz e necessário para assegurar condições mínimas de sustento do filho não planejado. Ou ainda as despesas necessárias para pré-natal, parto, etc.

Quanto aos danos morais, esses seriam decorrentes do sofrimento pela frustração do planejamento familiar, pela angústia da mulher não apresentar condições de saúde plenamente satisfatórias para uma gestação e pelo

constrangimento social sofrido pelo pai diante das dúvidas de familiares, amigos e conhecidos quanto à fidelidade da esposa. O cabimento da indenização não se justifica, para uns, pelo nascimento de um filho. O que enseja o dano moral é a modificação na previsão de vida do casal.

Nesse sentido muito bem assentou o Eminentíssimo Desembargador Antônio Vilenilson, no julgamento da Apelação Cível nº 994.03.053626-5 da 9ª Câmara de Direito Privado, dizendo:

Claro que o nascimento de um filho é uma alegria imensa. Não se discute o encanto da vida e do nascimento. Nem se duvida que entre pais e filhos surgirá afeto, como é certo que hoje existe amor entre a autora e filho. O final feliz não enlanguesce, todavia, antes o realça, o drama da decepção e da frustração no planejamento e na constituição da família, não elimina o susto e aflição causados pela gravidez que a mulher queria evitar (...), não faz esquecer a angústia pela insegurança sobre o futuro, pela impossibilidade de sustentar com dignidade uma criança, cujo nascimento estava fora dos planos.

Por outro lado, na visão de outros, dano moral é inconcebível, como verificado na declaração de voto vencedor, nas palavras do Desembargador Alexandre Germano, no julgamento da Apelação Cível nº 94.019-4/4, também do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Por fim, é estranho, senão doloroso, um pedido de indenização 'por dano moral', à vista do nascimento de uma filha. Se é verdade que, em tese, poderia o autor invocar dissabores familiares e sociais em face do ocorrido (ou seja, o frustrado resultado da vasectomia), não se pode desconhecer que 'o fim da lei é sempre um valor' (Miguel Reale); sobre os demais, sobreleva o valor da vida humana, como aliás expresso na Constituição Federal, que assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, a segurança e à propriedade (art. 5º, "caput"). Se a vida é o primeiro dos direitos inscritos em nosso ordenamento jurídico, deve prevalecer acima de qualquer outro direito ou valor, nenhum se lhe comparando em grandeza e expressão; todos os demais direitos lhe são subordinados. Falar em "dano moral" pelo nascimento de uma filha soa como afronta ao que de mais sagrado pode inspirar o ser humano; nem precisaria que a Constituição o proclamasse, porque o direito à vida está inscrito no próprio coração do homem.

Ou ainda, essa jurisprudência, emprestada de julgado sobre esterilização feminina, por analogia, que enfatiza a necessidade do efeito lesivo durável como pressuposto para ensejar reparação moral:

Dano moral pelo nascimento do filho parece não haver. A dor, a aflição, a tristeza experimentada não pode ser superior à alegria, à felicidade do

nascimento de um filho. Se assim não se entender não se pode reconhecer qualidade de pai ao ascendente biológico. Mais que isso, reconhecer tristeza dos pais na vinda do filho é garantir a este dano moral contra aqueles por desrespeito ao dever de assistência que os primeiros devem ao segundo. Nem toda dor é danosa, justificadora de reparação. A dor que sofre um pai com a criação do filho é antes regozijo. Já se disse que ser mãe é andar chorando num sorriso/ser mãe é ter um mundo e não ter nada/ser mãe é padecer no paraíso (Henrique Maximiliano Coelho Neto).

Não se duvida da dor de ser mãe. Mas ela é compensada, e com sobras, pela vinda do filho que, por isso, não pode ser motivo para justificar dor moral. O sofrimento do torcedor durante o jogo de seu clube é compensado quando da vitória. A dor de curta duração, especialmente quando antecedente de alegria que a suplanta em intensidade, não tem preço. Por isso a necessidade, para efeitos indenizatórios, do efeito lesivo durável. Não se há de restituir a alegria pela dor sofrida pela autora se esta já se faz presente, ou ao menos é natural que isso tenha ocorrido. E também não se justifica conceder ao segundo autor dano moral pelo fato de haver nascido. (voto 13748. Des. GAMA PELLEGRINI. Apelação com Revisão nº 790.325.5/9-00 Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Des. Rel. Laerte Sampaio, j. em 15/07/2008)

Percebe-se que o próprio conceito de dano, principalmente o moral, na falha da cirurgia esterilizadora é controverso e heterogêneo. Dano moral pode ser a simples existência do filho não desejado, ou apenas o sofrimento ensejado ou todo o caminho de dúvidas e incertezas advindas da gestação não planejada, levando-se ou não em consideração a duração do dano como pressuposto para reparação.

## 8 VALORAÇÃO DO DANO

Conforme expresso no art. 944 do Código Civil<sup>67</sup>, a indenização mede-se pela extensão do dano. Contudo, estabelecer um quantum de valoração ao dano não é tarefa fácil. Mais difícil ainda em se tratando de vida humana.

Dano material, nessas ações, quando julgadas procedentes, o são no sentido de indenizar os autores em valores, a título de pensão mensal, com intenção de prover necessidades básicas de sobrevivência, em regra no valor de 1 (um) salário-mínimo, ou fração desse, até maioridade, a semelhança de pensão alimentícia.

O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ sob a ótica de atender uma dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida. De um lado a indenização não pode ser ínfima, de modo a

---

<sup>67</sup> Art. 944, Código Civil. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

servir de humilhação à vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa.

Para a adequada definição do valor a ser indenizado, leva-se em consideração: aspectos da vítima, como o tipo de ocorrência, a repercussão sobre a pessoa e sua família, as circunstâncias, gravidade e amplitude do fato e as consequências psicológicas, extensão e efeitos duráveis do dano; e aspectos do ofensor, como a gravidade da conduta ofensiva, a desconsideração de sentimentos humanos, sua condição econômica e o desestímulo a não reiteração. Esses critérios devem observados respeitando-se os princípios da razoabilidade, equidade e proporcionalidade.

Importante destacar recente enunciado aprovado na VI Jornada de Direito Civil, realizada neste ano de 2013 pelo Conselho da Justiça Federal: “ENUNCIADO 550 – A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos<sup>68</sup>”.

Conquanto a valoração do dano material possa ser resultado de simples expressão matemática, nos danos morais, conforme enunciado, a quantificação da reparação do dano extrapatrimonial deve ser analisada de acordo com o caso concreto. Esse entendimento é discordante daquilo que foi veiculado como posicionamento adotado pelo STJ em 2009, quando buscou parâmetros para uniformizar os valores dos danos morais com base em jurisprudências e fixou alguns valores, por exemplo, para os casos de morte de filho no parto (250 salários mínimos) e paraplegia (600 salários mínimos)<sup>69</sup>.

Se por um lado, a falta de critério pode, na visão de uns, fomentar a indústria do dano moral, por outro, a indenização não pode representar um bilhete premiado e significar insegurança jurídica.

Quanto ao dano moral em responsabilidade civil médica, “provavelmente no ordenamento jurídico não existe hipótese em que a margem de discricção do juiz seja tão ampla quanto na mensuração dos danos extrapatrimoniais” (BARROS JÚNIOR, 2011, p. 171).

---

<sup>68</sup> Enunciados Aprovados na VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em 27 out. 2013.

<sup>69</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais.

Disponível

em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679)>.

Acesso em: 27 out. 2013.

Em ações sobre responsabilidade civil em cirurgias de esterilização masculina, é possível encontrar uma heterogeneidade significativa no quantum de valoração do dano material, com quantias variando de 10 a 100 salários mínimos, nos julgados pesquisados.

## **9 CONCLUSÃO**

Há muito pouco sobre o tema disponível na doutrina e jurisprudência. Dentre a doutrina consultada, não há um capítulo sequer que trate do tema. Na jurisprudência, é possível concluir que os magistrados aplicam no julgamento de ações sobre responsabilidade em cirurgia de esterilização masculina, os conceitos e princípios da responsabilidade civil médica em geral.

Nesse sentido, a vasectomia é, em regra, considerada uma obrigação de natureza contratual de meios, em que atinge o adimplemento pela efetividade da cirurgia, considerando-se a adequada prestação do serviço médico de acordo com as recomendações técnicas e éticas disponíveis, idealmente obtendo-se azoospermia como resultado a ser encontrado no espermograma, além do dever de informar ao paciente sobre todos os riscos, eficácia e falhas do procedimento.

A responsabilidade civil médica, em cirurgia esterilizadora masculina, é considerada pela jurisprudência, em regra, como subjetiva, ou seja, fundada na culpa, alinhada com a legislação sobre responsabilidade do profissional liberal, como exceção à regra consumerista da teoria do risco. A inversão do ônus da prova não tem sido aplicada pelos tribunais, de modo que a necessidade de demonstração da culpa não tem sido mitigada.

Observa-se a frequente presença das pessoas jurídicas de direito privado e de direito público no polo passivo de demandas dessa natureza, porém os julgados tem formado entendimento no sentido de diferenciar as obrigações relativas aos hospitais daquelas relativas ao exercício da medicina. Assim, a responsabilidade objetiva das clínicas e hospitais privados, baseada na teoria do risco, bem como dos hospitais públicos, fundada no risco administrativo, tem sido afastada, mantendo-se a necessidade do pressuposto culpa para a concessão de reparação civil.

A grande maioria dos recursos encontrados na jurisprudência pesquisada conclui pela não condenação do médico ou dos hospitais, porém as condenações, quando ocorrem, estão fundadas na falha do dever de informar, elemento implícito do

contrato médico. Boa parte das sentenças condenatórias são reformadas, por ocasião do julgamento de recursos de apelação.

Quanto à valoração do dano, as sentenças condenam médicos em danos materiais, em regra, em valores a título de pensão necessária à subsistência da criança até sua maioridade. Quando procedentes as reparações em danos morais, estes são tarifados de modo heterogêneo, em valores discrepantes, por vezes, não atendendo ao princípio da proporcionalidade.

A pouca informação disponível na doutrina especializada, faz da jurisprudência fonte considerável na análise da responsabilidade civil médica em cirurgia de esterilização masculina, significando que há necessidade de futuros estudos sobre o tema, com a finalidade de esclarecer conceitos sobre a questão, que possam ser utilizados como instrumentos da ciência jurídica.

## REFERÊNCIAS

BARREIRO, A O G, WAGNER, H L. *Diretrizes para indicação de esterilização masculina pelo médico de família e comunidade*. Disponível em: <<http://www.sbmfc.org.br/media/file/diretrizes/vasectomia.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2013.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 23 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. *Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)>. Acesso em: 25 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 23 out. 2013.

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

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1901/2009. *Estabelece normas éticas para a esterilização cirúrgica masculina*. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1901\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1901_2009.htm)>. Acesso em: 27 out. 2013.

CROCE, Delton. *Erro médico e o direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil*. v. 7. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – responsabilidade civil*. v. IV. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

STOCO, Rio. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, tomo I. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade civil*. v. 4. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA, Marcelo. *Vasectomia: Uma solução ou um problema?* Urologia Essencial. v. 2., n. 1., p. 6-8. jul/set. 2012.

YAMASAKI, Rui. *Contracepção masculina*. In: *Sociedade Brasileira de Urologia*. Guia prático de urologia. São Paulo: Editora Segmento, 2003.

## CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS A LUZ DA JURIDICIDADE

### JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTS THE LIGHT OF DISCRETIONARY LEGALITY

JOÃO VICENTE OLIVEIRA DE AZEVÊDO FILHO\*  
LUCIANA VILLAR DE ASSIS\*\*

#### RESUMO

Diante do fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, o princípio da legalidade restou significativamente ampliado, de modo que a sua feição inicial de mera subsunção dos atos administrativos a literalidade das regras jurídicas foi devidamente abandonada, no intuito de abarcar certos valores, os chamados princípios, na tentativa de impor limites à atuação da Administração Pública. Com isso, a realidade dos atos administrativos discricionários, praticados pelos agentes públicos, que outrora eram insindicáveis pelo Poder Judiciário, passou a justificar um efetivo controle, *a posteriori*, por parte de tal Poder, tendo em vista esses novos parâmetros, a exemplo da moralidade e razoabilidade. Nesse sentido, o presente artigo tem como tema o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários a luz da juridicidade, cujo objetivo é afirmar a possibilidade do controle. Para se chegar a tal enfoque, foram explanados: os elementos do ato administrativo; o conceito de ato vinculado e ato discricionário; a constitucionalização do Direito Administrativo e os princípios dela decorrentes; findando com um tópico dedicado ao tema e suas considerações finais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Atos Discricionários. Controle Jurisdicional.

#### ABSTRACT

Given the phenomenon of constitutionalization of Administrative Law, the principle of legality remains significantly expanded, so that its characteristic initial mere subsumption of administrative acts literalness of legal rules was duly abandoned in order to encompass certain values, called principles in an attempt to impose limits on the performance of public administration. With this, the reality of discretionary administrative acts, committed by public officials that were once insindicáveis by the judiciary, has to justify an effective control, *a posteriori*, by such a power, in light of these new parameters, the example of morality and reasonableness. Accordingly, this article focuses on the judicial review of administrative acts discretionary light of legality, whose purpose is to affirm the possibility of control. To achieve this focus, have been described: the elements of the administrative act, the concept of act bound and discretionary act, the constitutionalization of Administrative Law and the principles

---

\*Bacharel em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba - FESP. E-mail: joaovoaf@gmail.com

\*\*Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professora das Disciplinas Direito Administrativo I e II e Direito Econômico da FESP. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça da Paraíba. e-mail: lvillar@ibest.com.br.

arising therefrom; coming to a close with a thread dedicated to the subject and his concluding remarks.

KEYWORDS: Administrative Law. Discretionary Acts. Jurisdicional Control.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento do pós-positivismo jurídico, o Estado brasileiro passou a criar mecanismos que possibilitassem uma melhor atuação administrativa, sem se confundir com arbitrariedades que poderiam ser cometidas. Assim, foram conferidas margens de liberdade aos agentes públicos, a fim de viabilizar a estes a produção de atos administrativos com a maior proximidade possível da realidade que os cercavam, o que redundou numa certa flexibilidade do rigor exacerbado da lei, o qual tinha seu fundamento mais coadunado com o positivismo de Hans Kelsen (KELSEN, 2003).

Nesse sentido, tal ocorreu em virtude da responsabilidade do Estado de proporcionar a devida concretização dos direitos fundamentais pertencentes ao homem, bem como em preferir a justiça ao invés de prestigiar a mera literalidade de um dispositivo legal, não raras vezes, mal elaborado. Não obstante, foi preciso conter as atitudes desvinculadas da ética, da boa-fé, da probidade na administração da *res publicae* (coisa pública).

Por outro lado, com a contribuição dada pela teoria da tripartição de Poderes, trazida a lume por Aristóteles e sistematizada por Montesquieu, o Estado passou a ser dividido em três funções primordiais, tidas como imprescindíveis ao desenvolvimento de um Estado de Direito (OLIVEIRA, 2007). Já que tal sistema, em suma, é traduzido na ideia de respeito aos mandamentos legais, tanto por parte do povo, quanto da própria sociedade politicamente organizada que os concebeu, a preocupação em resguardar o benefício geral em detrimento de interesses particulares foi ganhando espaço nos períodos de democracia e, sobretudo, no estágio atual em decorrência da redemocratização do Brasil com o advento da Constituição Federal promulgada em cinco de outubro 1988.

Destarte, necessário se mostrou a importância crucial de um verdadeiro controle a ser realizado por cada Poder estatal em face dos demais, na tentativa de frear os impulsos a cometer imoralidades. Nesse diapasão, a teoria dos pesos e contrapesos (BONAVIDES, 2003) idealizada por Montesquieu e desenvolvida na Inglaterra por Bolingbroke, no século XVIII, assevera que cada Poder do Estado

possui a sua própria atribuição, mas que, quando for necessário conter o arbítrio das ações dos demais poderes, o Judiciário, por exemplo, pode exercer um papel de extrema relevância, buscando apontar os vícios de ilegalidade nos atos formais praticados pela Administração Pública em geral.

Desse modo, a presente pesquisa pretende realizar uma abordagem jurídica acerca do controle por parte do Judiciário no que tange aos atos administrativos produzidos pela Administração Pública, com foco nos atos discricionários, em respeito à juridicidade.

Foi utilizada como teoria de base a supramencionada teoria dos freios e contrapesos, de modo a servir de parâmetro na busca pelo aprofundamento necessário ao reconhecimento do referido controle, bem assim do seu alcance. O tema em destaque foi tratado de maneira a tornar viável a verificação dos parâmetros que o Judiciário poderá se valer a fim de efetivar, quando provocado, o controle sobre os atos administrativos. Foi feita uma explanação teórica partindo de estudos realizados por doutrinadores no assunto, bem como a referência a alguns julgados que mais se aproximam com os pontos relacionados à matéria objeto de pesquisa.

Nesse contexto, diante da limitação da atuação dos poderes do Estado, em virtude do princípio da separação de funções retro mencionado, bem como da independência harmônica que deve preponderar entre os mesmos, surge o seguinte questionamento: sob que perspectiva se concebe a atividade de controle de legalidade dos atos administrativos discricionários pelo Judiciário brasileiro, na contemporaneidade?

Hodiernamente, para que haja um efetivo controle de legalidade dos atos administrativos praticados pela Administração Pública, é preciso investigar em especial os parâmetros delimitadores da atuação do Poder Público, os quais são fornecidos pela própria Carta Republicana de 1988.

O objetivo geral desta pesquisa é demonstrar que o Poder Judiciário pode exercer o controle de legalidade dos atos discricionários praticados pela Administração Pública, valendo-se de novos paradigmas que regem tal estrutura do Estado. Ademais, a hipótese eleita para o referido trabalho é a possibilidade de controle dos atos administrativos discricionários pelo Judiciário, em consonância com a juridicidade.

No que atine à metodologia utilizada, foram feitos estudos a partir da pesquisa bibliográfica, tendo em conta apresentar-se mais adequada ao desenvolvimento do tema.

Por fim, é de se destacar que o método dedutivo foi eleito para viabilizar uma compreensão bastante clara e objetiva do tema sugerido.

## 2 ATOS ADMINISTRATIVOS

Para alcançar seus objetivos institucionais, sobretudo os que se relacionam com a concretização de direitos fundamentais, de titularidade do povo, o Estado confere a seus agentes públicos determinadas atribuições, cuja realização se exterioriza por meio de instrumentos aptos a veicular, ao menos em tese, a vontade estatal.

Sendo assim, partindo da premissa de que o exercício da função administrativa tem que estar balizado pelo princípio da legalidade, não se pode conceber o ato administrativo senão como a declaração emanada do Estado (*lato senso*), externada por meio de seus agentes, no intuito de produzir “efeitos jurídicos imediatos”, como ensina Di Pietro (2010, p. 196), que se proponham, em última análise, a satisfazer o interesse público. Vale transcrever a definição trazida por Di Pietro (2010, p. 196) a respeito do assunto: “Ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Salienta-se que, quando a jurista fala em “com observância da lei”, chega-se ao encontro do princípio da legalidade estrita<sup>70</sup>, mandamento de suma importância, o qual dispõe que a Administração Pública, diferente do particular, só pode fazer aquilo que a lei lhe impõe, tendo como o seu principal fundamento o *caput* do artigo 37 da Lei Maior, cuja previsão inaugura o capítulo VII, intitulado “Da Administração Pública”.

Assim, é oportuno frisar que, por estar contido em compartimento específico da Lei Maior, o princípio da legalidade que ora se evidencia, destina-se a regular a conduta dos agentes públicos, tanto da Administração Pública direta como da Administração indireta, os quais só podem praticar atos administrativos (ou quaisquer

---

<sup>70</sup> Fazendo distinção entre o princípio geral da liberdade e o pórtico da legalidade, Mello assevera que: “[...] Logo, a relação existente entre um indivíduo e a lei, é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção.” (MELLO, 2012, p. 13)

outros comportamentos) que tenham sido objeto de determinação legal (exercício do poder vinculado), ou se estiverem autorizados por disposição legal (exercício do poder discricionário) como pensa Alexandrino e Paulo (2013, p.188), caso contrário estarão violando preceito fundamental do Estado Democrático de Direito. Já o princípio da legalidade que se dirige aos administrados, tem sua previsão no artigo 5º, inciso II, da mesma Carta da República, traduzindo-se na ideia de liberdade para fazer tudo aquilo que não esteja proibido em lei.

Por outro lado, a fim de se compreender o objeto de estudo do presente artigo, faz-se necessário tecer breves considerações acerca das definições que envolvem o tema, dentro do Direito Administrativo. Nesse contexto, aspectos como os elementos (ou requisitos) do ato administrativo, ato administrativo discricionário e ato administrativo vinculado, constituem pontos imprescindíveis para uma análise acurada no entorno do tema proposto.

## 2.1 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Há previsão expressa na Lei que disciplina a Ação Popular, de nº 4.717/1965, dos pressupostos de validade para a prática de qualquer ato administrativo. Nesse enfoque, reza o artigo 2º de tal diploma ordinário: “São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) **incompetência**, b) vício de **forma**; c) ilegalidade do **objeto**; d) inexistência dos **motivos**; e) desvio de **finalidade**” (BRASIL, 1965, grifo nosso).

A contrário sensu, o rol supracitado descreve os cinco elementos indispensáveis para que o ato administrativo possa ser praticado validamente, embora eventualmente possa não ser eficaz.

Leciona Oliveira sobre o assunto:

Quando o ato é emanado por sujeito competente, possui formalidade prevista na lei, incide esta sobre objeto possível, possui motivos que estão adequados ao conteúdo e dirige-se à finalidade prevista no ordenamento, temos o ato válido (OLIVEIRA, 2007. p. 110).

No mesmo conduto de exposição, o parágrafo único do aludido dispositivo assevera a consequência do não atendimento de qualquer dos elementos, a saber:

Parágrafo único. Para a conceituação dos **casos de nulidade** observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a **incompetência** fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o **vício de forma** consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a **ilegalidade do objeto** ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a **inexistência dos motivos** se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o **desvio de finalidade** se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (grifo nosso).

Ora, como se pode notar, o legislador ordinário fez questão de descrever, abstrata e genericamente, as hipóteses que ensejam a invalidação do ato administrativo, o qual, se assim restar configurado, deve ser levado oportunamente à apreciação Judicial, sobretudo em respeito ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, cuja previsão encontra guarida no inciso XXXV do artigo 5º da *Lex Mater*.

### 2.1.1 Competência

Com arrimo nos ensinamentos da doutrina especializada, é possível definir o primeiro elemento, qual seja a competência, como a esfera de atuação dentro da qual a Administração Pública confere ao agente determinadas atribuições a fim de que possam ser exercidas com eficiência no seu mister diário.

Para Meirelles (2006, p. 151), o elemento competência é visto como o primeiro requisito para a validade do ato e, na visão do autor quer dizer: “O poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções”.

A competência, ou também conhecida como sujeito, constitui um dos requisitos do ato administrativo que não permite ao administrador público fazer qualquer juízo de valor quanto à sua atribuição, porquanto está preestabelecido em lei o que será realizado por cada agente público.

Nessa linha de raciocínio, qualquer ato administrativo que for praticado além dos limites preestabelecidos na regra de competência, pode configurar um verdadeiro excesso de poder, o qual, segundo Carvalho Filho, constitui uma das manifestações do abuso de poder.

Vale transcrever as palavras do autor:

A conduta abusiva dos administradores pode decorrer de duas causas: **o agente atua fora dos limites de sua competência**; e o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo. **No primeiro caso, diz-se que o agente atuou com ‘excesso de poder’** e no segundo, com ‘desvio de poder’ (CARVALHO FILHO, 2010, p. 51, grifo nosso).

Pelo ensinamento magistral do autor, se reconhecem duas figuras que podem materializar o abuso de poder, uma das quais, que interessa ao elemento “competência”, consiste no “excesso de poder”, que se refere à competência do agente, quando exercida além dos limites previstos na regra que a comporta. A outra será abordada no tópico relacionado ao elemento “finalidade”.

### 2.1.2 Objeto

No tocante ao objeto, este significa o efeito jurídico imediato que o ato foi capaz de produzir, ou seja, o resultado prático que se buscava alcançar com a manifestação formal de vontade. Procurando esclarecer tal definição, Ferreira propõe o seguinte questionamento: “para que serve o ato”? (FERREIRA, 1985, *apud* CARVALHO FILHO, 2010, p. 119).

A título de exemplo, no caso da autorização para o porte legal de arma de fogo, o objeto é autorizar o indivíduo a utilizar dita arma; no ato de permissão de uso de bem público, o objeto ou também chamado conteúdo, é a outorga de uso. Já na situação que envolve o concurso público, o objeto é possibilitar o ingresso de outras pessoas no serviço público, no intuito de preencher as vagas existentes; e, por fim, na licitação, em especial na modalidade pregão, o objeto é obter a compra de materiais para a Administração Pública pelo meio menos oneroso, porém acompanhado de certa qualidade.

### 2.1.3 Forma

A forma, tomando por base os ensinamentos dos doutrinadores, consiste no revestimento pelo qual o ato administrativo se apresenta para o Direito. Nas lições de Carvalho Filho (2010, p. 121), a forma, em última análise, denota o meio através do qual um ato volitivo se expressa.

Vale ressaltar que, consoante assevera a doutrina majoritária, o ato administrativo, via de regra, deve adotar a forma escrita, conquanto existam casos em que a Administração manifesta a sua vontade por outros meios. A guisa de exemplo, o mesmo autor aponta os gestos de um guarda de trânsito, ou ainda os sinais de um semáforo (CARVALHO FILHO, 2010).

#### **2.1.4 Motivo**

Na percepção da doutrina moderna, o motivo é a junção dos pressupostos de fato e de direito que permite a manifestação de vontade da Administração Pública, mediante a prática do ato administrativo.

Ao falar em motivo do ato, Mello (2008, p. 391) assevera que: “É o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato”. Referido autor aduz que, a situação fática pode ou não estar prevista na lei, ou seja, como pressuposto de fato não necessariamente estará previsto em lei, o que traz à tona a existência de motivo vinculado e motivo discricionário para a prática dos atos administrativos.

Aponta-se a distinção entre motivo e motivação do ato, cujas terminologias podem provocar confusões indevidas quanto ao sentido. Assim, enquanto a motivação se traduz na declaração por escrito das razões que ensejam a prática do ato administrativo, aquele consiste nas próprias razões, tanto fáticas como jurídicas, que foram objeto de declaração por parte da autoridade administrativa.

Vale frisar, pela relevância para o presente estudo, as palavras de Paulo e Alexandrino a respeito da relação entre atos discricionários e a motivação:

Os atos administrativos discricionários, podem, ou não, ser motivados por escrito, mas a doutrina enfatiza que a regra é a obrigatoriedade de motivação, como decorrência dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade e do amplo acesso ao Poder Judiciário, dentre outros (PAULO; ALEXANDRINO, 2013, p. 491).

Neste cerne a motivação, via de regra, é obrigatória para os atos vinculados, e, apesar de excepcionalmente não ser também para os atos administrativos discricionários, a partir do momento em que se declara determinada situação como ensejadora da prática do ato, o agente que a declarou fica vinculado às razões expostas e, por conseguinte, sujeito a eventuais cotejos que se possam fazer entre a

descrição feita e a realidade concreta. É o que preconiza a teoria dos motivos determinantes<sup>71</sup>, estabelecendo que se o administrador público manifestou expressamente a motivação que o conduziu à prática do ato administrativo, uma vez elencando-a, não poderá mais se desprender dela, haja vista que os motivos de fato e de direito que ela veiculou, passam a fazer parte do ato.

Se concebe imprescindível uma análise acurada do órgão julgador que, ao realizar um juízo de confrontação entre a enunciação fática e a situação real, caso se convença, pela análise probatória, de que inexistiu a ocorrência do fato descrito, ou de que este não se coaduna com a situação ocorrida, declarará a nulidade do ato. Leciona, a propósito, Di Pietro (2010, p. 748) que: “Não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário”.

Como se pode inferir, não é dada, em regra, ao Poder Judiciário, a prerrogativa de adentrar na esfera de liberdade, que é de titularidade do administrador público, conquanto, se este eleger determinadas situações como idôneas a ensejar a prática de certo ato administrativo, deve-se autorizar o exame legítimo pelo órgão julgador da ocorrência fática e sua confrontação com a motivação do ato, em observância ao princípio da inafastabilidade do controle judicial.

### 2.1.5 Finalidade

Por derradeiro urge, outrossim, a presença do elemento teleológico, qual seja, a finalidade do ato, que, conforme preconiza a doutrina sobre o assunto, significa a busca direcionada ao interesse público, o que representa o fim mediato a ser atingido.

Ao falar em finalidade do ato administrativo, Di Pietro, ensina que tal elemento pode ser concebido em dois ângulos distintos, a saber:

---

<sup>71</sup> Para esclarecimento do tema, é oportuno consignar a ementa do **HC 141925**: “HABEAS CORPUS. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, DETERMINANDO A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL EM RAZÃO DE SUA CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DO FUNDAMENTO. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES, SEGUNDO A QUAL A VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, AINDA QUE DISCRICIONÁRIO, VINCULA-SE AOS MOTIVOS APRESENTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. INVALIDADE DA PORTARIA. ORDEM CONCEDIDA. (STJ, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 14/04/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)”. (BRASIL, 2013, grifo nosso)

Em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter finalidade pública; Em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei (DI PIETRO, 2010. p. 209-210).

Assim, no dizer da autora, a teleologia (*lato sensu*) do ato deve se voltar necessariamente ao interesse público, nele compreendendo-se tudo aquilo que possa satisfazer as necessidades de toda a coletividade, sem que haja predominância de qualquer categoria de interesse. Já no sentido estrito, a finalidade constitui um *plus* à perspectiva da busca do interesse geral, já que cuida de salientar o aspecto delimitador da peculiaridade de cada ato.

Por outro prisma, para se alcançar a finalidade do ato, é imperioso hodiernamente que o agente público observe não apenas a legalidade estrita, mas, sobretudo os princípios constitucionais que passaram a constituir a noção de legalidade ampla.

Na defesa da finalidade legal, importou-se da França, juntamente com a teoria dos motivos determinantes, a chamada teoria do desvio de poder, cuja noção elementar traduz-se na seguinte ideia: uma vez que o agente público pratica determinado ato administrativo na pretensão de atingir escopo diverso do almejado pela lei, torna-se viável e legítimo o controle pelo Poder Judiciário, vez que a este é dada a prerrogativa de averiguar as reais intenções da autoridade pública quando expressa a vontade do Estado.

Nesse diapasão, é imprescindível consignar a figura do abuso de poder como expressão oposta a finalidade do ato, que é o ideal de interesse público. Nesse passo, reporta-se a origem (VALENTE, 2009) de tal teoria ao Conselho de Estado francês, órgão máximo do sistema de jurisdição administrativa da França, no caso chamado “*Lesbats*”<sup>72</sup>, cuja decisão data de 25 de fevereiro de 1864, em que o Conselho, como afirma Mello (2012, p. 56), “[...] pela primeira vez admitiu o desvio de poder como uma das hipóteses em que cabia atacar o ato administrativo”.

---

<sup>72</sup> Meirelles (2008, *apud* VALENTE, 2009, p. 179) descreve o *leading case* nas seguintes palavras: No caso *Lesbats*, o Prefeito de Fontaineblau, a pretexto de executar a lei que lhe autorizava regular o estacionamento de ônibus defronte à estação ferroviária, proibiu a recorrente de entrar e estacionar seus carros no pátio daquela estação. Conhecendo do recurso, o Conselho de Estado anulou a decisão do Prefeito, afirmando que houve *détournement de pouvoir*, porque seu ato visava a dar privilégio a outra empresa, quando a lei não lhe concedia esse poder, nem permitia discriminações entre as transportadoras de passageiros naquele local.

Partindo para a definição de abuso de poder, é oportuno trazer a baila o conceito extraído da obra de Paulo e Alexandrino (2013, p. 262), pelo qual o “abuso de poder é espécie do gênero ilegalidade”. Desse modo, adaptando-se à realidade da ideia de princípio da legalidade ampla ou juridicidade, pode-se inferir que uma vez praticando qualquer das formas de abuso de poder, o agente público responsável pelo ato estará agredindo não só a lei, em seu sentido meramente gramatical, mas também e principalmente a sua essência principiológica.

Cabível assinalar, por oportuno, a preciosa lição de Carvalho Filho acerca das modalidades de abuso de poder:

A conduta abusiva dos administradores pode decorrer de duas causas: o agente atua fora dos limites de sua competência; e **o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo**. No primeiro caso, diz-se que o agente atuou com ‘excesso de poder’ e **no segundo**, com ‘**desvio de poder**’ (CARVALHO FILHO, 2010, p. 51, grifo nosso).

Assim, como já destacado no elemento competência, o autor vislumbra duas maneiras de expressar o abuso de poder, sobressaindo-se agora a figura do “desvio de poder ou de finalidade”, que traduz a noção de abandono do interesse público (finalidade mediata) como condutor supremo para a prática dos atos administrativos.

### **2.1.6 Atos Discricionários e Atos Vinculados**

Partindo da ideia de que os atos administrativos são declarações volitivas, o ato discricionário consiste numa declaração oriunda do Estado pautada numa margem de liberdade conferida pela lei, a fim de que a Administração Pública, utilizando de critérios de conveniência e oportunidade, possa, diante de uma situação fática, avaliar qual a melhor forma de agir. Na mesma linha de raciocínio é o pensamento de Di Pietro (2010, p. 212), quando aduz: “A atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”.

Já na ótica de Gasparini (2007, p. 98) o ato discricionário é entendido da seguinte maneira:

Discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito.

Como se pode perceber, não há divergência significativa do que se entende por ato discricionário, todos com a noção precisa de que converge para a análise do binômio, conveniência e oportunidade, a ser realizada pela Administração Pública. É preciso destacar que, a prerrogativa que a autoridade administrativa tem de praticar atos discricionários é uma consequência lógica do fato de que o Estado não pode prever todas as potenciais situações no mundo concreto, de modo que se apresenta mais racional deixar ao agente público, que é o responsável direto pela execução da lei, uma margem de liberdade a fim de se permitir a ele a escolha da melhor atitude perante determinada situação.

Nesse contexto, oportuno transcrever as palavras de Farinon (2004, p. 64):

[...] assim, todo o ato administrativo discricionário tem um mínimo de vinculação, pois a lei não abdica de indicar a competência, a finalidade e a forma destes, possibilitando o controle de legalidade, meramente formalista, uma vez que a lei disciplinou o modo de atuar do administrador quando vinculou os elementos competência, finalidade e forma.

Em contrapartida, os atos vinculados são declarações por parte do Estado, fundadas em critérios estritos de legalidade, compreendendo, forma, competência e finalidade, tendo em vista o interesse público tutelado pela lei, de modo a não permitir o desprestígio de tal interesse em benefício do interesse do agente público que o pratica (FARINON, 2004).

Levando em conta o grau de liberdade da Administração na prática do ato, pra efeito de classificação, Mello (2008, p. 418), assevera que atos vinculados são: “Os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos”.

Da clássica definição transcrita, resta patente que a atividade vinculada não se presta a elidir o controle de legalidade por parte do Judiciário, uma vez que a própria lei já traça os limites onde a Administração Pública poderá atuar. O que revela, ao menos em tese, uma dificuldade no surgimento de fraudes.

### 3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

O fenômeno conhecido como Constitucionalização do Direito Administrativo é apenas uma das manifestações da Constitucionalização do próprio Direito. Em suma, tal acontecimento significou a incorporação de vários princípios do Direito Administrativo na Carta Política do País, os quais vigoravam até então sem qualquer caráter de positivação formal, bem assim a “irradiação”, como assinala Barroso (2013), de tais postulados sobre as relações jurídicas entre o Estado e os beneficiários do serviço público. No Brasil, isso ocorreu precipuamente com a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 37 trouxe um leque de princípios expressos, bem como implícitos, a fim de reger toda a Administração Pública, direta e indireta.

Em virtude desse novo quadro, o princípio da legalidade em sua perspectiva estrita, destinada ao Estado-administrador, teve substancial modificação, de modo que a atuação dos agentes públicos sofreu significativa e salutar transformação, já que resultou numa maior restrição ao poder discricionário e, por conseguinte, uma maior exigência de cautela na prática de atos de natureza discricionária. Ao se referirem a essa mudança de paradigma para a Administração Pública, há na doutrina quem afirme o surgimento do princípio da juridicidade como expressão da legalidade ampla.

Nesse sentido, interessante transcrever as palavras de Krell (2004, *apud* MATTOS, 2005, p. 29):

[...] Na atual fase ‘pós-positivista’, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Essa ‘principialização’ do Direito brasileiro [...] aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários.

Com o mesmo entendimento, Medauar (2003, *apud* MANSOUR, 2010, p. 28) aduz que:

[...] a simples menção de que o poder discricionário atua de acordo com o princípio da legalidade vem substituída pela afirmação da necessária observância da Constituição, da lei, dos princípios gerais de direito [...]. Nessa linha coloca-se a tendência à ampliação do controle jurisdicional a aspectos que roçam a conveniência e oportunidade dos atos administrativos.

Desse modo, é viável afirmar a ampliação da sindicabilidade dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, tendo em vista os novos paradigmas que passaram a demarcar a atuação dos agentes do Estado, agora não apenas limitados pela estrita observância do disposto em lei, mas também e, sobretudo, pela presença indispensável dos princípios que regem toda a Administração Pública, os quais podem se configurar tanto em caráter explícito no texto da Lei Suprema, como, outrossim, de forma implícita, em decorrência da interpretação sistêmica que se faz de toda a estrutura substancial que emana da Constituição Federal.

Nesse diapasão, é de todo oportuno trazer à baila a definição e os aspectos que dizem respeito a cada um desses princípios constitucionais, sendo oportuno frisar, todavia, que os postulados da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, por serem os critérios mais utilizados pela jurisprudência pátria, serão analisados em tópico apartado, no seio do ponto atinente ao controle.

### 3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso II, cuida da legalidade voltada para balizar o comportamento dos particulares que, para uma harmoniosa convivência em sociedade, deve respeitar o ordenamento jurídico vigente, de modo que a sua liberdade de conduta está condicionada a ausência de toda e qualquer vedação legítima.

Em contrapartida, no tocante aos agentes administrativos, o pórtico da legalidade, albergado no *caput* do artigo 37, se apresenta em sua vertente mais restrita, posto que a prática de qualquer ato administrativo, seja vinculado ou discricionário, deve, necessariamente, estar justificada por alguma regra de imposição ou autorização, sem a qual não há que se falar em respeito a tal princípio.

Não obstante a noção salutar que se extrai de tal mandamento do sistema jurídico brasileiro, a sua expressão formal vem perdendo lugar para a irrupção de uma visão substancial, como decorrência da própria Constitucionalização do Direito Administrativo. Assim, outros valores estão sendo cada vez mais prestigiados em detrimento da simples verificação da conformidade dos atos administrativos com os aspectos extrínsecos da lei.

### 3.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Por impessoalidade, segundo pondera Alexandrino e Paulo (2013), a doutrina atual tem o reconhecido numa dupla acepção. Nessa linha de pensamento, Di Pietro (2010), admite mais de uma percepção acerca de tal princípio. No geral, duas são as perspectivas sobre o pórtico da impessoalidade, a saber: uma em relação aos administrados e outra no que tange aos administradores públicos.

Pela primeira, atinente ao princípio implícito da finalidade, como aduz Alexandrino e Paulo (2013), o interesse público deve estar revertido para atender o interesse público, de sorte que não se podem permitir discriminações indevidas, tampouco autorizar atitudes prejudiciais ou benéficas a certas pessoas, como pensa Di Pietro (2010).

Já na segunda, o princípio da impessoalidade proíbe o agente público de se autopromover<sup>73</sup>, impedindo a sua promoção pessoal em virtude das realizações advindas da Administração Pública. É desta noção do aludido princípio que os administrativistas extraem a consequência de que todas as atividades produzidas pelos agentes públicos são imputadas ao órgão ou entidade administrativa de que participam, e não à pessoa física do servidor, conforme observa Cunha Júnior (2012).

Por fim, caso o princípio seja desrespeitado em qualquer de seus sentidos, estará o agente que praticou o ato, incorrendo em desvio de finalidade, o que oportuniza a necessária invalidação do ato, por estar eivado de vício insanável.

### 3.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Eleito como mandamento propiciador de um real Estado Democrático de Direito, o princípio ora em comento viabiliza aos reais detentores do poder, os administrados, de controlar todo e qualquer ato emanado da Administração Pública, tendo em vista que a transparência na gestão da coisa pública permite verificar, em concreto, se o teor dos atos administrativos está sendo direcionado ao interesse público. Destarte, de acordo com tal mandamento, em regra toda a atuação

---

<sup>73</sup> Cite-se como exemplo o §1º do artigo 37 da Lei Maior, *in verbis*: A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos Órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (BRASIL, 2013).

administrativa deverá ser pública, salvo nos casos excepcionais trazidos pela própria Lei Maior<sup>74</sup>.

Nesse diapasão, a Constituição ao asseverar tal postulado fundamental, cuidou de elencar dois instrumentos que possibilitam aos particulares exigir uma transparência efetiva por parte da Administração Pública, quais sejam: o direito de petição aos órgãos públicos, previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”; e o direito a obtenção de certidões em repartições públicas, previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “b”. No caso de violação de quaisquer dessas duas garantias individuais, confere-se ao indivíduo que se sentir lesado, buscar a tutela jurisdicional correspondente, mediante a impetração de mandado de segurança<sup>75</sup>, consoante o pensamento de Lenza (2010).

### 3.4 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Inserido expressamente pela emenda constitucional de nº 19/98 ao *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da eficiência reflete a preocupação que teve o Poder Constituinte Derivado Reformador, com a efetiva celeridade, exatidão e bom desempenho no exercício da função administrativa por parte dos agentes públicos. Nesse diapasão, decerto os administrados não estavam satisfeitos com o modelo de administração antes do advento de tal postulado, tendo em conta ter-se mostrado necessário o seu acréscimo de forma expressa no bojo da Lei das Leis.

Na mesma linha de raciocínio, pondera Carvalho Filho (2010, p. 31): “Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante da antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de

<sup>74</sup> Como exceção, vale transcrever o inciso XXXIII do artigo 37, qual seja: todos têm direito a receber informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado** (BRASIL, 2013, grifo nosso).

<sup>75</sup> Vale registrar interessante ementa sobre o assunto: [...] “ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. SIGILO E IRRECOBILIDADE DO RESULTADO.1. A Constituição afasta de pronto o caráter sigiloso das decisões administrativas, em primeiro lugar porque a todos é assegurado o direito de exigir do órgão público o esclarecimento de situação de interesse pessoal, além do que, é assegurada qualquer informação que seja do exclusivo interesse do cidadão, salvo quando o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, incisos XXXIII e XXXV), o que não é caso.2. A possibilidade de interpretação errônea de dados psicológicos, eis que a Psicologia não é uma ciência absoluta em termos de fixação dos aspectos inerentes à personalidade e condições emocionais do indivíduo, não permite a ausência de possibilidade de reapreciação dos atos administrativos.” [...] Esta Corte firmou entendimento segundo o qual o exame psicotécnico não pode ter critério sigiloso, sob pena de infringir o **princípio da publicidade**. [...] (STF - RE: 348494 MG, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/11/2003, Data de Publicação: DJ 11/12/2003 PP-00051) (BRASIL, 2013, grifo nosso)

tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários”. Ora, com a inclusão da eficiência como parâmetro para o bom funcionamento da máquina administrativa, urge permitir a sindicabilidade jurisdicional, já que não é de todo aconselhável admitir a má prestação de serviço por parte de agentes incumbidos dessa tarefa, sob pretexto de se estar no usufruto de prerrogativa discricionária.

#### **4 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO A LUZ DA JURIDICIDADE**

Antes de adentrar ao objeto central desta epígrafe, urge destacar duas premissas que se afiguram indispensáveis à compreensão do presente título, a saber: a primeira, é o fato de que no Brasil, a Constituição adotou a unidade de jurisdição<sup>76</sup> (MELLO, 2008), de modo que só há uma única estrutura orgânica responsável pelo processo e julgamento de litígios, qual seja, o Poder Judiciário; além disso, vale lembrar, no País o controle dos atos administrativos, dentre outras facetas, pode ser de dois tipos, a saber, interno e externo.

O primeiro é realizado pela própria Administração que, usando de seu poder de autotutela, pode revogar o ato administrativo, por razões de conveniência e oportunidade, ou anulá-lo, caso reconheça a ilegalidade em sua realização. Tais insurgências, por parte da Administração Pública, contra a manutenção do ato administrativo, têm como fundamento a autorização expressa de duas súmulas do Supremo Tribunal Federal: as de número 346<sup>77</sup> e 473<sup>78</sup>.

Contudo, o controle que se ocupa o presente tópico se refere ao exercido pelo Judiciário, como desdobramento do “controle externo”, com ênfase sobre os atos administrativos discricionários, cuja possibilidade já foi objeto de intensa resistência tanto por parte da doutrina<sup>79</sup>, quanto por parte da jurisprudência, ao longo de muitos

---

<sup>76</sup> Tal afirmação se extrai a partir da interpretação do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, o qual preconiza que: “a lei não excluirá da **apreciação do Poder Judiciário** lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2013, grifo nosso).

<sup>77</sup> **Súmula 346.** A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (BRASIL, 2013, grifo nosso).

<sup>78</sup> **Súmula 473.** A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (BRASIL, 2013, grifo nosso).

<sup>79</sup> Nessa linha, aduz Figueiredo: A jurisprudência brasileira, acompanhada pela doutrina tradicional, considerava que os atos discricionários não se submetiam a controle, no pertinente a seu mérito. O caminho da evolução foi – sem dúvida – a afirmação de que ao Judiciário caberia controlar toda a atividade administrativa desde que não invadisse o mérito das decisões discricionárias. [...]. (FIGUEIREDO, 2003, *apud* MATTOS, 2005, p. 13). (SIC)

anos<sup>80</sup>. Assim, será feita uma explanação teórica das posições favoráveis ao controle, partindo de um julgado do Superior Tribunal de Justiça, o qual serviu de base ao reconhecimento da sindicabilidade ora tratada.

Existem situações em que, conquanto o Judiciário seja chamado a ordenar que o agente público tome alguma atitude positiva, isto é, que pratique um ato administrativo, não é possível compelir este a agir nesse sentido, mormente quando se tratar de ato discricionário. A essência de tal afirmação decorre de mandamento previsto na própria Carta Maior<sup>81</sup>, que permite a atuação da Administração Pública revestida de certa liberdade para melhor cumprir os reais anseios da sociedade. Para ilustrar, fala-se em silêncio administrativo. Tal instituto significa uma postura negativa, omissa por parte da Administração Pública, quando na realidade esta deveria agir. Apesar de sua inação, não é lícito ao Juiz, quando provocado, substituir o administrador, sobretudo nos atos discricionários. Corroborar com esse pensamento poderia resultar na quebra do espírito da tripartição de poderes.

Por outra senda, mas dentro do panorama que envolve a problemática dos atos discricionários, é cediço na comunidade jurídica, sobretudo no campo do direito administrativo, que jamais será permitido ao Poder Judiciário imiscuir-se no aspecto do mérito administrativo, entendido como tal o que toca à conveniência e oportunidade conferidas aos agentes públicos em geral.

Não obstante, cuidando-se de ato administrativo, seja este vinculado ou mesmo discricionário, inarredável, como assevera a doutrina especializada, o cotejo da realidade fática não apenas no tocante a pura legalidade, mas também com um teor subjacente de valores éticos.

Nesse diapasão, afirmam Medeiros e Lima (2002, p. 99), com apoio em Di Pietro: “O princípio da legalidade ampliou-se, albergando, hoje, não somente a lei, formalmente considerada, mas o Direito, impregnado de todo o conteúdo axiológico inspirador do preâmbulo da Constituição de 1988”.

---

<sup>80</sup> Veja-se nesse sentido a ementa do Recurso Especial nº 1.994: AUTORIZAÇÃO – ATO DISCRICIONÁRIO – CONTROLE JURISDICIONAL – VEDAÇÃO. EM SE TRATANDO DE AUTORIZAÇÃO, SUJEITA AO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO E SUBORDINADA, NOS LIMITES DA LEI, AOS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, VEDADO É O CONTROLE JURISDICIONAL. (STJ – 4ª TURMA – Resp nº 1.994 – Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO – DJ 9/4/1990).(BRASIL, 2013)

<sup>81</sup> Essa realidade decorre de expressa previsão, na Carta Magna de 88, sobre a separação dos poderes da República, cujo artigo 2º assevera que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o Judiciário”.(BRASIL, 2013).

Consequentemente, o Poder Judiciário teve seu papel de examinador do ato administrativo devidamente alargado, de modo a abarcar a sua substância valorativa, devendo invalidar os que se opuserem ao interesse público subentendido. Assim, é de se perceber que o princípio da legalidade não mais pode ser visto isoladamente, senão compenetrado de valores que devem nortear toda a atuação estatal.

Nesse contexto, frisa-se o postulado da moralidade administrativa, tida como a viga mestra de todo o arcabouço normativo, porquanto reflete o ideal ético em sua concretude. Desse modo, uma vez agindo conforme a ética, o agente público estará, em última análise, prestigiando a um só tempo, o princípio do estado de Direito em sua feição democrática e a boa fé frente aos administrados.

Erigido a núcleo catalisador de valores éticos da sociedade brasileira, a moralidade na administração pública foi esculpida na Lei Maior, no *caput* de seu artigo 37, a fim de orientar os agentes públicos em suas condutas ante a sociedade. Nesse passo, conforme aponta os administrativistas hodiernos, já que as manifestações extrínsecas da Administração se formalizam mediante atos administrativos, urge fazer uma perquirição acerca da compatibilidade destes com o ideal de moralidade administrativa.

Por outro prisma, no que tange aos atos discricionários, a presença de tal princípio como diretriz suprema traz uma maior segurança à sociedade, porquanto em se tratando do mérito administrativo, a conduta da autoridade pública fica a mercê de sua consciência ética, bem como de seus ideais axiológicos. Destarte, moralidade e legalidade devem caminhar no mesmo sentido, de modo a não se permitir abusividades por parte dos gestores públicos, sob a alegação de se estar atuando nas estritas margens de liberdade dadas pela lei.

É nesse sentido que a doutrina de Di Pietro (2012) vem defendendo a amplitude do princípio da legalidade, *a priori* entendida em sua dimensão estrita. Desse modo, o Estado de Direito em sua visão pura vem perdendo lugar frente a uma efetiva carga valorativa que se arraigou na Carta Política de 1988, assim como pelo fortalecimento da participação popular nas questões políticas da nação.

A propósito, leciona Palu (2004, p.115) sobre o tema:

[...] Um enorme alargamento na amplitude da função jurisdicional, esta uma das consequências de um Estado Democrático de Direito fundado em valores constitucionais. É um Estado que não se assenta mais no princípio da legalidade, mas no princípio da constitucionalidade, um Estado que se submete ao Direito, elencado na Constituição, não somente à lei, sendo que

as novas Constituições são principiológicas e enunciam princípios (constitucionais) do Direito.

Pela lição *supra* transcrita, o princípio da legalidade passou a ganhar uma nova roupagem, dessa vez imbuída de toda a gama de valores abarcados tanto no preâmbulo da Constituição, como ao longo de seu corpo normativo.

Perante tal cenário de quebra de paradigma, a nova visão também ganhou realce no âmbito do Judiciário, sobretudo a partir de decisões da lavra do Superior Tribunal de Justiça, podendo-se destacar a do Recurso Especial de nº 510259, sendo cabível transcrever respectiva ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei. 2. **O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade**, uma vez que essas razões devem observar critérios de **moralidade e razoabilidade**. 3. O Ministério Público não logrou demonstrar os meios para a realização da obrigação de fazer pleiteada. 4. Recurso especial improvido. (STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/08/2005, T2 - SEGUNDA TURMA) (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Depreende-se da síntese de tal julgado que, no tocante ao mérito administrativo, o STJ exerceu papel de vital importância como precursor, no Brasil, do controle de legitimidade, de modo que utilizou como fundamento bastante para a sindicabilidade dos atos discricionários, não só a aferição da pura legalidade, mas também e principalmente, os novos padrões de comportamento que foram incorporados, explícita e implicitamente, ao ordenamento jurídico, como é no caso, o da moralidade e o da razoabilidade, os quais constituem as expressões mais significativas trazidas pela Constitucionalização do Direito Administrativo, compondo assim, o princípio da juridicidade.

Nesse encadeamento, destaca-se, atualmente a razoabilidade e a proporcionalidade que, a par da moralidade administrativa, têm sido os critérios mais empregados em decisões judiciais sobre o controle de atos discricionários, sobretudo nas situações envolvendo a aplicação de sanções disciplinares.

Entretanto, não raras vezes, tem havido grande divergência na doutrina quanto ao significado de ambas as expressões, já que alguns defendem a sinonímia entre tais axiomas, e outros o abarcamento do princípio da proporcionalidade pelo da razoabilidade. Apesar de não ser unânime, entre os doutrinadores, a realidade

jurisprudencial tem se mostrado um tanto quanto cautelosa, no sentido de distinguir tais postulados, a vista dos casos concretos. Nessa linha de raciocínio, avulta registrar a seguinte ementa:

SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. PROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. **1. Os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo, em especial aquele que impõe sanção disciplinar a servidor público. Isso, porque o Judiciário, quando provocado, deve examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, em avaliação que observe os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade. [...].** (STJ, MS 14.283/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 08/04/2011)(BRASIL, 2013, grifo no original).

Como se pode perceber, o próprio Judiciário já cuidou de falar nessas terminologias de forma apartada, sem compreendê-las numa só significação, haja vista que uma e outra são vistas em óticas distintas. Dessa forma, é necessário traçar a definição de cada um desses cânones jurídicos. Assim, a razoabilidade denota que a conduta dos agentes públicos deve estar balizada por noções razoáveis de justiça, ou seja, a atuação da Administração Pública tem que se pautar, segundo Marinella (2012, p. 52), “em critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal”.

Por outro norte, a proporcionalidade, para Carvalho Filho (2010, p. 44-45): “Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.”

Desse modo, pela exposição do autor, deduz-se que o pórtico da proporcionalidade se insere na ideia de harmonia que deve existir entre o ato que se vai praticar e o escopo que a lei respectiva busca alcançar com a execução do mesmo ato. Assim, caso o agente estatal execute o ato sem atentar para a compatibilidade lógica que deve haver deste em relação ao fim almejado na lei, estará o administrador público incorrendo, como diz o jurista, em “excesso de poder”, de sorte que o ato deverá ser objeto de controle jurisdicional, redundando em sua invalidação por ter manifestado um descomedimento indevido.

Apesar de haver diferença, embora tênue, entre tais mandamentos gerais, é preciso salientar os pontos de similitude em relação a ambas. Assim, há que se frisar

o fato de serem comandos implícitos na Constituição Federal, não obstante serem expressos no artigo 2º da Lei 9.784/1999. Ademais, outro aspecto compartilhado por tais axiomas, é a circunstância de serem padrões que limitam a discricionariedade administrativa. Nessa linha de argumentação, faz-se necessário citar as palavras de Alexandrino e Paulo (2013, p. 209):

Seja como for, certo é que, no âmbito do direito administrativo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade encontram aplicação especialmente no controle de atos discricionários que impliquem restrição ou condicionamento a direitos dos administrados ou imposição de sanções administrativas. Deve ser esclarecido desde logo que se trata de controle de legalidade ou legitimidade, e não de controle de mérito, vale dizer, não se avaliam conveniência e oportunidade administrativas do ato – o que implicaria, se fosse o caso, na sua revogação, mas sim a sua validade.

Assim, conforme registrado acima, a razoabilidade e a proporcionalidade são parâmetros que devem ser considerados tanto pela Administração Pública, quando pratica atos administrativos, como pelo judiciário, quando controla tais exteriorizações volitivas do Estado, de modo que não só os agentes incumbidos de concretizar as diretrizes legislativas podem e devem se valer dos princípios expressos e implícitos para amoldá-los às situações práticas, as quais já não mais se satisfazem com a aplicação mecanizada das leis em sentido formal, como também os órgãos judiciais quando estiverem diante de situações como as que se referem a sindicabilidade de atos discricionários, posto que estas espécies, se não permitirem uma análise mais aprofundada da legalidade, podem autorizar a prática desarrazoada de atos administrativos.

Por derradeiro, vale a pena transcrever parte da ementa de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca do controle jurisdicional de atos discricionários:

**AI nº 700180060072ª**

**Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano - Câmara Cível**

**Data do julgamento: 15-08-2007**

[...]. Ao longo do Século XX, superou-se a vetusta idéia de que os atos discricionários da Administração Pública estariam à margem do controle judicial, como reflexo, inclusive, da passagem ao contemporâneo Estado Democrático de Direito. **A Administração Pública se submete não apenas à lei, mas ao Direito como um todo** (regra essa doutrinária no Direito Administrativo moderno e positivada no art. 2º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.784/99), **podendo o Poder Judiciário sindicat todos os aspectos jurisdicizados do assim chamado ‘mérito’ do ato administrativo**. O provimento judicial que atende tal direito não ofende o princípio da independência e harmonia dos Poderes (art. 2º da CF/88). Princípio da

universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Carta Magna). O Poder Público não está acima do controle jurisdicional. Precedentes do STJ e deste TJRS. [...] (MANSOUR, 2010, p. 56).

Por tal decisão, é de se notar que, após a decisão do Superior Tribunal de Justiça, outros colegiados passaram a admitir a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionário, tomando como referência na atualidade, o princípio da juridicidade, tendo em vista que a contemporaneidade exige uma adaptação constante do princípio da separação de Poderes às novas realidades que surgem a cada momento histórico, de forma a não se permitir o abuso de poder por parte de nenhuma autoridade pública, uma vez que a atuação dos agentes públicos deve estar condigna ao Direito em sua plenitude.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da irradiação dos princípios constitucionais sobre as relações entre o Estado e os titulares do Poder, como decorrência direta do fenômeno da Constitucionalização do Direito Administrativo, não só os agentes encarregados de efetivar os ditames legislativos por meio de atos administrativos tiveram novos parâmetros para balizar as suas condutas, como também o próprio Poder Judiciário quando no exercício de sua função tipicamente jurisdicional.

Assim, a atividade de controle realizada por tal estrutura orgânica, a partir da aferição da legalidade estrita, passou a levar em conta os postulados e valores explícitos e implícitos na Constituição Federal de 88. Desse modo, os atos de caráter discricionário não ficaram de fora de tal realidade, de sorte que se possibilitou o exame mais detido da sua confrontação com o Direito, ou, em outros termos, com a juridicidade.

Nesse contexto, não há mais que se obstaculizar a verificação da legalidade *lato senso* do ato discricionário pelo Judiciário, sob a alegação, já ultrapassada, de que o mérito é de exclusiva apreciação pela própria Administração Pública, tendo em vista que o aspecto de conformidade às normas e princípios constitucionais se encontra e deve ser observado em todo e qualquer ato emanado do Estado, mormente os de efeito concreto.

Entretanto, frise-se, há que se admitir ser ainda indevida a ingerência do órgão jurisdicional em relação ao mérito propriamente dito, porquanto, o que se permite ao

Poder Judiciário avaliar no ato administrativo, é tão somente a sua exorbitância no tocante a razoabilidade e proporcionalidade que se exige dos agentes públicos quando realizarem atos desse caráter, principalmente em se tratando dos discricionários, os quais dependem de um juízo de valor compatível com as reais necessidades de cada caso, e não apenas uma liberdade desmedida por parte do administrador do interesse público.

Destarte, infere-se que hodiernamente referida sindicabilidade tem sido mais aceita pelos órgãos julgadores, de modo que a teoria da tripartição de funções, no ordenamento jurídico brasileiro está passando por um momento de transição devido a esta nova forma de se conceber as relações entre o Poder Público e a sociedade, precisamente em virtude dessa incidência, destaque-se, de todo legítima, de princípios e valores que transcendem a esfera escrita e literal que resulta da atividade legislativa, muitas vezes não adaptável às inúmeras situações concretas que tendem a se diversificar cada vez mais rápido. Portanto, é de se perceber ser possível o controle jurisdicional de atos administrativos discricionários, cuja tendência só irá fortalecer em demasia o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 21. ed. revista e atualizada. São Paulo: Método, 2013.

BARROSO Luiz Roberto. O novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito. Palestra. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=cC5BpUNWK-k>>. Acesso em: 30 out. 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 5 de out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei 4.717, de 29 de junho de 1965*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm)>. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Minas Gerais. *Recurso Especial 348494 MG*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Partes: Advocacia-Geral do Estado/Mg - Raquel Melo Urbano de Carvalhoro, Gério Gomes Barbosa, Alexandre Túlio Cezar Fernandes. Publicação DJ 11/12/2003 PP-00051 24/11/2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14803704/recurso-extraordinario-re-348494-mg-stf>>. Acesso em: 22 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Minas Gerais. *Recurso Especial nº 1.994*. Disponível em: <<http://dj.stj.gov.br/publicacao seriada/index.php/coletanea/article/viewFile/13/17>>. Acesso em: out. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Seção. *HABEAS CORPUS 141925*. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Data de Julgamento: 14/04/2010, S1 - PR. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9106749/habeas-corpus-hc-141925-df-2009-0136854-0/relatorio-e-voto-14252869>>. Acesso em: 22 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. São Paulo. *Recurso Especial 510259 SP*. (2003/0017033-9) Rel. Min. Eliana Calmon. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Procurador: Jurandir Norberto Marçura e Outros. Recorrido: Município de Santo André. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7197292/recurso-especial-resp-510259-sp-2003-0017033-9/inteiro-teor-12946452>>. Acesso em: 22 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro. *Mandado de Segurança 14.283*: Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Og Fernandes, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Maria Thereza de Assis Moura e Napoleão Nunes Maia Filho. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE). Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz. Brasília (DF), Data do Julgamento: 23 de março de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18784824/mandado-de-seguranca-ms-14283-df-2009-0069195-4/inteiro-teor-18784825>>. Acesso em: out. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. revista, ampliada e atualizada até 31/12/2009. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. revista, ampliada e atualizada. Bahia: Juspodivm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. atualizada até a EC nº 62/09. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARINON, Andressa. *O controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários*. 2004. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Andressa%20Farinon.pdf>>. Acesso em set. 2013.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. revista, atualizada e ampliada até a EC nº 62/2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

MANSOUR, Roberta Sobral. *O controle dos atos administrativos discricionários pelo poder judiciário: alcance e limites*. 2010. Disponível em: <[www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj029371.pdf](http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj029371.pdf)>. Acesso em: set. 2013.

MARINELLA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed., revista, ampliada, reformada e atualizada até 01/01/2012. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário brasileiro*. Verbo Jurídico, 2005. Disponível em: <[www.verbojuridico.com/doutrina/brasil/br\\_constitucionalizacaoadministrativo.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/brasil/br_constitucionalizacaoadministrativo.pdf)> Acesso em: set. 2013.

MEDEIROS, Rogério; LIMA, Garcia. *O direito administrativo e o poder judiciário*. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Del Rey, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18/12/2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 21.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade de atos legislativos: contornos, limites e superação pela teoria dos princípios*. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194923/000865586.pdf?sequence=3](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194923/000865586.pdf?sequence=3)>. Acesso em: set. 2013.

## A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISCIONAL SOB O PONTO DE VISTA DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS

## THE PROVISION OF JURISDICIAL FROM THE VIEWPOINT OF THE THEORY OF OWN ACTS

LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO\*

### RESUMO

Entre tantas expressões derivadas do princípio da boa-fé pode ser destacado o dever de não agir contra o ato próprio. Significa dizer que a ninguém é dado valer-se de determinado ato, quando lhe for conveniente e vantajoso, e depois voltar-se contra ele quando não mais lhe interessar. Esse comportamento contraditório denota intensa má-fé, ainda que revestido de aparência de legalidade ou de exercício regular de direito. Nas obrigações revela-se, em muitos casos, como aproveitamento da própria torpeza, mas a incidência do dever não exige o requisito de intencionalidade. Essa teoria radica no desenvolvimento do antigo aforismo *venire contra factum proprium nulli conceditur*, significando que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta, quando esta conduta interpretada objetivamente segunda a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, justifica a conclusão que não se fará valer posteriormente o direito que com estes se choque. A regra não é aplicável apenas aos particulares, mas igualmente aos juízes durante a atividade judicante, a fim de proteger a boa-fé e a confiança que a parte contrária depositou no ente Estatal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria dos Atos Próprios. Boa-fé. Atividade Judicante.

### ABSTRACT

Among so many expressions that are derived from the principle of good faith can be assigned a duty not to act against the Act itself. Does it mean to say that anyone is given use of a given act, when it is convenient and advantageous, and then turn against it when it is no longer of interest to you. This contradictory behavior denotes intense bad faith, although coated appearance of legality or regular exercise of law. In the bonds is, in many cases, such as use of own turpitude, but the incidence of duty does not require the requirement of intentionality. This theory is rooted in the development of the old aphorism *venire contra factum proprium nulli conceditur*, meaning that anyone is lawful to assert a right in contradiction with its previous conduct, when objectively interpreted this conduct second law, in accordance with the principles of morality and good-faith, justifies the conclusion that will be worth later the right with these shock. The rule is not applicable only to individuals, but also to the judges during the judicial activity, in order to protect the good faith and confidence that the opposing party deposited in State-run entity.

**KEYWORDS:** Theory of the Acts Themselves. Good Faith. Judicial Activity.

---

\* Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa; Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ; Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentina – UMSA; Advogada e professora universitária.

## 1 INTRODUÇÃO

Em suas relações jurídicas os particulares adotam posições ou seguem cursos de ação que logo, em ocasiões, descobrem que são inconvenientes para seus próprios interesses.

Se o Direito não pode prescrever totalmente as contradições e obrigar a uma coerência absoluta de condutas, existem certos pressupostos pelos quais se tem julgado necessário sancioná-las para, assim, criar uma base de confiança e dependência recíproca que permita o desenvolvimento sereno do tráfico negocia. A teoria que explica este resultado e precisa tanto as condições para a sua aplicação como as consequências que dela surgem, tem sido chamada, pela doutrina processual moderna de “Doutrina dos Atos Próprios”, e se sintetiza no brocardo latino *venire contra factum proprium non valet*.

De acordo com sobredita teoria, deverá haver uniformidade entre decisões emanadas por um mesmo Juiz em casos idênticos. Em outras palavras, não poderá um mesmo Juiz decidir de forma diferente em casos iguais, quando aquele mesmo Juiz já tenha firmado determinado convencimento em outro momento, salvo se o ato anterior tiver sido gravemente viciado.

Não se deve pensar que a Teoria dos Atos Próprios é criação latino-americana. Esta teoria remonta ao Direito Romano, ainda no *Corpus Iuris Civilis*, no Direito anglo-saxão bem como no Direito Germânico. E a intenção da doutrina latino americana, capitaneada pelos Juristas Argentinos ao fazer valer a Teoria dos Atos Próprios nas decisões deste país é justamente garantir o dever de coerência, boa-fé e razoabilidade que deve nortear a atividade judicante.

Importante enfatizar que não se está tentando retirar a autonomia da Magistratura, tão pouco questionar a força de suas decisões. Ao revés, está-se a proteger os Magistrados e Tribunais de uma forma geral, a fim de que as sentenças estejam acobertadas pela segurança jurídica e pela boa-fé.

Também não se deve confundir a Teoria dos Atos Próprios com o princípio amplamente difundido no Processo Civil Brasileiro do Livre Convencimento Motivado, haja vista que este, de uma certa forma, confere liberdade ao Magistrado para decidir de acordo com a lei, mas também com a sua subjetividade, ao passo que a Teoria dos Atos Próprios impede que haja decisões diferentes em casos idênticos emanadas

pelo mesmo Julgador, havendo, inclusive penalidade para o Magistrado que assim venha a atuar, o que não acontece no Brasil.

A doutrina Argentina revela que a Teoria dos Atos Próprios importa uma barreira oposta à pretensão judicial, impedindo-se com ela de trabalhar na judicância de maneira incoerente que lesiona a confiança suscitada na outra parte da relação jurídica, impondo aos sujeitos um comportamento probó.

A conclusão, assim, é que a Teoria dos Atos Próprios constitui uma regra de direito derivada do princípio geral da boa-fé, que sanciona como inadmissível toda pretensão lícita, mas objetivamente contraditória com respeito ao próprio ato anterior efetuado pelo mesmo sujeito.

É justamente sobre este tema que versa o presente trabalho.

Buscar-se-á detalhar um breve histórico acerca da Teoria dos Atos Próprios, demonstrando os caminhos percorridos no Direito Romano, no Direito Anglo saxão e no Direito Alemão.

Em seguida, será dada ênfase ao conceito da Teoria dos Atos Próprios e os elementos configurativos para a caracterização da teoria em comento. Igualmente, será analisada a Teoria dos Atos Próprios sob a ótica da doutrina e jurisprudência brasileira e argentina, fazendo breve menção a algumas decisões pretorianas acerca da matéria em estudo.

Também será abordada a diferenciação existente entre a Teoria dos Atos Próprios e alguns institutos afins.

Por fim, far-se-á um breve comentário sobre os deveres e faculdades do Magistrado à luz da Teoria dos Atos Próprios, levando-se em consideração que, Assim como a legislação brasileira, a Argentina possui em seu Código de Processo Civil os deveres e faculdades que os Juízes têm na prestação da tutela jurisdicional.

## **2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS: BREVES CONSIDERAÇÕES**

### **2.1 O DIREITO ROMANO**

Para encontrar as raízes da Teoria dos Atos Próprios, é mister remontar ao Direito Romano. No entanto, para não incorrer em erro, o Direito Romano não deu resposta concreta nem definição específica para esta Teoria, limitando-se apenas a fazer uma certa aplicação em alguns casos concretos.

Na verdade, o Direito Romano começou a sancionar como inadmissível a atuação contrária à conduta anterior, mas não de uma maneira geral, e sim em determinados casos e com algumas exceções.

Pode-se citar alguns casos em que o Direito Romano fez valer a teoria em comento. De acordo com Alejandro Borda (2005, p. 15), a Teoria dos Atos Próprios foi utilizada no caso da *“hija que há vivido como emancipada”*, em que no Corpus Iuris Civilis, numa passagem de Ulpiano, se afirma que resulta inadmissível que o pai pretenda iniciar, uma vez morta a filha que viveu como mater famílias emancipada e que tenha herdeiros por testamento, uma controvérsia alegando que a emancipação não tenha sido juridicamente eficaz.

A atitude do pai, de acordo com dito doutrinador, se fundou no estrito cumprimento das formas que estabeleciam a legislação à época para outorgar a emancipação. No entanto, a atitude do pai de tentar desmerecer a emancipação, para o Direito Romano já não era mais possível, haja vista que referido pai já havia permitido que sua filha fosse tratada como *sui iuris*, permitindo-a viver como se fosse emancipada, em que pese não terem sido cumpridos os requisitos estabelecidos no Direito Romano para a espécie.

Borda justifica o posicionamento do Direito Romano para este caso (op. cit. p. 16) argumentando que:

*Cabe destacar que la solución dada al caso presente no tiene como primera razón sancionar la conducta contradictoria sino, más bien, evitar um resultado que objetivamente es considerado injusto. En efecto, lo que se procura es defender La eficacia del testamento otorgado por la hija que es, en definitiva, ló que pretende impugnar el padre desconociendo la emancipación.*

O segundo caso tratado pelo Direito Romano e que corrobora a Teoria dos Atos foi o *el cambio de critério em perjuicio ajeno*, onde no último título do Digesto, Papiniano assina a inadmissibilidade de mudar de critério em prejuízo alheio.

O terceiro caso do Direito Romano foi servidumbre constituída por condôminos em forma individual, onde em um texto de Celso, retirado do Digesto, se coloca um problema particular: existe uma propriedade em condomínio em forma indivisa; nessa propriedade se pretende constituir uma servidão de passagem em favor de um terceiro. Agora bem, essa servidão de passagem, este direito de atravessar o fundo, não se constitui até que todos os condôminos tenham prestado seu consentimento.

Enfim, várias são as passagens no Direito Romano acerca da Teoria dos Atos Próprios de onde se percebe que, desde aquela época, já não se tolerava voltar atrás em decisões tomadas em casos semelhantes.

## 2.2 EL ESTOPPEL ANGLOSAJÓN

O termo *estoppel* significa etimologicamente, detenção, obstáculo ou impedimento. Há doutrinadores que dizem não haver qualquer relação com o *estoppel* e a Teoria dos Atos Próprios.

No direito anglo-americano é longa a tradição do instituto do *estoppel*, em razão do qual "uma parte é impedida em virtude de seus próprios atos de exigir um direito em detrimento da outra parte que confiou em tal conduta e se comportou em conformidade com ela" (BLACK, 1990).

A teoria encontra-se consolidada na doutrina e na jurisprudência. Puig Brutau (1951, p.102) sustenta que quem deu lugar a uma situação enganosa, ainda que sem intenção, não pode pretender que seu direito prevaleça sobre o de quem confiou na aparência originada naquela situação; esta aparência, afirma-se, deu lugar à crença da "verdade" de uma situação jurídica determinada.

Equiparando o *venire* ao instituto inglês do *estoppel*, Carlyle Popp registrou um caso em 1965, de aplicação do *venire contra factum proprium* ao direito de família. A ação versava sobre uma lide entre um casal, em que o homem, após estabilizar-se em outro relacionamento, exigiu que sua antiga companheira se retirasse do lar em que moravam juntos por anos. Além da efetiva existência de *more uxória*, a antiga companheira ainda tinha investido parte da poupança que tinha, em reformas para esse imóvel. Destarte, entendendo que o companheiro tinha frustrado as legítimas expectativas da antiga convivente, o tribunal reconheceu a configuração do *estoppel*, e determinou que fosse transferida a propriedade e posse do imóvel para a antiga consorte. (ROSENVALD, 2012, p. 138).

O conteúdo desse dever é também versado doutrinariamente sob a denominação de teoria dos atos próprios, "que sanciona como inadmissível toda pretensão lícita mas objetivamente contraditória com respeito ao próprio comportamento anterior efetuado pelo mesmo sujeito". O fundamento radica na confiança despertada no outro sujeito de boa-fé, em razão da primeira conduta realizada. A boa-fé restaria vulnerada se fosse admissível aceitar e dar curso à

pretensão posterior e contraditória. São requisitos: a) existência de uma conduta anterior, relevante e eficaz; b) exercício de um direito subjetivo pelo mesmo sujeito que criou a situação litigiosa devida à contradição existente entre as duas condutas; c) a identidade de sujeitos que se vinculam em ambas condutas, de acordo com Borda (op. cit. p. 12).

Já Anderson Schreiber (2005, p. 271), sob a ótica do direito brasileiro, considera como pressupostos de incidência da vedação de *venire contra factum proprium*: a) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; c) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; d) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.

### 2.3 A VERWIRKUNG ALEMÃ

A *supressio* ou *verwirkung* da doutrina alemã consiste na redução do conteúdo obrigacional pela inércia de uma das partes em exercer direito ou faculdades, gerando na outra legítima expectativa.

A faculdade ou direito consta efetivamente do pacto, todavia, a inércia qualificada de uma das partes gera na outra a expectativa legítima (diante das circunstâncias) de que a faculdade ou direito não será exercido, ou, por outras palavras, com ficou assentado na decisão proferida pelo Desembargador Relator Dr. Ricardo Raupp Ruschel, lançada nos autos do Agravo de Instrumento de n.º 70010323012:

Verifica-se a *supressio* quando, pelo modo como as partes vêm se comportando ao longo da vida contratual, certas atitudes que poderiam ser exigidas originalmente passam a não mais poderem ser exigidas na sua forma original (sofrem uma minoração), por ter se criado uma expectativa de que aquelas disposições iniciais não seriam exigidas daquela forma inicialmente prevista.

Advém, daí a supressão de direito ou faculdade ou a redução de seu alcance. A respeito, Judith Martins Costa (2006, p. 217-219) argumenta:

Por igual atua a boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos nos casos indicados sob a denominação de '*supressio*'. Segundo recente acórdão do Tribunal de Justiça do RS, esta 'constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão da boa-fé

objetiva'. Exige-se, para a sua configuração, '(I) o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor'. Diferentemente da 'supressio', que indica o encobrimento de uma pretensão, coibindo-se o exercício do direito em razão do seu não exercício, por determinado período de tempo, com a conseqüente criação da legítima expectativa, à contraparte, de que o mesmo não seria utilizado, outra figura, a 'surrectio', aponta para o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento. Assim ocorreu ao examinar-se lide decorrente de contrato de locação, que previa a resilição unilateral, mediante prévio aviso de 60 (sessenta) dias à contraparte, por carta protocolada que expressasse o poder extintivo da denúncia contratual, contemplando, outrossim, a possibilidade de renovação do contrato, desde que, por meio de carta protocolada, a parte interessada assim expressasse sua vontade com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Por um período superior a 12 (doze) anos, as partes vinham prorrogando a avença, sempre mediante o recurso à formalidade do envio de cartas. Em certa ocasião, contudo, em resposta ao pedido de prorrogação feita pelo locatário, respondeu a locadora que não pretendia renová-lo. O debate centrou-se na argumentação, do lado do locatário, do 'direito à automaticidade' da prorrogação; de outro, por parte da locadora, da legitimidade de sua pretensão a resilir a avença. A decisão, embora considerando caber razão à locadora, no sentido da inocorrência da 'automaticidade' da prorrogação contratual, uma vez terem as partes sempre observado o requisito da forma contratualmente prevista, entendeu, porém, obstado o poder formativo extintivo de resilição (denúncia contratual), apontando, conseqüentemente, ao nascimento do direito à prorrogação pelo fato de, no período imediatamente anterior ao 'dies ad quem' do prazo contratual, ter a locadora imposto ao locatário a realização de despesas com reformas no prédio, levando-o a acreditar que não romperia, inopinadamente, uma tradição de 12 (doze) anos no sentido da continuidade da relação contratual. Nos fundamentos do acórdão está o princípio da boa-fé objetiva, como proteção à confiança traída. Esses exemplos são suficientes, no meu entender, para demonstrar como vem a jurisprudência brasileira construindo a normatividade do princípio da boa-fé objetiva como norma reitora da proteção da confiança, da colaboração e da consideração com os interesses alheios que presidem a relação obrigacional.

A *verwirkung* alemã tem sido definida como a paralisação do exercício de um direito com o fim de ampliar e retificar os formalistas e esquemáticos prazos de prescrição por meio de um idôneo instituto jurídico de criação própria que possa adaptar-se à situação concreta de cada caso.

Neste sentido, Borda (op. cit. p. 44-45) comenta:

*Se entiende que el ejercicio del derecho 'paralizado', que se funda em que los plazos de prescripción no han transcurrido íntegramente, importa un abuso del derecho. Por tanto, esse derecho ejercido resulta inadmisibile sobre la base de que há sido realizado con un retraso objetivamente desleal, a pesar de que dicho derecho todavía existe según lãs normas legales. Echar mano de esa norma legal importa atentar contra la buena fe y lesionar la confianza em el trafico jurídico*

### 3 CONCEITO DA DOCTRINA DOS ATOS PRÓPRIOS

A doutrina dos atos próprios é uma construção que tem suas raízes na Glosa e que tem sido conhecida em nosso meio fundamentalmente através de autores espanhóis.

Esta doutrina constitui uma ferramenta conceitual na qual Juízes e Operadores do Direito de uma maneira geral recorrem com frequência crescente para rechaçar pretensões contraditórias com a conduta passada do pretensor, quando elas contrariam a boa-fé ou vulneram a confiança que terceiros depositaram sobre dita conduta prévia.

Ao proteger desse modo a parte contrária ante tais mudanças de atitude, se ampara a boa-fé e a regularidade e confiabilidade do mundo jurídico. Neste viés, a boa-fé – se tem dito – implica um dever de coerência de comportamento que consiste na necessidade de observar o futuro, a conduta que os atos anteriores devem prever.

No direito argentino, a doutrina em comento tem alcançado grande difusão nos últimos anos. Ela encontra hoje apoio na regra da boa-fé que governa tanto o exercício dos direitos como a execução e interpretação dos contratos, segundo dispõem, respectivamente os arts. 1071 e 1198 do Código Civil em sua atual redação:

**Artículo 1071.**

*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*

**Artículo 1198.**

*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.*

A Teoria dos Atos Próprios tem sido adotada pelos Autores, assim como pela Jurisprudência. Inclusive, a Corte Suprema a aplicou pela primeira vez em 1869, onde

restou pacificado que a atitude das partes não pode se pôr em contradição com seus próprios atos, exercendo uma conduta incompatível com a mesma assumida anteriormente.

Ponderando unicamente as palavras "*à vol d'oiseau*", é possível se cogitar que o Direito não admite comportamentos contrários, ou melhor, a mudança de comportamento. Não é esse o caso. É sabido que o homem por sua própria natureza tem um caráter inconstante, de contínua mutação.

É por consequência desse comportamento instável, que se garante o desenvolvimento da humanidade e sua adaptabilidade ao meio, modificando inclusive, os padrões de conduta. A própria Constituição Federal do Brasil consagra esse comportamento como direito fundamental do homem, ao prevê o direito à liberdade que abrange igualmente, a mudança de opinião ou atitude.

Em verdade, a vedação ao comportamento contraditório não proíbe qualquer comportamento incoerente. O que não se admite, é que o sujeito atue frustrando as expectativas que criou em outrem, em razão daquele comportamento anterior. A não aceitabilidade do *venire* não se firma apenas no comportamento conflitante, mas, sobretudo, na quebra da confiança que foi gerada em terceiros.

Nota-se, que o comportamento contraditório por si só não é entendido como ilícito, mas sim, aquela conduta que frustrou a expectativa do outro, criada a partir de um comportamento anterior. Importa a confiança que o fato anterior (*factum proprium*) criou, e que foi rompida pelo ato subsequente, gerando a frustração das expectativas firmadas pela outra parte.

#### **4 ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS**

As condições fundamentais para a aplicação da doutrina dos atos próprios podem ser sintetizadas da seguinte maneira:

I – Que existam uma conduta prévia e uma pretensão posterior emanadas da mesma pessoa (conceito que inclui seus representantes ou sucessores) e que se hajam produzido ambas diante da mesma parte e dentro do marco temporal da mesma relação ou situação jurídica. Ou seja, que exista identidade de partes e unidade de situação jurídica;

II – Que a conduta prévia seja válida, já que a Teoria ora em estudo, não impede alegar a nulidade de um ato próprio juridicamente viciado;

III – Que tal conduta ou suas consequências necessárias e tal pretensão sejam contraditórias, incompatíveis entre si; e,

IV – Que não haja uma norma que autorize a contradição, como ocorre, entre outras normas do Código Civil Argentino, no seu art. 1150, o qual admite a retratação da oferta, e com o art. 1204, *in fine*, que permite demandar a resolução mesmo sem ter exigido o cumprimento.

Nesse contexto, exprime com clareza Menezes Cordeiro (2002, p. 411) ao afirmar que a tutela da confiança no *venire* se baseia em três premissas, são elas: a **justificação da confiança** que se funda em elementos objetivos aptos à provocarem uma crença plausível, o **investimento na confiança** manifestado através dos atos praticados pelo sujeito, baseados na expectativa que foi criada, e por fim, a **imputação da situação de confiança** que denota a existência de boa-fé da parte que confiou.

Como afirma Anderson Scheiber que dedica uma obra exclusivamente ao tema, o *venire contra factum proprium* se revela à luz de quatro pressupostos. O primeiro deles é um ato, definido pelo autor como *factum proprium*, atrelado à confiança do outro na conduta, ou ato anterior. Posteriormente há uma conduta contraditória à primeira e o consequente dano causado pela violado da confiança depositado no primeiro ato. (op. cit., p. 132). Exprime-se que para haver o *venire* é necessário que haja prejuízo a terceiros, indicando, por conseguinte, a importância do dano como pressuposto do ato ilícito, o que já fora discutido anteriormente.

## 5 A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS E OUTROS INSTITUTOS JURÍDICOS

Um complicado problema para ser elucidado diz respeito à delimitação do campo de aplicação da teoria dos atos próprios, diferenciando-a de outras figuras jurídicas afins. Diz-se que esta distinção é difícil em razão do fato de que muitas dessas figuras jurídicas nascerem como consequência da aplicação do princípio geral da boa-fé, e em algumas oportunidades deriva da aplicação da regra que sanciona a impossibilidade de ir licitamente contra os atos próprios.

Qualquer disposição, ainda que reconheça sua origem nesta regra, adquire vida própria uma vez inserida no corpo legal e, portanto, os problemas que encontrem na norma devem ser resolvidos por esta. Em conclusão, a Teoria dos Atos Próprios tem uma função residual ou subsidiária quando falta a solução legal expressa.

## 5.1 A BOA-FÉ

Como consequência do individualismo que marca a orientação do Direito no despontar de sua estruturação dogmática, a liberdade contratual foi alçada à condição de um dos fundamentos do direito contratual. Tem-se, portanto, um modelo que trabalha primordialmente com o indivíduo. Assim sendo, a boa-fé de cunho subjetivo é que prepondera, havendo algumas menções a ela no revogado código civil.

Isso não significa dizer que a boa-fé objetiva não grassasse alguma acolhida, em grau cada vez mais expressivo na doutrina e na jurisprudência. Em termos legislativos, o estabelecimento de padrões objetivos de atuação continuou a esbarrar na disciplina imposta ao código civil pela influência privatista de suas origens.

O Direito busca proteger a boa-fé das pessoas e pretende impedir que esta seja vulnerada. Como consequência disso é necessário proteger a crença e confiança que se desperta em um sujeito pelo comportamento de outro, confiança e crença estas que nascem da exigência de manter um comportamento coerente, ou seja, manter uma conduta honesta, reta, honrada e proba.

A boa-fé objetiva apresenta um componente positivo, uma imposição que serve de parâmetro para aferição da atuação dos contratantes, enquanto que a boa-fé subjetiva, carecendo de perquirição acerca do componente anímico do agente, parte do pressuposto inverso, ou seja, o que a má-fé é que tem que ser caracterizada.

Em um regime de aplicação da boa-fé objetiva, passa-se a ter um parâmetro objetivo, de forma que o comportamento que com ele não condiz, independentemente do aspecto anímico do agente, viola o dever de atuação imposto, e induz consequências práticas em favor do prejudicado. Em um regime iluminado pela boa-fé subjetiva, antes importa a intenção do agente do que a comparação de seu comportamento objetivamente considerado frente a um modelo de conduta.

A adoção da boa-fé objetiva como cláusula geral a ser aplicada a todos os contratos representa a mudança de paradigma no direito contratual, a qual também pode ser constatada a partir da adoção da função social do contrato. Esta mudança de paradigma se marca pela consideração de que o contrato não é apenas instrumento a serviço de interesses individuais, apresentando uma dimensão que repercute frente a toda a sociedade e que apresenta fundamental importância na consecução de objetivos constitucionais, os quais representam de seu turno, etapas necessárias para a materialização dos valores constitucionais fundamentais.

## 5.2 O ABUSO DE DIREITO

É conveniente aclarar que, enquanto a Teoria dos Atos Próprios se reconhece como uma regra de direito derivada do princípio geral da boa-fé, o abuso de direito se constitui em um verdadeiro princípio.

Do ponto de vista da legislação Argentina, a teoria do abuso de direito configura uma verdadeira norma jurídica desde o momento em que foi consagrada no art. 1071 do Código Civil que dispõe que a lei não ampara o exercício abusivo dos direitos; e, levando a casos concretos sua aplicação, considera abusiva a pretensão de degradar, desnaturalizar ou destruir a propriedade, pois é considerada um ataque, não contra alguém especificamente, mas sim contra a comunidade em geral, que deve assistir passivamente a ação de um proprietário desavisado que desconhece a função social da propriedade.

As circunstâncias de que o abuso de direito constitui uma norma jurídica tem uma importância radical. Antes de sua consagração legislativa, o abuso de direito só era uma aspiração ética; a partir desse momento, a conduta abusiva importa um ilícito *sui generis*. Dizer que um ilícito *sui generis* significa dizer que a teoria do abuso de direito protege não apenas aqueles interesses humanos que a lei reconhece expressamente através de direitos subjetivos perfeitos, mas sim aqueles outros interesses tutelados por uma norma jurídica específica.

A teoria do abuso de direito importa, portanto, um limite imposto ao exercício anormal ou irregular do direito subjetivo, na proteção aos interesses dignos de proteção jurídica, que os da sociedade.

Apesar de tudo isso, há diferenças entre o abuso de direito e o *venire*:

a) Ainda que ambas reconheçam uma origem comum no princípio geral da boa fé, o abuso de direito é um princípio geral autônomo, enquanto que a Teoria dos Atos Próprios constitui uma regra de direito derivada do princípio geral da boa fé;

b) A teoria do abuso de direito tende a equilibrar a legítima atuação dos direitos individuais com os interesses da coletividade. A teoria dos atos próprios somente aponta para proteger o sujeito passivo que confia em um comportamento coerente do sujeito ativo;

c) O campo de atuação da teoria dos atos próprios é mais restrito que o abuso de direito. Na primeira, somente sanciona o comportamento objetivamente contraditório; no segundo, se castiga toda conduta que se considere abusiva.

### 5.3 VEDAÇÃO DA PRÓPRIA TORPEZA

Ninguém pode se aproveitar da sua própria torpeza. Esta regra, nascida no Direito Romano, pretende impedir que se obtenha uma declaração contrária a uma primeira manifestação alegando, por exemplo, que provocou intimidação ou violência ou empregou dolo. O *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* prevê no seu art. 171: *La parte que hubiere dado lugar a la nulidad, no podrá pedir la invalidez del acto realizado.*

De fato, esta regra tem algum ponto de contato com a teoria dos atos próprios enquanto que ambas sancionam a conduta posterior contraditória com um primeiro ato e impedem que um negócio irregular seja declarado eficaz. No entanto, existe uma diferença determinante: quem invoca a própria torpeza faz expressa referência a um primeiro ato e intenta desconhecê-lo, mas se priva de impugna-lo devido a sua responsabilidade na irregularidade do negócio; ao contrário, quando se aplica a Teoria dos Atos Próprios, se tem em conta a conduta contraditória sem importar a boa ou má-fé do declarante: este até pode impugnar, mas dita impugnação é freada pela atitude que o mesmo teve frente ao negócio.

Quem invoca a própria torpeza atua de má-fé, e na regra do *venire contra factum proprium* se protege a boa-fé de quem recebeu a declaração.

### 5.4 O NEGÓCIO JURÍDICO INEFICAZ

Existem negócios jurídicos cuja invalidez ou ineficácia nasce concomitantemente com o mesmo negócio jurídico; no entanto, estes podem ser confirmados pelas partes, seja através de manifestações expressas de vontade ou de condutas. As primeiras constituem confirmações expressas do negócio ineficaz, enquanto que as segundas conformam as chamadas confirmações tácitas.

Assim, há semelhança entre a Teoria dos Atos Próprios e o Negócio Jurídico Ineficaz. Com efeito, não se pode querer desconhecer o ato anterior, ainda que ineficaz, quando existem atos posteriores que o confirmam. Estes atos anteriores importam uma confirmação tácita do negócio ineficaz e, por outro lado, podem encaixar na teoria dos atos próprios.

No entanto, existem diferenças relevantes entre os institutos, de maneira que a regra que sanciona o *venire contra factum proprium* constitui um antecedente histórico da confirmação tácita do negócio ineficaz. São basicamente três as diferenças:

a) a confirmação tácita constitui uma norma positiva sancionada pelo artigo 1063 do Código Civil Argentino, ao passo que a Teoria dos Atos Próprios é uma regra de Direito derivada do princípio geral da boa-fé;

b) a confirmação tácita opera somente quando se trata de um primeiro ato jurídico ineficaz. Já a Teoria dos Atos Próprios não presta atenção à eficácia ou ineficácia do negócio jurídico em si, simplesmente sanciona o comportamento incoerente ou contraditório na defesa da proteção à boa-fé; e

c) cabe assinalar que, se se trata de um ato nulo de nulidade absoluta, o negócio é impugnável e não pode ser confirmado ainda quando se tenha atuado contrariando os próprios atos. Excetuando-se este caso, não é invocável a nulidade de um convênio quando se tenha começado a execução.

## **6 HIPÓTESES EM QUE SE INVOCOU A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS NO BRASIL E NA JURISPRUDÊNCIA ARGENTINA**

Sempre que se fala de uma teoria, fica-se a imaginar em algo fictício, de ficção jurídica e pouca ou nenhuma aplicabilidade prática. Entretanto, este não pode ser o pensamento quando se pretende falar da Teoria ou Doutrina dos Atos Próprios. Com efeito, conforme se provará a seguir, não somente na Jurisprudência Argentina, mas também em Tribunais estrangeiros, a exemplo do Brasil, se tem invocado cada vez mais a Teoria em comento para rever decisões e até mesmo anulá-las em casos extremos.

Assim, dentro da copiosa jurisprudência argentina e estrangeira, de uma maneira geral, se podem mencionar as seguintes situações típicas nas quais se invocou a Doutrina dos Atos Próprios. Primeiro, quando uma pessoa haja intervindo em uma situação jurídica sobre um caráter que ela voluntariamente tenha assumido, não pode logo invocar um distinto caráter frente aos demais intervenientes, em detrimento destes. Tal foi o caso do engenheiro que em sede administrativa reconheceu tacitamente sua vinculação com uma obra e seus planos e logo depois, em sede judicial, pretendeu ser alheio a dita obra.

Um segunda situação ocorre quando alguém obteve uma medida cautelar a respeito de uma comissão consorcial, não podendo em seguida questionar sua legitimação para atuar em juízo a esse respeito.

Terceiro caso é quando uma pessoa tem sustentado ou admitido, frente a outra, a existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica, não podendo logo depois invocar frente a essa mesma pessoa e em detrimento desta última a inexistência ou existência, respectivamente, de tal relação ou a distinta natureza da mesma relação, nem pretender escapar dos efeitos que produz a relação reconhecida.

Por fim, o último caso é quando uma pessoa “tem sustentado ou admitido, frente a outra, a existência ou inexistência de um determinado fato, não podendo depois invocar frente a mesma pessoa e em detrimento desta última a inexistência ou existência, respectivamente, deste fato” (MAIRAL, 1988, p. 8).

A jurisprudência espanhola tem utilizado a doutrina dos atos próprios para impedir que a Administração Pública desconheça direitos adquiridos pelo particular ao amparo de um regramento anterior em seguida derogado.

Na Argentina, de acordo com os ensinamentos de Mairal (op.cit. p. 94), a jurisprudência da Corte Suprema tem fundamentado o respeito aos direitos adquiridos na garantia constitucional da propriedade, pela qual a regra do *venire* não encerra aqui um rol necessário. Assim, em uma oportunidade disse a Corte:

*Quando bajo la vigencia de una ley el particular há cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en la misma para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución nacional.*

Por ela, quando a conduta estatal prevê a permissão da constituição de um direito perfeito na cabeça do particular, os atos posteriores que intentem desconhecer tal direito, acabam chocando-se contra um obstáculo constitucional: o devido respeito aos direitos adquiridos que amparam a garantia da propriedade na interpretação ampla que dá a este último conceito a jurisprudência da Corte Suprema.

Os Tribunais brasileiros, a exemplo do país vizinho, também tem sustentado em várias decisões, a Doutrina ora em estudo. Com efeito, os tribunais também foram

os principais responsáveis pela vinda do *venire* ao ordenamento pátrio. Nos tribunais superiores o primeiro julgado que reconheceu a aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* data de 1978.

Em 20 do mês de outubro do ano supracitado, o STF proferiu acórdão em que não conheceu o recurso extraordinário da parte que aduziu a inconstitucionalidade da aplicação da lei uruguaia, buscando o reconhecimento do regime de bens adotado no Brasil, qual seja, comunhão parcial, quando em verdade, casou-se no Uruguai e adotou o regime de separação de bens. Em voto, o ministro relator, Exmo Leitão de Abreu considerou que o recorrente atuou em afronta à boa-fé, ao executar o regime de bens que manifestamente adotou, quando firmou matrimônio no estado uruguaio. Eis o trecho do referido voto:

Com perfeita boa-fé agiu o recorrente no estabelecimento do regime de bens do casamento. Tanto quis, com lealdade esse regime, que, realizado o matrimônio, ali, de outros atos, que traduzem manifestação inequívoca de que se considerava casado sob o regime de separação de bens, chegou o mesmo a declarar –se assim casado em escritura pública de aquisição de bens (fl.660). Se isso é certo, não pode, agora, passados anos, cerca de um quinquênio, ser ouvido quando vem sustentar que o regime de bens, em vez de ser o da separação, ao qual conscientemente se submeteu e sob o qual, de fato, passou a viver, é o regime da comunhão. Tendo criado, com a recorrida, uma situação que ambos acreditaram regular e juridicamente constituída, situação que foi condição do casamento, não pode vir agora, sem quebra da boa-fé, renegar o regime a que ambos, no casamento quiseram submeter-se. Instituído uma situação em que a outra parte confiou, a alegação, que agora levanta, de que o regime de bens é o da comunhão de bens, importa quebra do princípio geral de direito, segundo o qual não pode a parte *venire contra factum proprium*. (1978, RE/86.787-RS, DJ 04-05-1984 EMENT VOL-00113-02 PP-00621, RTJ VOL-00090-03 PP-00968).

Como se depreende no voto transcrito, o ministro atribui a vedação ao comportamento contraditório a definição de princípio geral do direito. De certo que dentre os atos ilícitos objetivamente considerados, o mais relevante é o *venire contra factum proprium*. Não é por acaso que o apresentam como princípio e não somente como um instituto. É pela sua tamanha importância no tráfico jurídico, que salta à vista algumas discussões acerca de sua natureza no ordenamento.

No âmbito do TJRS, encontra-se emblemático exemplo no julgamento da Apelação Cível nº 70014739346, Quinta Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrackm, cuja ementa é a seguinte:

SEGURO-SAÚDE. LIMITAÇÃO DE LOCAL DE INTERNAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA À LUZ DO PRINCÍPIO CONTRATUAL

DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. COBERTURA INDENVIDAMENTE NEGADA. As cláusulas limitativas devem ser interpretadas restritivamente, não se configurando, por si só, como abusivas, desde que não desvirtuem o próprio objeto do contrato. Em que pese haja cláusula de exclusão expressa quanto à prestação do serviço hospitalar ocorrer em determinado nosocômio, “*in casu*” tal limitação mostra-se indevida, porquanto em outras duas oportunidades o paciente recebeu autorização da seguradora para internar-se no hospital objeto da controvérsia. Houve, assim, segundo reza o princípio do venire contra factum proprium, modificação da cláusula restritiva, devido ao comportamento das partes. Após o prévio consentimento da ré em autorizar, por duas ocasiões, a internação do autor no nosocômio cujos serviços estavam expressamente excluídos do plano de saúde, revela-se ilegal a negativa de nova internação, pois restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, pois esta limitação está burlando as expectativas legítimas do consumidor. Apelo provido. (*juízo em 09.08.2006*).

Em outra oportunidade, no julgamento da Apelação Cível nº 70011833878, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relativa à resolução contratual em promessa de compra e venda, o relator, Desembargador Carlos Rafael dos Santos Júnior, em seu voto ressaltou:

Tendo preferido levar a cabo, ele mesmo, tarefa que, pelo contrato, cabia à promitente-vendedora, não pode o autor exigir mais do que o ressarcimento das despesas em valores corrigidos. O que penso não ser admissível é que o autor tome a iniciativa de regularizar o imóvel para, posteriormente, pedir a rescisão contratual por culpa da parte adversa, caracterizada pela inércia em praticar aqueles atos que o próprio autor já se encarregou de solucionar. Atos inequívocos no sentido de aperfeiçoar o contrato foram praticados pelo próprio autor. Tal comportamento significaria venire contra *factum proprium*. Comentando o instituto, o doutrinador Fernando Noronha, em sua obra O direito dos contratos e seus princípios fundamentais, anota que ‘Nesta categoria, cabem diversos casos em que o titular de um direito adota atitudes digamos deslealmente contraditórias, criando primeiro na contraparte uma confiança justificada em que não exercerá o seu direito e depois fazendo valer este. (...) O dever de não agir contraditoriamente, de atuar de acordo com os padrões exigíveis de correção e lealdade, é infringido sempre que o desrespeito pela confiança legítima da contraparte possa ser imputado ao titular do direito (...)’ (CORDEIRO, 1994. p. 183 e 185).

Ainda no mesmo diapasão, interessante excerto extrai-se do julgamento do Agravo nº 70013531694, Décima Nona Câmara Cível do TJRS, relator o Desembargador Mário José Gomes Pereira:

Cuida-se, aqui, de aplicar-se a Teoria dos Atos Próprios, obviando que o processo colida com o que, na prática, e de fato, plasmou-se num certo sentido por força do comportamento regular da parte autora. Inadmissível a postura (aqui, com o aforamento em questão) incongruente com a antes adotada, rejeitada a atitude oscilante, surpreendente, a atentar contra a realidade de fato já consolidada.

Neste rumo, a lição de Aguiar Júnior, ao ministrar que 'a teoria dos atos próprios, ou a proibição de venire contra factum proprium protege uma parte contra aquela que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com a surpresa e prejuízo à contraparte.' (Aguiar Júnior, Ruy Rosado de. A Extinção do Contratos por Incumprimento do Devedor, 1ª ed. Rio de Janeiro, Aide, 1991)

Segundo Renan Lotufo, 'a locução venire contra factum proprium, significa o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente, ou seja, dois comportamento da mesma pessoa, que são lícitos entre si, e diferidos no tempo. O primeiro comportamento, o factum proprium, é contrariado pelo segundo.

O princípio do venire contra factum proprium tem fundamento na confiança despertada na outra parte, que crê na veracidade da primeira manifestação, confiança que não pode ser desfeita por um comportamento contraditório. Pode-se dizer que a inadmissibilidade do venire contra factum proprium evidencia a boa-fé presente na confiança, que há de ser preservada. Daí o dizer de Franz Wieacker (El principio general de la buena fé, p. 62): "...el principio del venire es una aplicación del principio de la 'confianza en el tráfico jurídico' y no una específica prohibición de la mala fe y de la mentira'. (Código Civil Comentado, vol. I, Parte Geral, ed. Saraiva, 2003, pág. 501/502).

Para Anderson Schreiber 'O nemo potest venire contra factum proprium representa, desta forma, instrumento de proteção a razoáveis expectativas alheias e de consideração dos interesses de todos aqueles sobre quem um comportamento de fato possa vir repercutir. Neste sentido, o princípio de proibição ao comportamento contraditório insere-se no núcleo de uma reformulação da autonomia privada e vincula-se diretamente ao princípio constitucional da solidariedade social, que consiste em seu fundamento normativo mais elevado.' (A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança venire contra factum proprium, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 269/270)

'Nestes termos, como já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, para se ter um comportamento por relevante, há de ser lembrada a importância da doutrina sobre os atos próprios. Assim, "o direito moderno não compactua com o venire contra factum proprium, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente (MENEZES CORDEIRO, Da Boa-fé no Direito Civil, 11/742). Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior.' (Resp n. 95539-SP), onde restou consignado pelo então relator, Min. RUY ROSADO que, o sistema jurídico nacional, "deve ser interpretado e aplicado da tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com os princípios éticos, inspiradores do sistema.'

Neste cenário, como a teoria dos atos próprios é um importante vetor interpretativo no combate ao abuso do direito, avigoro a sentença, desprovendo o presente recurso. (julgado em 13.12.2005).

Não é demais mencionar que o fato de alguns autores, como Cordeiro (2003) e Anderson Schreiber (2005) o considerar como princípio, não retira a sua qualidade de abuso do direito. A inserção do *venire* nessa categoria, só vem facilitar a

compreensão metodológica da matéria, e, por conseguinte, não reduz sua relevância na ordem jurídica.

## **7 A RESPONSABILIDADE DOS JUIZES NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL: COISA JULGADA, SOBERANIA E INDEPENDÊNCIA**

A responsabilidade Judicial propriamente dita e o poder são as chaves que proporcionam a chave para captar as particularidades do problema da responsabilidade judicial hodiernamente.

Primeiramente, refere-se a relações. Por óbvio que o poder pode aumentar e, constantemente, isso acontece, irresponsavelmente. Mas não há com isso um determinismo cerrado, fechado pelo qual a maior parte do poder corresponda necessariamente a um maior grau de responsabilidade. O poder irresponsável é anormal, o que se denomina “falta de organização racional”, ou na visão dos politicólogos “autoritarismo”, e em casos extremos “tirania”.

Na clássica divisão de poder, Montesquieu buscou uma organização estatal que garantisse, sem comprometer sua funcionalidade, o pleno exercício da liberdade individual, consistente, a seu ver, em fazer tudo o que a lei permitia, e de não fazer nada a que a lei não obrigue.

Sua principal conclusão foi a de que a tirania e o despotismo surgem quando não há uma nítida divisão das funções estatais. Assim não há liberdade política duradoura se os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não forem outorgados cada qual a um órgão estatal distinto.

Em uma democracia liberal o maior poder trará maior responsabilidade, de modo que aumentando aquele aumentará esta. Esse equilíbrio entre o poder e a responsabilidade é inerente ao que se pode chamar de sistema de equilíbrio de poderes, que depende da ideologia política predominante e da organização do Estado, o que somente se dá nos sistemas racionalmente organizados ou nas democracias liberais.

O problema da responsabilidade Judicial tem características peculiares e sua importância tem aumentado devido às maiores atribuições outorgadas ao poder judicial em numerosos países.

Há muito tem se deixado de lado o princípio segundo o qual o pleito só interessa às partes e que o Juiz é um árbitro passivo, sem atribuições ou resistente a exercê-las para dirigir e controlar a marcha do processo.

O juiz é o grande crítico da lei; seu compromisso é com o Direito. Não pode ater-se ao positivismo ortodoxo. O Direito não é simples forma. O magistrado tem compromisso com a justiça, no sentido de analisar a lei e constatar se, em lugar de tratar igualmente os homens, mantém a desigualdade de classes. O juiz precisa tomar consciência de que sua sentença deve repousar em visão ontológica. Tantas vezes, a lei se desatualiza, ou é inadequada para conferir o equilíbrio do conteúdo da relação jurídica. Quando isso acontece, afeta a eficácia.

Cumprir, então, ao juiz, gerar a solução alternativa. Explique-se: criar a solução adequada para o caso concreto. A lei deixará de ser expressão do Direito. Aplicá-la será injustiça. Impõe-se gerar a norma justa (proporcionalidade reclamada). O juiz precisa tomar consciência de seu papel político; integrante de Poder. A lei é meio. O fim é o Direito.

De acordo com Aroca (2006, p. 36):

*La responsabilidad de jueces y magistrados se esta convirtiendo, día a día Y a pasos agigantados, en uno de los temas de atención preferente en el mundo jurídico de todos los países que tienen, o quieren tener, una magistratura independiente.*

Cumprir, então, ao juiz, gerar a solução alternativa. Explique-se: criar a solução adequada para o caso concreto. A lei deixará de ser expressão do Direito. Aplicá-la será injustiça. Impõe-se gerar a norma justa (proporcionalidade reclamada). O juiz precisa tomar consciência de seu papel político; integrante de Poder. A lei é meio. O fim é o Direito.

No Brasil, o atual Código de Processo Civil, repetindo a regra já constante do CPC de 1939, dispõe:

Art. 133 - Responderá por perdas e danos o Juiz, quando:  
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;  
II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao Juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez (10) dias.

A Lei Orgânica da Magistratura, por sua vez, (Lei Complementar n. 35, de 14.3.79) reproduziu tal enunciado em seu art. 49, estendendo sua incidência também aos atos praticados nas demais jurisdições (criminal, eleitoral, trabalhista, militar)<sup>35</sup>. Esta lei, que também é o estatuto na magistratura nacional, regula a hipótese de aposentadoria do Juiz por negligência manifesta e incapacitação para o serviço (art. 56).

A orientação jurisprudencial predominante tem afirmado a irresponsabilidade do Estado por atos dos Juízes, salvo quando o dever de indenizar é expressamente previsto em lei, como ocorre no erro judiciário criminal, após processo de revisão, de acordo com o art. 630 do Código de Processo Penal.

É de se ressaltar que, sobre o tema responsabilidade dos Juízes, há três teses universalmente difundidas: a soberania exercida pela autoridade judiciária, a força da coisa julgada e a necessidade de garantir a liberdade e a independência dos Juízes.

O Estado não responderia pelo ato jurisdicional porque emanação da própria soberania, *supra legem*, de cujo exercício não pode surgir pretensão ressarcitória.

Neste diapasão, decidiu o STF em 1971 (RTJ, 64/689), em sessão plenária:

O Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania. O pensamento dominante é de que, em se tratando de exercício de atos de soberania, a igual da responsabilidade do legislador, não poderia resultar a responsabilidade de indenizar quem, súbito, sofresse prejuízos daí consequentes.

Como consequência dessa asserção, o Juiz não seria funcionário ou preposto do Estado; logo, se houvesse ilicitude, esta seria da responsabilidade exclusiva e pessoal do seu autor, nos termos da lei.

O segundo obstáculo reside na existência da coisa julgada: “A irresponsabilidade do Poder Público neste caso e um corolário fatal da autoridade da *res judicata* (PEDRO LESSA, 2011, p. 164)

A coisa julgada, tida como expressão da verdade, é instituto processual especialmente importante para a segurança das relações sociais, e a imutabilidade das decisões judiciais tem relevância social preponderante.

Por fim, o abalo à independência do julgador, segundo Carlos Maximiliano (2005, p. 67): “A irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos Juízes

advém da independência da magistratura, prerrogativa esta que tem como consequência lógica o tornar exclusivamente pessoal a responsabilidade”.

O Supremo Tribunal Federal manteve por muito tempo o entendimento do domínio do princípio da irresponsabilidade, não apenas no tocante à liberdade e independência dos magistrados, mas em atenção à autoridade da coisa julgada, que se sentiriam tolhidos, a cada passo, na sua função de dizer o direito ou resolver as graves questões administrativas que lhe são afetas, pelo temor de engendrar responsabilidade, para si e para o Estado que representam.

No entanto, há um movimento forte para desmistificar este conceito, por motivos de ordem jurídica e política. Com efeito, a necessidade de realizar a justiça não se satisfaz com o sacrifício individual injusto, mesmo quando consequência do ato jurisdicional.

Este movimento está diretamente ligado à chamada Teoria dos Atos Próprios, que surgiu justamente para impedir que, sob a escusa da coisa julgada, da soberania e independência da Magistratura, alguns abusos sejam cometidos no exercício da prestação da tutela jurisdicional.

## 7.1 DEBERES DOS MAGISTRADOS À LUZ DO CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Assim como a legislação brasileira, a Argentina possui em seu Código de Processo Civil os deveres e faculdades que os Juízes têm na prestação da tutela jurisdicional.

Com efeito, dispõem os artigos 34, 35 e 36 do Código argentino (2004, p.536-572):

### *CAPITULO IV - DEBERES Y FACULTADES DE LOS JUECES*

#### *DEBERES*

*Art. 34. - Deberes. Son deberes de los jueces:*

*1. Asistir a la audiencia preliminar y realizar personalmente las demás diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas en las que la delegación estuviere autorizada.*

*En el acto de la audiencia, o cuando lo considere pertinente, si las circunstancias lo justifican, podrá derivar a las partes a mediación. Los términos del expediente judicial quedarán suspendidos por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes y se reanudará una vez vencido. Este plazo podrá prorrogarse por acuerdo expreso de las partes.*

*En los juicios de divorcio, separación personal y nulidad de matrimonio, en la providencia que ordena el traslado de la demanda, se fijará una audiencia en la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del Ministerio Público, en su caso. En ella el juez tratará de reconciliar a las*

partes y de averirlas sobre cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal.

2. Decidir las causas, en lo posible, de acuerdo con el orden en que hayan quedado en estado, salvo las preferencias establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional.

3. Dictar las resoluciones con sujeción a los siguientes plazos:

a) Las providencias simples, dentro de los tres (3) días de presentadas las peticiones por las partes o del vencimiento del plazo conforme a lo prescripto en el artículo 36, inciso 1) e inmediatamente, si debieran ser dictadas en una audiencia o revistieran carácter urgente;

b) Las sentencias interlocutorias y las sentencias homologatorias, salvo disposición en contrario, dentro de los diez (10) o quince (15) días de quedar el expediente a despacho, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado;

c) Las sentencias definitivas en juicio ordinario salvo disposición en contrario, dentro de los cuarenta (40) o sesenta (60) días, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado. El plazo se computará, en el primer caso, desde que el llamamiento de autos para sentencia, dictado en el plazo de las providencias simples, quede firme; en el segundo, desde la fecha de sorteo del expediente, que se debe realizar dentro del plazo de quince (15) días de quedar en estado;

d) Las sentencias definitivas en el juicio sumarísimo, dentro de los veinte (20) o treinta (30) días de quedar el expediente a despacho, según se trate de juez unipersonal o tribunal colegiado. Cuando se tratase de procesos de amparo el plazo será de diez (10) y quince (15) días, respectivamente.

En todos los supuestos, si se ordenase prueba de oficio, no se computarán los días que requiera su cumplimiento.

4. Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.

5. Dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en este Código:

I. Concentrar en lo posible, en un mismo acto o audiencia, todas las diligencias que sea menester realizar.

II. Señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades.

III. Mantener la igualdad de las partes en el proceso.

IV. Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe.

V. Vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal.

VI. Declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes.

(Artículo sustituido por art. 52 de la Ley Nº 26.589 B.O. 06/05/2010. Vigencia: a partir de los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial)

#### POTESTADES DISCIPLINARIAS

Art. 35. - Para mantener el buen orden y decoro en los juicios, los jueces y tribunales deberán:

1) Mandar que se teste toda frase injuriosa o redactada en términos indecorosos u ofensivos, salvo que alguna de las partes o tercero interesado solicite que no se lo haga.

2) Excluir de las audiencias a quienes perturben indebidamente su curso.

3) Aplicar las correcciones disciplinarias autorizadas por este Código, la ley orgánica, el Reglamento para la Justicia Nacional, o las normas que dicte el Consejo de la Magistratura. El importe de las multas que no tuviesen destino especial establecido en este Código, se aplicará al que le fije la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Hasta tanto dicho tribunal determine

*quiénes serán los funcionarios que deberán promover la ejecución de multas, esa atribución corresponde a los representantes del Ministerio Público Fiscal ante las respectivas jurisdicciones. La falta de ejecución dentro de los treinta días de quedar firme la resolución que las impuso, el retardo en el trámite o el abandono injustificado de éste, será considerado falta grave.*

*(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.488 B.O. 22/11/2001)*

#### **DEBERES Y FACULTADES ORDENATORIAS E INSTRUCTORIAS**

*Art. 36. - Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán:*

*1) Tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso. A tal efecto, vencido un plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias.*

*2) Intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente procesal, pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos.*

*En cualquier momento podrá disponer la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación.*

*3) Proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria. En todos los casos la mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento.*

*4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán:*

*a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;*

*b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario;*

*c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389.*

*5) Impulsar de oficio el trámite, cuando existan fondos inactivos de menores o incapaces, a fin de que los representantes legales de éstos o, en su caso, el Asesor de Menores, efectúen las propuestas que estimen más convenientes en interés del menor o incapaz, sin perjuicio de los deberes propios de dicho funcionario con igual objeto.*

*6) Corregir, en la oportunidad establecida en el artículo 166, inciso 1 ) y 2), errores materiales, aclarar conceptos oscuros, o suplir cualquier omisión de la sentencia acerca de las pretensiones discutidas en el litigio, siempre que la enmienda, aclaración o agregado no altere lo sustancial de la decisión.*

Na Argentina, não há um direito à jurisdição tempestiva de forma expressa, entretanto, doutrinadores como Grillo Ciochini (2002, p. 177) alegam que o direito fundamental em estudo advém da garantia do devido processo legal. Aduz, também, que tal direito possui ligação com a presunção de inocência, o regime republicano e os “mandatos implícitos” da Constituição Argentina.

Utiliza, outrossim, como fundamentos o direito a não denegação de justiça e, também, o dever do juiz de vigiar o andamento do processo para que este atinja a maior economia processual possível, fixada no artigo 34, 5.º, alínea “e”, do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Sendo que, segundo o autor, dentro da noção de economia processual, concentrar-se-ia a ideia de rapidez.

Relativamente à Teoria dos Atos Próprios, é mister fazer alusão aos arts. 169 a 174 do mesmo Código processual civil argentino.

É de bom alvitre que a celebração dos atos processuais se dê conforme os cânones da lei, para que então possam surtir seus efeitos no mundo jurídico. Conseqüência lógica da inobservância dos parâmetros estabelecidos, é a inaptidão a produzir os efeitos que ordinariamente deveriam ter, tratado esse aspecto pelo campo das nulidades dos atos processuais.

Sabe-se que o processo é resultante de dois componentes que se combinam e se complementam, quais sejam a relação processual e o procedimento. A relação processual sendo complexa compõe-se de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas, onde a passagem de uma para a outra é ocasionada sempre por eventos que têm, perante o direito, a eficácia de constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Esses eventos recebe o nome de fatos processuais.

Os fatos processuais podem ser ou não ser efeito da vontade de uma pessoa, logo, ato processual é toda conduta dos sujeitos do processo que tenha por efeito a criação, modificações ou extinção de situações jurídicas processuais.

Pela grande semelhança, há de se fazer uma distinção entre fatos e atos processuais. Fato processual é todo fato humano, ou não, que tenha repercussão no processo, como por exemplo, a morte da parte, o fechamento imprevisível do foro. Também o são todos os atos ou negócios jurídicos, que, a despeito de poderem ter conseqüência no processo não tem por finalidade a produção de efeitos processuais.

Ato processual classifica-se, portanto, como a manifestação de vontade de um dos sujeitos do processo, dentro de uma das categorias previstas pela lei processual, que tem por fim influir diretamente na relação processual. Há a necessidade, pois, de que haja:

a) A manifestação de vontade de um dos sujeitos do processo (juiz, partes ou auxiliares);

b) a previsão de um modelo na lei processual;

c) a constituição, modificação ou extinção da relação processual, quer no seu aspecto intrínseco, que é própria existência do vínculo que une autor, juiz e réu, quer no seu aspecto extrínseco, que é o procedimento, conjunto lógico e sucessivo de atos previstos na lei.

No título próprio do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, o legislador destacou alguns de seus aspectos, especialmente os relativos às nulidades.

Sobre a arguição das nulidades, acentue-se, em princípio, porém, que o Juiz, mercê de seu poder instrumental de direção do processo, deve velar, a cada instante da relação processual, para que ela caminhe escoimada de quaisquer vícios, irregularidades ou nulidades que a possam comprometer, segundo as regras do devido processo legal.

Nesse seu trabalho saneador, diligenciará, sempre, para que os atos processuais obedçam ao modelo legal, nos casos especificados pelo legislador, determinando que eles sejam convalidados, quando contiverem nulidades ou irregularidades que impeçam a produção dos efeitos processuais objetivados, e só proclamando a nulidade quando não houver possibilidade de recuperar o ato ou quando ele não tiver atingido o seu fim. Essa decretação não depende de provocação da parte e não se sujeita à preclusão porque é de interesse público; e em relação às relativas, por provocação das partes devido ao interesse privado.

É de se indagar: o que a Teoria dos Atos Próprios tem a ver com as nulidades processuais? Ora, conforme visto anteriormente a função da Teoria dos Atos Próprios é justamente para evitar posicionamentos contraditórios e incongruentes emanados do mesmo Julgador em caso semelhante.

Note-se que, há a previsão no Código Processual Civil Argentino acerca das nulidades processuais. E não se pode olvidar a possibilidade de, caso a decisão proferida pelo Magistrado esteja incongruente, abalando o princípio da boa-fé e causando prejuízos à outra parte, não haverá óbice a que a parte prejudicada requeira, em petição fundamentada, a decretação da nulidade da decisão, para que outra possa ser expedida em seu lugar, tudo de acordo com a regra do *venire contra factum proprium*.

## **8 CONCLUSÃO**

Ao longo do trabalho, foi visto que a consequência da regra da doutrina dos Atos Próprios é impedir que o sujeito realize um ato ou uma conduta contrária a outro ato ou conduta anterior. Dita regra não funda a sanção imposta na ilicitude da conduta contraditória, mas sim no que resulta inadmissível proteger um comportamento incoerente que pode trazer violação à confiança que foi despertada no terceiro em virtude do primeiro ato ou conduta, também chamada de conduta vinculante.

De alguma maneira, a venire contra factum proprium obriga as pessoas a manterem a palavra dada. Não se deve confundir esta teoria com a ilicitude, haja vista que, se a conduta posterior for ilícita, não há que se falar em Teoria dos Atos Próprios, mas sim na sanção aos atos ilícitos com a solução que a lei dá aos supostos atos de dolo, violência ou ilicitude.

Viu-se também que é possível afirmar que se trata de uma limitação aos direitos subjetivos que, em outras circunstâncias, poderiam ser exercidos licitamente; ao revés, nas circunstâncias concretas do caso, ditos direitos não podem ser exercidos se contrários ao posicionamento anterior, de maneira que o ordenamento jurídico não poderia ser conivente com tal comportamento.

Como consequência da inadmissibilidade da conduta contraditória, afirmou-se que desaparece a presunção da boa-fé no sujeito ativo. Com efeito, se o sujeito ativo que executa uma conduta contraditória ou incoerente, e que geralmente está consciente da prática deste ato, está agindo, a princípio, de má-fé, atingindo sobremaneira a parte contrária.

No mais, a Teoria dos Atos Próprios não tem a pretensão de invadir o princípio processual do livre convencimento motivado do magistrado, tão pouco retirar a autonomia de suas decisões. No entanto, não se pode fechar os olhos para uma prática cada vez mais comum no Judiciário, que são as decisões contraditórias e que vulneram princípios comezinhos do Direito. E este tem sido o posicionamento dominante, tanto dos Tribunais Pátrios, como de países vizinhos, a exemplo da Argentina.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2012.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. St. Paul: West Publishing, 1990.

BORDA, Alejandro. *La teoria de los actos propios*. 4. ed. Buenos Aires, 2005.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>>. Acesso em 20 jun 2012.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>>. Acesso em 16 jul. 2012.

CORDEIRO, Menezes de Almeida. *Diretrizes Teóricas do novo CC brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Judith Martins. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os sistemas de referência extracontratuais (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. *Revista dos Tribunais* (São Paulo), v. 852, 2006.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

MAIRAL, Hector. *La Doctrina de los propios actos y la administración pública*. Ed. Depalmi, 1988.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira (1946)*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

PUIG BRUTAU, José. *Estudios de derecho comparado: la doctrina de los actos propios*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951.

ROSENVALD, FARIAS, Nelson, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, vol. 1- Famílias. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SEGURO-SAÚDE. LIMITAÇÃO DE LOCAL DE INTERNAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA À LUZ DO PRINCÍPIO CONTRATUAL DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. COBERTURA INDENVIDAMENTE NEGADA Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9087/a-boa-fe-objetiva-e-seus-institutos/2>>. Acesso em 11 jul. 2012.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios – da proibição de venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2008.

## **A DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO: DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

## **CONSUMER PROTECTION IN COURT: DIFFUSE RIGHTS, COLLECTIVE AND INDIVIDUAL HOMOGENEOUS**

MARIA CAVALCANTE DE ALENCAR NETA<sup>\*</sup>  
MOISÉS DE S. COELHO NETO<sup>\*\*</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo versa sobre a defesa do consumidor em juízo, com ênfase na tutela dos direitos coletivos em sentido amplo. A problemática a ser enfrentada consiste na multiplicidade de demandas judiciais individuais, em razão da ocorrência de danos no mercado de consumo que atinjam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, atraindo, por conseguinte, a necessidade de se estabelecer mecanismos processuais capazes de tutelar coletivamente a parte hipossuficiente desta espécie de relação jurídica. Desse modo, o objetivo deste trabalho consiste no delineamento dos remédios processuais preordenados à defesa jurisdicional dos direitos coletivos do consumidor. Para alcançar os seus objetivos, será utilizado o método de abordagem dedutivo, bem assim os métodos analíticos, histórico e interpretativo, por meio de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. O trabalho analisará as regras normativas concernentes à defesa do consumidor em juízo, estabelecidas para equilibrar esta espécie de negócio jurídico. Será abordada, neste contexto, a tutela jurisdicional de caráter individual, traçando as suas características fundamentais, em ordem a enfrentar o objeto central do presente trabalho, a saber, a tutela coletiva do consumidor em juízo, em cujo âmbito serão destacados os instrumentos processuais vocacionados à esta defesa, quais sejam, Ação Popular, Ação Civil Pública, Ação Civil Coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos e o Mandado de Segurança coletivo, abordando os aspectos processuais e jurisprudenciais pertinentes ao tema. Em conclusão, o trabalho verificará a adequação dos referidos instrumentos para a tutela coletiva do consumidor em juízo, relacionando-os com os entendimentos dos tribunais brasileiros acerca da temática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela do Consumidor em Juízo. Direitos Difusos. Direitos Coletivos. Direitos Individuais Homogêneos.

### **ABSTRACT**

This article deals with the consumer in mind, with emphasis on the protection of collective rights in a broad sense. The problem to be faced is the multitude of individual lawsuits, because of damage to the consumer market that achieve diffuse rights, collective and individual homogeneous, attracting, hence the need to establish procedural mechanisms capable of protecting collectively hipossuficiente part of this kind of legal relationship. Thus, the aim of this work is the design of procedural

---

<sup>\*</sup> Graduada em Pedagogia pela UFPB. Estagiária no Escritório de Advocacia Villar Maia. Concluinte do curso de Direito da Fesp Faculdades, semestre 2013.2. E-mail: [mariaalencaradv@gmail.com](mailto:mariaalencaradv@gmail.com).

<sup>\*\*</sup> Advogado e Especialista em Direito do Consumidor. Professor da Fesp Faculdades. Atuou como orientador desse TCC.

remedies foreordained court defense of collective rights of the consumer. To achieve its goals, we will use the method of deductive approach, as well as analytical methods, and interpretive history through literature, documentary and jurisprudence. The work will examine the normative rules concerning consumer protection in court, established to balance this kind of legal business. Will be addressed in this context, the judicial protection of individual character, tracing its fundamental characteristics, in order to tackle the central object of this work, namely the consumer collective redress in court, under which will highlight the procedural tools aimed to this defense, namely, Class Action, Civil Action, Civil Action collective for the defense of individual rights and homogeneous injunction collective addressing the procedural aspects and case law relevant to the topic. In conclusion, the work will verify the suitability of these instruments for the collective protection of the consumer in mind, linking them with the understandings of the Brazilian courts on the theme.

**KEYWORDS:** Protection of Consumers in Court. Diffuse Rights. Collective and Individual Homogeneous.

## **1 INTRODUÇÃO**

Ao tecermos as considerações gerais sobre a defesa do consumidor em juízo, constatamos que após a implementação do Código de Defesa do Consumidor, pode-se afirmar que o consumidor está suficientemente protegido no que diz respeito à tutela legislativa, na medida em que se constata que o diploma legal consumerista traz em seu bojo um triplo espectro de proteção, abrangendo, pois, as tutelas civil, penal e administrativa.

No campo específico da defesa do consumidor em juízo, a referida assertiva é reforçada pelo escólio de Almeida (2009, p. 248):

Numa análise apressada, pode-se afirmar que o CDC – Código de Defesa do Consumidor – deu resposta legislativa adequada ao tema de acesso do consumidor aos órgãos judiciários, mas será necessário que seus passos sejam secundados por decisões políticas com vistas à efetiva implementação.

É de se observar que a proteção do consumidor fora antecedida pelo surgimento dos chamados direitos metaindividuais, é dizer, direitos cuja titularidade não pode ser individualizada, porquanto pertença à coletividade como um todo (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Nesse contexto, fácil é ver-se que a dogmática processual clássica, inspirada no liberalismo, revelou-se insuficiente para fazer frente às novas necessidades sociais, eis que o processo civil constituía instrumento idôneo a pôr termo aos conflitos de interesses individuais, nos quais as partes antagônicas são perfeitamente

identificadas. No entanto, como adaptar os mecanismos processuais clássicos à tutela dos direitos transindividuais, nos quais os sujeitos conflitantes não são individualizados? Como jurisdicionalizar uma lide que gira em torno de um produto defeituoso que afeta toda à coletividade e, por conseguinte, enseja o ajuizamento de milhares de ações judiciais com idêntico conteúdo?

Constata-se, em razão da evolução histórica sumariamente desenvolvida nas linhas anteriores, uma necessidade premente de coletivizar o processo civil, de tal sorte que a teoria processual passe a se preocupar com a tutela jurisdicional dos novos direitos ditos transindividuais.

Sobre o tema, eis as palavras de Mancuso (1992, p. 183):

Tudo está a confirmar o vaticínio de José Carlos Barbosa Moreira, quando indicou uma tendência do direito processual a transmigrar "de uma atmosfera ideologicamente impregnada do liberalismo individual" para um "ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social, com a consequente necessidade de novas formas de tutela". E ainda, que "a crescente pressão do social no mundo do processo impele-o ao reajuste dos instrumentos de tutela, ou ao fabrico de novos, para atender de modo conveniente a interesses, de relevância cada vez maior, que ultrapassam o nível individual para entender com a vida de comunidades amplísimas".

Com as atenções voltadas ao desenvolvimento do direito no plano material, a doutrina processualista cuidou de emprestar ao processo uma feição diversa daquela que se verificava no período clássico, de tal sorte que o processo, antes considerado um fim em si mesmo, passou a consubstanciar instrumento de tutela do direito material. Diante da hodierna visão utilitarista do processo, este constitui instrumento de implementação prática dos direitos reconhecidos no plano material, daí falar-se em teoria dos planos circulares, no âmbito da qual o direito processual constitui meio a serviço do direito material, veículo de efetivação deste.

No que tange à tutela dos direitos do consumidor, tendo em conta a visão instrumentalista e utilitarista do processo, cumpre destacar que a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor trouxe consigo a necessidade de alteração dos paradigmas clássicos do processo civil. Em suma, vale ressaltar que a efetividade das normas protetivas contempladas na Lei 8.078/90 tem por pressuposto a instituição de novos instrumentos e técnicas processuais adequadas.

Sob a rubrica "ampliação do acesso à justiça", a Ministra Nancy Andrighi (1993) propõe:

Duas são as barreiras que não de ser vencidas para que estes mecanismos instrumentais efetivem a norma protetora. Em primeiro lugar, depende da educação e informação do consumidor; em segundo lugar, diante do conflito já instalado, a garantia do acesso do consumidor lesado à Justiça livre dos obstáculos da onerosidade, lentidão e complexidade dos procedimentos judiciais. [...] é preciso armar o consumidor solitário de coragem para reivindicar seus direitos, pois no quadro de acesso à Justiça tudo concorre para tirar o ânimo para litigar solitariamente.

Fixadas as premissas gerais acerca do objeto do presente trabalho, cumpre advertir que a proteção do consumidor em juízo, nos termos do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, poderá se dar a título individual ou coletivo, cujos desdobramentos e peculiaridades serão enfocados nos tópicos seguintes do presente trabalho.

No entanto, em razão da importância teórica e prática da inversão do ônus da prova para a defesa do consumidor em juízo, cabe debruçar-se sobre a sua operacionalização no processo judicial para, em seguida, delinear os aspectos procedimentais da proteção jurisdicional do consumidor nos planos individual e coletivo.

## **2 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**

A inversão do ônus da prova constitui prerrogativa assegurada ao consumidor para a defesa dos seus direitos em juízo, desde que reste demonstrada a existência de verossimilhança nas alegações do consumidor ou a hipossuficiência deste.

Como cediço, a regra geral de distribuição do ônus da prova encontra-se contemplada no art. 333 do Código de Processo Civil, segundo o qual incumbe ao autor a produção da prova dos fatos constitutivos do seu direito, cabendo ao réu, por outro lado, a prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor.

Nesse contexto, vale anotar que a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), ao dispor sobre o direito à inversão do ônus da prova em favor do consumidor, tal como inscrito no art. 6º, VIII do referido diploma legal, excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova, circunstância também observada por Lima (2003, p. 215):

Mas, ocorre que, nas lides que envolvam conflitos decorrentes de uma relação de consumo, houve mitigação desta regra geral do processo civil, vez que o art. 6º, VIII, do CDC permite ao juiz utilizar-se das regras ordinárias de experiência e inverter o ônus da prova em favor do consumidor que é a parte mais fraca da relação, isto ocorrerá quando o consumidor for hipossuficiente ou quando suas alegações forem verossímeis.

Ao estatuir o direito à inversão do ônus da prova em favor do consumidor, desde que preenchidos os requisitos legais aplicáveis à espécie, o legislador consumerista logrou reequilibrar judicialmente as partes que se encontram em nítido desequilíbrio no plano material.

Trata-se de dispositivo normativo destinado à efetivação de diversos princípios constitucionais, a exemplo da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88), da defesa do consumidor pelo Estado (art. 5º, XXXII) e do acesso à justiça (LIMA, 2003, p. 218).

A esse respeito, cumpre destacar que o Código consumerista traz em seu bojo duas espécies de inversão do ônus da prova, quais sejam, a inversão legal (*ope legis*), a qual é decorrência da obra do legislador e encontra-se prevista no art. 38 do CDC, e a inversão judicial (*ope judicis*), realizada pelo juiz e contemplada no art. 6º, VIII, do estatuto em comento.

No que tange aos requisitos para o deferimento da inversão do ônus da prova, conforme apontado em linhas anteriores, estatui o Código de Defesa do Consumidor a necessidade de demonstração da verossimilhança das alegações do consumidor ou da hipossuficiência deste. Nesse diapasão, visualiza-se em sede doutrinária acirrada divergência acerca da exigibilidade dos aludidos requisitos, havendo, de um lado, autores que defendem a cumulatividade destes (Antônio Gidi) e, de outra banda, autorizada literatura prescrevendo a alternatividade de tais pressupostos, a exemplo de Matos e Nery Júnior (apud LIMA, 2003, p. 220). No mesmo sentido encontra-se o entendimento jurisprudencial pátrio. Veja-se, exemplificativamente, o pronunciamento do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco assim ementado:

CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO. CANCELAMENTO E ATRASO. DANOS MORAIS. APLICAÇÃO DO CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRECEDENTE. CABIMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos serviços de transporte aéreo. Precedente. Por se tratar de matéria consumerista, é devida a inversão do ônus da prova, quando verificada a verossimilhança das alegações do autor ou quando for este hipossuficiente, nos termos do art. 6º, inc. VIII do CDC. Precedente. 2. [...]. 4. Apelo improvido. Decisão unânime.  
(TJ-PE - APL: 274975520118170001 PE 0027497-55.2011.8.17.0001, Relator: Jones Figueirêdo, Data de Julgamento: 08/11/2012, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 213)

A inversão do ônus da prova deve ser determinada antes da prolação do ato jurisdicional final em primeiro grau de jurisdição, não obstante a existência de corrente

doutrinária no sentido de afirmar que a inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento e, por esse motivo, deveria ser determinada na sentença.

Sobre o tema, eis o escólio de Andrade (2003, p. 96):

Tem predominado na doutrina a ideia de que o texto do art. 6º, VIII, do CDC estabelece regra de procedimento e não regra de julgamento. Em consequência, sendo caso de aplicação do referido dispositivo legal, caberia ao juízo, antes de prolatar sentença, determinar a inversão do ônus da prova.

Logo, deve-se concluir que a inversão do ônus da prova é medida que se impõe antes da oportunidade processual de produção probatória (fase de instrução), sob pena de violação ao princípio constitucional da ampla defesa, porquanto a inversão do ônus da prova representaria uma surpresa desarrazoada em desfavor do fornecedor, que não estaria ciente do encargo processual a si atribuído, tal como ilustrado nas palavras de Andrade (2003, p. 93):

Essa interpretação dada ao texto do art. 6º vem escorada no argumento que, ausente a comunicação prévia do juízo acerca da inversão do ônus da prova, o fornecedor não teria como saber que sobre ele recaía o peso de produzir prova que refutasse as alegações deduzidas pelo consumidor.

Não obstante o instituto da inversão do ônus da prova seja visualizado com mais frequência no âmbito dos processos individuais, cabe advertir que o mecanismo processual em questão poderá ser utilizado no panorama do processo coletivo, tal como salientado por Leonel (2002, p. 343):

Conclua-se: a inversão do ônus da prova não se aplica somente às demandas individuais fundadas em relações de consumo, mas a toda e qualquer demanda coletiva, desde que presente no caso específico os pressupostos que determinam a incidência da regra: verossimilhança da afirmação do autor ou hipossuficiência em decorrência do monopólio da informação.

Da análise do acima exposto, entendemos que a inversão do ônus da prova constitui ferramenta de fundamental importância para a tutela judicial dos direitos do consumidor, especialmente em razão da dificuldade técnica enfrentada pela parte hipossuficiente no que concerne à prova dos vícios/defeitos nos produtos e serviços prestados no mercado de consumo, autorizando-se o juiz, por conseguinte, a inverter o ônus probatório em favor do consumidor. Uma vez delineados os contornos gerais da inversão do ônus da prova, passa-se ao estudo do processo individual para a

tutela do consumidor e dos instrumentos processuais coletivos contemplados no Código de Defesa do Consumidor e na legislação extravagante.

### **3 TUTELA INDIVIDUAL: A DEFESA JUDICIAL DO CONSUMIDOR INDIVIDUALMENTE CONSIDERADO**

Intitula-se individual a tutela judicial perseguida pelo consumidor individualmente considerado. Trata-se de hipótese de legitimidade ordinária, na medida em que o próprio titular do direito propõe a demanda a fim de obter a correspondente tutela jurisdicional.

No panorama da tutela processual individual, a qual já se encontrava ampla e minuciosamente regulada pelo Código de Processo Civil, cabe observar que o diploma legal consumerista não apresentou maiores inovações neste campo, sendo certo que as regras processuais foram delineadas com maior profundidade pelo CDC no que tange à tutela coletiva do consumidor.

Porém, há de se ressaltar que o legislador consumerista, a despeito de não haver regulado minuciosamente a defesa individual do consumidor em juízo, contemplou regulamento específico para determinados institutos processuais, a exemplo da competência e dos mecanismos executivos.

No que diz respeito ao instituto da competência é importante destacar o seguinte: dispõe o art. 101 do Código de Defesa do Consumidor, que as ações individuais ajuizadas pelos consumidores, que tenham por objeto a responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, poderão ser ajuizadas no domicílio do consumidor autor, excepcionando, por esse motivo, a regra geral prevista no Código de Processo Civil<sup>82</sup>.

No âmbito dos mecanismos de execução, importa aludir ao disposto no art. 84 do CDC, o qual contempla uma ampliação dos poderes do juiz, facultando-lhe a adoção de inúmeros instrumentos a fim de assegurar a efetividade das tutelas das obrigações de fazer e não fazer. Ilustrativamente, poderá o magistrado determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento

---

<sup>82</sup> Nos termos do art. 94 do Código de Processo Civil, o domicílio do réu constitui, como regra geral, o foro competente para o processo e julgamento das ações fundadas em direito pessoal e direito real sobre bens móveis.

voluntário, tais como a imposição de multa diária, expedição de mandado de busca e apreensão e requisição de força policial<sup>83</sup>.

Dada à finalidade precípua do presente trabalho traduzida na análise da tutela coletiva do consumidor, reputamos importante anotar que, quanto aos demais institutos processuais – condições da ação, pressupostos processuais, sentença, coisa julgada etc. – devem ser aplicadas as normas gerais dispostas no Código de Processo Civil, tal como expressamente consignado no art. 90 do Código de Defesa do Consumidor.

#### **4 TUTELA COLETIVA: A DEFESA COLETIVA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO**

Inspirado nas concepções liberais e individualistas, o Código de Processo Civil não cuidou de regular as ações coletivas, limitando-se a disciplinar exaustivamente os aspectos inerentes ao processo individual. Servindo-se das lições de Almeida (2009, p. 250), pode-se afirmar que a tutela coletiva surgiu no Brasil com a promulgação da Lei da Ação Popular e fora aperfeiçoada com a instituição da Ação Civil Pública por intermédio da Lei 7.347/1985.

Seguindo-se a ordem histórica, observa-se que a Constituição de 1988 alçou a Ação Civil Pública ao patamar da constitucionalidade, sobrelevando ressaltar que a tutela coletiva recebera importante fortalecimento com a criação do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que este diploma legal instituiu a chamada Ação Civil Coletiva, instrumento destinado à tutela dos direitos individuais homogêneos (ALMEIDA, 2009, p. 250).

A adequada compreensão dos processos coletivos para a defesa do consumidor em juízo pressupõe uma adaptação conceitual de institutos tradicionais da processualística clássica, tais como a legitimidade, o interesse processual, a eficácia da sentença e os efeitos coisa julgada.

---

<sup>83</sup> Na trilha da inovação legislativa prevista no Código de Defesa do Consumidor, cabe informar que o Código de Processo Civil sofreu alteração pela Lei 8.952/94, passando o seu art. 461 a dispor que, no âmbito das ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará as providências necessárias para assegurar o resultado prático equivalente ao cumprimento da obrigação. O mesmo raciocínio é aplicado no campo das ações que tenham por objeto a entrega de coisa, no âmbito das quais cabe destacar a inserção do art. 461-A no Diploma Processual Civil (levada a efeito pela Lei 10.444/2002), que prevê a ampliação dos poderes do juiz no sentido de garantir, sempre que possível, o alcance da tutela específica das obrigações ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento voluntário.

Feitas as necessárias advertências, pode-se afirmar que a tutela judicial coletiva do consumidor inicia-se com o ajuizamento das seguintes ações: Ação Popular, Ação Civil Pública, Ação Civil Coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos e Mandado de Segurança Coletivo.

Uma vez delineadas as premissas gerais acerca da tutela jurisdicional coletiva, passamos à análise específica e segregada das ações mencionadas no parágrafo anterior, cumprindo alertar, como observação preliminar, que o Código de Defesa do Consumidor e as leis extravagantes (a exemplo da Lei da Ação Civil Pública e da Lei da Ação Popular) se limitam a disciplinar questões específicas das demandas coletivas, a exemplo da legitimidade *ad causam*, dos efeitos da coisa julgada e da sentença (ALMEIDA: 2009, p. 251). Destarte, as demais questões processuais continuam sendo reguladas pelo Código de Processo Civil, o qual traz em seu bojo as regras aplicáveis aos atos processuais, ao procedimento, à resposta do réu, às audiências etc.

#### 4.1 AÇÃO POPULAR

Instituída e disciplinada pela Lei 4.717/65, a ação popular constitui instrumento processual apto a obter a invalidação de atos administrativos ilegais que se revelem lesivos ao patrimônio público. A legitimação ativa para a propositura da Ação Popular é restrita apenas aos cidadãos, é dizer, àqueles que estão em pleno gozo dos direitos políticos.

Em razão do seu restrito âmbito de cabimento, observa-se que a Ação Popular não costuma ser manejada para a tutela dos direitos do consumidor, tendo em vista que o instrumento processual em comento somente poderá objetivar a anulação de atos ilegais praticados por fornecedores subvencionados pelo poder público.

No mesmo sentido são as críticas formuladas por Almeida (2009, p. 256), cuja obra acrescenta que o espectro de legitimados (apenas o cidadão) e o surgimento de outros instrumentos processuais, cuja legitimação ativa e hipóteses de cabimento revelaram-se mais amplos, contemplando a legitimação concorrente de entes públicos e associações privadas, ensejaram a diminuta utilização da ação popular. Em razão da exclusiva legitimidade ativa atribuída ao cidadão e do reduzido espectro do seu objeto, entendemos que, conquanto importante, a ação popular revela-se de pouca utilização na defesa coletiva do consumidor.

## 4.2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública tem por objeto a responsabilização, preventiva ou repressiva, dos agentes que causem danos ao meio ambiente, aos consumidores e aos demais bens mencionados no art. 1º da Lei 7.347/1985.

Conforme se depreende da dicção do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), o instrumento processual ora focalizado destina-se precipuamente à tutela dos direitos difusos e coletivos. Após controvérsias doutrinárias acerca da definição exata de tais espécies de direitos, o Código de Defesa do Consumidor estremeou as dúvidas e cuidou de defini-las, senão vejamos: a) direitos difusos: os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, Par. único, I); b) direitos coletivos: os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, par. único, II) (BRASIL, 2013).

Ainda a propósito do âmbito de cabimento, cabe destacar que Almeida (2009, p. 258) também inclui no espectro da Ação Civil Pública os direitos individuais homogêneos de caráter social.

No que tange à legitimidade *ad causam*, estatui o art. 5ª da Lei 7.347/85 que a Ação Civil Pública poderá ser proposta pelas pessoas jurídicas de direito público (União, Estado, Municípios, Distrito Federal, Autarquias e Fundações Públicas), bem como as empresas públicas, sociedades de economia mista, a defensoria pública e as associações, exigindo-se destas últimas – associações – que estejam legalmente constituídas há mais de um ano e que estejam vocacionadas à defesa dos bens tutelados por intermédio da Ação Civil Pública (inclusive com previsão estatutária).

No entanto, cabe destacar que a própria Lei 7.347/85 prevê que o Juiz poderá dispensar o requisito temporal da pré-constituição para as associações, nas hipóteses em que restar evidenciado o interesse social no objeto da ação civil pública (art. 5º, § 4º).

É admissível litisconsórcio ativo apenas entre os entes legalmente legitimados, logo, não é cabível o litisconsórcio entre um dos legitimados anteriormente descritos e um consumidor individualmente considerado, seja pessoa física ou jurídica (ALMEIDA, 2009, p. 264). Disciplinando o instituto da competência, dispõe a lei da

ação civil pública que o remédio processual em questão deverá ser proposto “no foro do local onde ocorrer o dano” (art. 2º da Lei 7.347/85).

Conforme se observará nas linhas seguintes do presente trabalho, a Ação Civil Pública consubstancia importante ferramenta para a tutela coletiva do consumidor, representando instrumento de ampla utilização na prática forense, em especial por parte do Ministério Público, entidade constitucionalmente vocacionada à defesa dos interesses coletivos.

#### **4.2.1 Sentença e Coisa Julgada na Ação Civil Pública**

Dispõe o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública que, havendo condenação em dinheiro, a indenização será revertida a um fundo para a defesa de direitos difusos, gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais. Como se vê, o benefício proveniente do produto da condenação em sede de ação civil pública não será revertido diretamente em favor do consumidor, sendo este último um beneficiário indireto em tais ações.

Em extensão, a Lei 7.347/1985 prescreve que a sentença prolatada no panorama das ações civis públicas tem eficácia *erga omnes*, “nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (art. 16, com a redação dada pela Lei 9.494/97).

Não obstante o nítido propósito do legislador ordinário em restringir a eficácia da sentença “aos limites da competência territorial do órgão prolator”, cumpre ressaltar que uma interpretação integrada da Lei 7.437/85 com o Código de Defesa do Consumidor exclui essa limitação territorial das ações consumeristas, tendo em vista que o estatuto protetivo contempla tratamento específico da matéria no seu art. 93<sup>84</sup>. Essa, aliás, é a interpretação atribuída nos comentários dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

---

<sup>84</sup> Código de Defesa do Consumidor, art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Em conclusão: a) o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; b) aplica-se à coisa julgada nas ações em defesa de interesses difusos e coletivos, mas o acréscimo introduzido pela medida provisória é inoperante, porquanto é a própria lei especial que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, ao âmbito nacional ou regional ((GRINOVER et al., 2004, p. 923).

Assim, observamos que se trata de coisa julgada *erga omnes secundum eventos probatione*, visto que, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, não se verificará a eficácia para todos (*erga omnes*).

#### **4.2.2 Termo de Ajustamento de Conduta e sua Aplicação às Ações Consumeristas**

Em conformidade com o disposto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, os órgãos públicos legitimados poderão firmar termos de ajustamento de conduta, cominando multas e sanções, os quais têm eficácia de título executivo extrajudicial.

O referido dispositivo legal aplica-se perfeitamente às ações consumeristas, tendo em vista que o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor preconiza expressamente a aplicação subsidiária da Lei da Ação Civil Pública, inclusive no que respeita ao inquérito civil.

Não obstante os compromissos de ajustamento de conduta, firmados pelos órgãos públicos legitimados a propor Ação Civil Pública, tenham em regra eficácia de título executivo extrajudicial, pode-se afirmar, com esteio nas palavras de Almeida (2009, p. 269), que, quando o termo de ajustamento for firmado no âmbito de ação civil pública já ajuizada, se constituirá em título executivo judicial.

#### **4.3 AÇÃO CIVIL COLETIVA PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS**

A Ação Civil Coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos constitui a grande inovação processual do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de mecanismo semelhante à *class action*<sup>85</sup> norte-americana, diferenciando-se deste instrumento apenas no que tange à legitimação *ad causam* e a forma de demonstração desta. Acerca da distinção entre a Ação Civil Coletiva para a defesa de

---

<sup>85</sup> Tradução livre: ação de classe.

direitos individuais homogêneos e o instituto norte-americano da *class action*, expõe sinteticamente Almeida (2009, p. 270):

Na *class action* americana qualquer interessado pode ingressar com a ação coletiva (de classe), representando os demais, obrigando a todos a decisão. Na ação coletiva brasileira isso não acontece, porquanto os legitimados estão definidos em lei e entre eles não se inclui o lesado individualmente considerado. Além disso, na *class action* o juiz aprecia o requisito da representatividade, para avaliar se o representante do grupo está técnica e adequadamente instrumentado para a defesa dos interesses do grupo, o que incorre no direito brasileiro, em que só as entidades legitimadas podem ajuizar a ação coletiva.

No âmbito do nosso ordenamento jurídico, a categoria dos *direitos individuais homogêneos* apenas surgiu com a promulgação da Lei 7.913/1989, a qual disciplina a ação civil pública para reparação dos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários (FERREIRA, 2002, p. 3).

Conquanto o Código de Defesa do Consumidor não represente o ato normativo responsável pela criação dos direitos individuais homogêneos, cumpre destacar que o diploma legal consumerista teve o grande mérito de definir expressamente a referida categoria de direitos (art. 81, III), bem como ampliar o seu âmbito de incidência.

De acordo com o art. 81, parágrafo único, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, os direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum. A qualificação de tais direitos como homogêneos já demonstra que possuem entre si uma origem comum, logo, a despeito de individuais, devem receber um tratamento diferenciado.

Não podem receber o tratamento de institutos destinados à tutela de direitos puramente individuais, tendo em vista que a sua homogeneidade – proveniente do fato de decorrerem de origem comum – implicam na sua coletivização. Em síntese, pode-se afirmar que a violação de um direito individual homogêneo implica em danos coletivos.

Oliveira Júnior (apud FERREIRA, 2002, p. 4), ensina-nos que “esses direitos e interesses não são mais de caráter simplesmente individual, mas, pelo contrário, apresentam-se como de natureza coletiva, gerando, se desrespeitados ou violados, danos igualmente coletivos”. Logo, o que diferencia os direitos individuais homogêneos dos direitos coletivos *stricto sensu* é a divisibilidade do objeto daqueles, ao passo em que estes são indivisíveis.

A instituição de um mecanismo processual coletivo para a defesa de direitos individuais homogêneos traz as seguintes vantagens:

a) Auxilia o consumidor isolado que, como litigante eventual, certamente não visualizará vantagens na movimentação isolada e individual do aparato jurisdicional, sobretudo diante das dificuldades financeiras e técnicas;

b) Ainda que o consumidor isolado logre êxito, certamente a sentença individual não terá os efeitos pedagógicos em desfavor do fornecedor, visto que o processo individual cuidará do dano de um consumidor individualmente considerado, e não do dano coletivo que possui uma dimensão extremamente superior;

c) Os entes representativos que detêm legitimidade *ad causam* estão mais habituados ao litígio processual, logo, têm mais capacidade financeira e técnica para lograr êxito no embate judicial;

d) A inexistência de risco de perecimento do direito subjetivo do consumidor individual, porquanto a eficácia *erga omnes* da coisa julgada só será aperfeiçoada na eventualidade de procedência do pedido;

Dada a importância do instrumento processual em tela, e tendo sido fixados nas linhas acima os seus aspectos gerais, julgamos apropriado analisar as suas peculiaridades, sem perder de vista que, conforme já alertado, devem ser observadas as regras gerais previstas no Código de Processo Civil.

#### **4.3.1 Legitimidade *Ad Causam*: Arts. 82, 91 e 94 do Código de Defesa do Consumidor**

Dispõe o art. 82 do CDC que podem propor ação civil coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos e interesses do consumidor.

À semelhança do que restou assentado quando da análise da legitimidade para a propositura da ação civil pública, o requisito da pré-constituição das associações pode ser dispensado pelo juiz, desde que haja manifesto interesse social evidenciado

pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Da análise do art. 82 do CDC, conclui-se facilmente que o legislador consumerista ampliou o leque dos entes legitimados à propositura de ação civil coletiva, a fim de incluir os órgãos de defesa do consumidor, ainda que sem personalidade jurídica.

Trata-se de legitimidade concorrente e disjuntiva (FERREIRA, 2002, p. 10), é dizer, todos os entes legitimados, e cada um deles, estão autorizados a propor ação civil coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos.

No que diz respeito às funções desempenhadas pelo *Parquet*, avulta anotar que, quando não figurar como autor da ação, o órgão do Ministério Público deverá atuar como fiscal da lei (art. 92 CDC).

Após a propositura da ação civil coletiva, deverá ser publicado edital em órgão oficial, a fim de possibilitar que os consumidores individualmente considerados possam intervir no processo na condição de litisconsortes (art. 94 do CDC) (BRASIL, 2013).

Ante o acima destacado, compreendemos que, diversamente do que restou consignado quando da análise da ação civil pública, é admissível a participação do consumidor individual na condição de litisconsorte da entidade legalmente legitimada a propositura da ação civil coletiva. Frise-se, porém, que o consumidor individual, pessoa física ou jurídica, não poderá propor isoladamente a ação civil coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos.

#### **4.3.2 Competência**

A competência para conhecer e julgar a ação civil coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é definida a partir da extensão do dano. A propósito, dispõe o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente (BRASIL, 2013).

Após a prolação de sentença condenatória, o processo coletivo segue para as fases de liquidação e execução, as quais poderão ser promovidas de forma individual (pelos consumidores, vítimas e seus sucessores) ou coletiva (pelos entes legalmente legitimados).

É competente para o processo e julgamento da liquidação e execução promovidas individualmente o foro em que ajuizada a ação de conhecimento ou o foro de domicílio do consumidor. Por outro lado, detém competência para a liquidação e execução coletivas apenas o juízo do foro em que proposta a ação de conhecimento (ALMEIDA, 2009, p. 273).

#### **4.3.3 Sentença e Coisa Julgada na Ação Civil Coletiva para Defesa de Interesses Individuais Homogêneos**

A decisão que julga procedentes os pleitos autorais formulados no âmbito da ação civil coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos traz em seu bojo uma condenação genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95 do CDC).

Sobre o tema, elucidativa a lição de Ferreira (2002, p. 22):

A sentença que condena genericamente o pólo passivo “*fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*” (art. 95 do CDC) não significa, como apontado anteriormente, que todos os consumidores fariam jus a indenização, já que só aqueles que lograssem êxito na comprovação do dano, do nexos causal entre o ato do réu e a ocorrência deste dano, e, também, seu montante é que poderiam obter uma sentença condenatória (digamos, específica), e a partir desta promover a execução.

A generalidade da condenação inserta na sentença prolatada em sede de ação civil coletiva é medida indispensável, tendo em vista que no momento da propositura da ação ainda não são conhecidas as vítimas e a exata extensão dos respectivos danos, cujas identificações foram transferidas para as fases de liquidação e execução.

No que atine à coisa julgada, importa afirmar que a sentença que julgar procedentes os pleitos autorais possui eficácia *erga omnes*, razão pela qual seus efeitos são estendidos para as demais vítimas e seus sucessores, a teor do art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, a sentença de improcedência produz efeitos apenas entre as partes da relação processual (eficácia *inter partes*), não alcançando aqueles que não interviram no processo, os quais poderão ajuizar ações individuais objetivando a condenação dos fornecedores de produtos e serviços (art. 103, § 2º, CDC).

Diante dos efeitos peculiares às sentenças proferidas em sede de ação civil coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, o CDC impõe ao autor da demanda, como já referido, a obrigação de publicar edital no órgão oficial, a fim de que os demais consumidores interessados tomem conhecimento da demanda e, caso assim entendam, ingressem no feito na condição de litisconsorte facultativo ulterior (art. 94 do CDC).

Seguindo-se as lições tradicionais do direito processual, cumpre destacar que, ao ingressar no processo na condição de litisconsorte, o consumidor torna-se parte, logo, será alcançado pelos efeitos da coisa julgada, ainda que a sentença lhe seja desfavorável (tal observação é importante na medida em que, conforme restou consignado nas linhas anteriores, o consumidor que não faz parte do processo coletivo não será atingido pela eficácia da sentença de improcedência).

Por fim, cabe destacar que, caso intervenham na condição de litisconsortes das entidades legalmente legitimadas à propositura de ação coletiva, os consumidores individuais não poderão formular pedido certo e determinado em seu favor, tendo em vista que a ação coletiva traz em seu bojo um pedido genérico que, em homenagem ao princípio da congruência ou adstrição, culmina na prolação de uma sentença também genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade civil do fornecedor pelos danos ocasionados a partir do evento danoso.

#### **4.3.4 Liquidação e Execução da Sentença Genérica**

Proferida sentença nos autos da ação civil coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, seguem-se as fases de liquidação e execução, no âmbito das quais serão conhecidas as vítimas do evento, bem assim o *quantum* indenizatório que lhes cabe.

A liquidação pode ser promovida pelos consumidores-vítimas ou seus sucessores (liquidação individual), bem como pelas entidades legalmente legitimadas para o ajuizamento da ação coletiva (liquidação coletiva), devendo neste último caso

ser manejada perante o juízo que conduziu a ação de conhecimento, conforme já apontado.

Na liquidação prevista para as ações civis coletivas que versam sobre direitos ou interesses individuais homogêneos, incumbe ao consumidor ou seus sucessores alegar e demonstrar: a) a ocorrência do seu dano individual e correspondente *quantum* e b) o nexo de causalidade com o evento danoso coletivo. Diante da necessidade de o consumidor individual alegar e provar fatos novos, é de se concluir estar-se diante da liquidação por artigos disciplinada pelo Código de Processo Civil. Ultimada a fase de liquidação, a execução individual ou coletiva dar-se-á perante o juízo que conduziu a liquidação.

O produto da condenação, diversamente do que se verificou no panorama da Ação Civil Pública, é revertido preferencialmente em favor dos consumidores individualmente considerados ou seus sucessores. No entanto, caso decorra o prazo de 01 (um) ano sem habilitação de interessados (consumidores, vítimas ou sucessores), em número compatível com a gravidade do dano, poderão os entes legitimados promover a execução coletiva e, neste caso, o produto daí decorrente será revertido ao fundo de defesa dos direitos difusos de que trata a Lei da Ação Civil Pública, nos termos do art. 100 do CDC, evidenciando a consagração, no direito nacional, do instituto norte-americano denominado de *fluid recovery*<sup>86</sup>.

Sucedem que o Código de Defesa do Consumidor não estabelece o termo inicial para a contagem do prazo de um ano indicado no seu art. 100, abrindo espaço para a seguinte indagação: o referido prazo se inicia a partir da prolação da sentença ou a partir da publicação desta?

Ao nosso sentir, com razão Ferreira (2002, p. 28) ao sustentar a necessidade de publicação da sentença através de edital, bem como de fixação de um prazo pelo juiz (a iniciar-se a partir da publicação da sentença), findo o qual começaria a correr o prazo de um ano contemplado no art. 100 do CDC.

Logo, a prevalecer a posição adotada pelo professor William Ferreira (o que nos parece plausível e razoável), exige-se no panorama da Ação Civil Coletiva uma dupla publicidade, a saber: publicidade do edital com a propositura da demanda coletiva e publicidade da sentença condenatória genérica, a fim de possibilitar a liquidação (habilitação) pelos consumidores ou seus sucessores.

---

<sup>86</sup> Tradução livre: reparação ou recuperação fluída.

Em face das similitudes verificadas entre a ação civil pública e a ação civil coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, pode-se estabelecer as seguintes distinções entre os referidos instrumentos de tutela coletiva (ALMEIDA, 2009, p. 278).

a) Enquanto a ação civil pública culmina na prolação de uma sentença com condenação certa, a ação civil coletiva, se procedente, é encerrada com sentença genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade civil do fornecedor pelos danos causados no evento danoso;

b) O produto da condenação havida em sede de ação civil pública é revertido em favor do fundo de defesa dos direitos difusos (Lei 7.347/85), ao passo que o produto da condenação proferida em ação civil coletiva é revertido preferencialmente em favor dos consumidores, sendo transferido para o aludido fundo após o decurso do prazo de um ano sem habilitação de interessados;

c) Na ação civil pública é inadmissível o litisconsórcio dos entes legalmente legitimados com os consumidores individualmente considerados. Por outro lado, tal litisconsórcio é plenamente cabível no âmbito da ação civil coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos;

d) Não há fase de liquidação na Ação Civil Pública, porquanto a sentença proferida através deste instrumento é certa e determinada quanto ao seu conteúdo; De outra banda, a liquidação constitui fase obrigatória na Ação Civil Coletiva, eis que a sentença aqui proferida caracteriza-se por ser genérica;

e) Por fim, no que tange ao âmbito de atuação, cabe repisar que a Ação Civil Pública objetiva a tutela de direitos difusos e coletivos, enquanto que a Ação Civil Coletiva é cabível para a defesa de direitos individuais homogêneos.

A despeito da diferenciação anteriormente estabelecida, cabe referir a advertência de Almeida (2009) no sentido de que doutrina autorizada, a exemplo de Ada Pellegrini Grinover, tem sustentado que a ação civil pública pode ser manejada para a tutela de direitos individuais homogêneos, posicionamento ratificado por julgados do Supremo Tribunal Federal proferidos nos autos do RE 163231-3-SP e do RE 185.360-3. Dada a clareza com que enfrentou o tema, traz-se à colação o seguinte trecho da ementa do julgamento proferido pelo Pretório Excelso nos autos do RE 163231-3-SP:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGENEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. [...]. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. [...]. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação. (RE 163231, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1997, DJ 29-06-2001 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737)

Objetivando extremar os âmbitos de cabimento das ações, Almeida (2009, p. 279) empreende uma diferenciação entre direito individual homogêneo de **caráter social**, para cuja defesa seria admissível a propositura de Ação Civil Pública, e direito individual homogêneo **puro**, hipótese na qual seria cabível exclusivamente a Ação Civil Coletiva (ALMEIDA, 2009, p 280).

Em face dessa ordem de considerações, entendemos que a Ação Civil Coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos se apresenta como instrumento processual idôneo à viabilizar, com eficiência e celeridade, a tutela coletiva do consumidor, evitando-se a multiplicidade de ações individuais tendentes à discussão da mesma situação jurídica material.

#### 4.3 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Disciplinando o mandado de segurança coletivo, dispõe o art. 5º, LXX, da Constituição Federal:

Art. 5º [...]

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (BRASIL, 2013).

Como se vê, o dispositivo constitucional limitou-se a contemplar os legitimados a impetração de mandado de segurança coletivo, afirmando que estes deverão atuar “em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Tal se deve ao fato de que o mandado de segurança coletivo não constitui um novo remédio constitucional, senão que consubstancia mandado de segurança em um plano coletivo, tal como observado por Mancuso (1992, p. 187):

Tratar-se-ia, pois, de um mandado de segurança em sua dimensão coletiva, ou seja, para os casos em que o direito líquido e certo não pertine tão-só a uma pessoa física ou jurídica isoladamente considerada (hipótese para a qual já existe o *writ* individual), mas antes concerne, também, a um certo contexto onde essa pessoa está inserida.

Ostentando a qualidade de dimensão coletiva do *writ* individual, pode-se afirmar que o mandado de segurança coletivo serve-se à defesa de direitos líquidos e certos dos membros que compõem o universo subjacente ao ente legitimado à impetração do remédio constitucional em questão.

Exemplificativamente, tem-se que o mandado de segurança coletivo impetrado por um sindicato tem por objeto a tutela de direito líquido e certo da respectiva categoria; quando o *writ* coletivo for impetrado por associação, objetivará a proteção de direito líquido e certo do universo que compõe a sua finalidade institucional (consumidores, professores etc.). A admissibilidade da impetração de Mandado de Segurança Coletivo, preventivo ou supressivo, no panorama da tutela do consumidor, foi reconhecida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região desde a época da edição do diploma legal consumerista. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho da ementa de julgamento proferido por este Tribunal Regional:

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO NA PREVENÇÃO DE OFENSAS A DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS DE NATUREZA INDIVISÍVEL DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CONSÓRCIO. CIRCULAR 2.386/93. POSSIBILIDADE DE SER EXIGIDO DO CONSORCIADO PAGAMENTO DE PRÊMIO DE SEGURO (ART. 26, I). TAXA DE ADESÃO DE ATÉ 4% DO VALOR DO BEM (ART. 35, II). POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE PRESTAÇÕES, SE O GRUPO HOUVER ADOTADO ESTA POLÍTICA FINANCEIRA (ART. 53, IV, B, C/C ART. IV). INEXISTÊNCIA DE CONFLITO COM O CDC. APELAÇÃO E REMESSA PROVIDAS. 1. É parte letítima ativa para ajuizar mandado de segurança coletivo, na defesa de direitos transindividuais, indivisíveis, do consumidor, as associações constituídas, há pelo menos um ano, que, entre os seus fins institucionais esteja prevista esta finalidade, ou que, por alteração nos seus estatutos, faça constar de seus fins institucionais este objetivo. (Art. 82, IV, do CPC). 2. [...] 3. O mandado de segurança coletivo preventivo é meio adequado à prevenção de ofensa a

interesse ou direitos individuais, coletivos e difusos do consumidor (Art. 81, parágrafo único, II, c/c o Art. 6º, VI, e Art. 83 do CDC). 4. [...] 6. Apelação e remessa providas.

(TRF-1 - AMS: 24752 DF 95.01.24752-0, Relator: JUIZ EUSTAQUIO SILVEIRA, Data de Julgamento: 27/05/1999, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 17/09/1999 DJ p.31)

Ilustrativas são as palavras de Mancuso (1992, p. 197):

[...] pode ser cogitada a hipótese de um interesse difuso de consumidor (à informação pormenorizada acerca dos produtos) ou o interesse coletivo (dos proprietários de veículos a respeito de certos itens de segurança), ou um interesse individual homogêneo (dos correntistas do sistema bancário), venha a ser objeto de um mandado de segurança coletivo, desde que presente o quesito da liquidez e certeza.

No entanto, impende ressaltar a necessidade de demonstração, pelo ente constitucionalmente legitimado, da correlação entre o objeto do mandado de segurança coletivo e os seus fins institucionais, estabelecendo-se, portanto, o requisito da pertinência temática na legitimação ativa para a impetração do *writ* coletivo (por exemplo, uma associação de professores não poderá impetrar mandado de segurança coletivo para a defesa de direito líquido e certo da categoria dos proprietários de determinada marca de veículo).

Concluimos com a ressalva de que os demais aspectos deste remédio constitucional devem observar as regras gerais atinentes ao mandado de segurança individual, quais sejam, o requisito da liquidez e certeza do direito perseguido nesta via processual; a necessidade de instruir a petição inicial com prova pré-constituída; a inexistência de fase procedimental específica para a instrução processual (oitiva de partes e testemunhas); sentença de cunho mandamental etc.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todas as considerações expostas nas linhas anteriores do presente trabalho, pode-se concluir que o legislador serviu a estrutura jurisdicional brasileira de diversos instrumentos para a tutela coletiva do consumidor em juízo, os quais são marcados por uma diversidade de legitimados ativos e por efeitos idôneos a proteger a coletividade de pessoas que demonstre ser titular de situações jurídicas semelhantes e atingidas por eventos danosos no mercado de consumo.

Observamos que o legislador consumerista se preocupou em suprir a incapacidade técnica do consumidor no que concerne à prova dos vícios e defeitos que inquinam os produtos e serviços postos no mercado de consumo, atribuindo em seu favor o instituto da inversão do ônus da prova. No panorama da tutela coletiva da parte hipossuficiente de tais relações jurídicas, o Código de Defesa do Consumidor, aliado a diplomas legais como a Lei da Ação Civil Pública, prevê a chamada coisa julga *erga omnes*, mecanismo imprescindível para evitar a multiplicação de ações individuais que tenham o mesmo objeto, bem assim para conceder às pessoas que se encontram em idêntica ou semelhante situação jurídica de consumo a mesma solução judicial, afastando-se a possibilidade de decisões conflitantes sobre o mesmo tema jurídico.

De igual forma, pode-se concluir que a Ação Civil Coletiva constitui importante ferramenta para a defesa de direitos individuais homogêneos, instrumento processual vocacionado à defesa desta espécie de direitos de forma coletiva, é dizer, através de legitimados ativos com poderes de representação dos consumidores que se mostrem titulares de situações jurídicas com origem comum.

Com essas conclusões, acreditamos ter alcançado os objetivos propostos no presente trabalho, enfrentando os meios necessários ao equacionamento da problemática acima delineada, garantindo-se aos consumidores a defesa coletiva de seus direitos, sobretudo nas hipóteses em que se está diante de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, de cuja violação tem-se como consequência a afetação de um número indeterminado de pessoas ou de uma coletividade determinável de agentes.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva. 2009.

ALVIM, Arruda. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material*. Disponível em: <[http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizar\\_artigo.php?artigo=9&data=28/01/2011&titulo=anotações-sober-as-perplexidades-e-os-caminhos-do-processocivil-contemporaneo](http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizar_artigo.php?artigo=9&data=28/01/2011&titulo=anotações-sober-as-perplexidades-e-os-caminhos-do-processocivil-contemporaneo)>. Acesso em: 02 abr. 2012.

ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – O momento em que se opera a inversão e outras questões. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 48, out/dez 2003.

ANGRIGHI, Fátima Nancy. A defesa do consumidor em juízo. *Palestra proferida no V Curso de Especialização em Direito do Consumidor*. Belo Horizonte (MG), 06/05/1993. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/87731979/A-defesa-do-consumidor-em-juizo-Min-Fatima-Nancy-Andrighi>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL (Constituição, 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao\\_compilado.ht](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.ht)>. Acesso em: 20 out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2013.

FERREIRA, William Santos. O Código de defesa do consumidor e as ações coletivas para a tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n. 03, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 47, jul./set. 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimidades ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ações do código de defesa do consumidor e ação popular*. São Paulo: Justitia, 1992.

## ESTUDO SOBRE OS FATORES DIFICULTADORES DO ACESSO À JUSTIÇA\*

### STUDY ON THE FACTORS DIFFICULTING ACCESS TO JUSTICE

ANA KELLY COSTA\*\*  
 AN TOMAR DOS SANTOS\*\*  
 DANIEL BRAYNER DE ARAÚJO\*\*\*  
 DANIEL CARNEIRO DE ANDRADE FILHO\*\*\*\*  
 DIOGO DA SILVA CARVALHO\*\*\*\*  
 ELIVALDO BELARMINO DA SILVA\*\*\*\*\*  
 HERMOGENES MARQUES PINHO NETO\*\*\*\*\*  
 MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES\*\*\*\*\*

### RESUMO

A presente pesquisa tem como tema central os fatores dificultadores de acesso à justiça. Este trabalho se propôs a identificar os aspectos que dificultam o acesso dos cidadãos à justiça, e, se fatores como renda e escolaridade podem influenciar o posicionamento das pessoas a respeito das dificuldades do acesso à justiça. Buscou-se correlacionar aspectos teóricos, aliando-os às questões práticas analisadas em questionários propostos a uma amostra de indivíduos. Foi desenvolvida pesquisa de caráter exploratório, com métodos de pesquisa bibliográfica e de campo com abordagem quali-quantitativa. Os instrumentos desenvolvidos para a coleta de dados foram: um questionário com perguntas fechadas aplicado a uma amostra de 21 indivíduos, escolhidos aleatoriamente entre advogados, funcionários e clientes de um grande escritório jurídico de João Pessoa, Paraíba. Os dados obtidos foram tabulados, apresentados em gráficos, com posterior análise descritiva, baseando-se, para isso, na bibliografia utilizada no desenvolvimento do estudo. Os resultados indicam que a burocracia é maior dos empecilhos mencionados na pesquisa, seguido de falta de confiança na justiça e falta de informação das pessoas. Indicam também

---

\* Trabalho elaborado como atividade acadêmica para a disciplina Metodologia Científica ministrada pela professora Ms. Socorro Menezes no 1º período do Curso de Direito da Fesp Faculdades, semestre 2013.2.

\*\* Aluna do 1º período do Curso de Direito da Fesp Faculdades, período 2013.2.

\*\* Representante de vendas. Aluno do 1º período do Curso de Direito da Fesp Faculdades, período 2013.2.

\*\*\* Graduado em Ciências Contábeis pela UFPB, Especialista em Auditoria e controladoria pela UNIPÊ, atua como Contador e é sócio da Suprema Assessoria Contábil. Atualmente é aluno do 1º período do Curso de Direito da Fesp Faculdades.

\*\*\*\* Aluno do 1º período do Curso de Direito da Fesp Faculdades.

\*\*\*\*\* Estagiou como auxiliar de contabilidade na empresa Alpargatas, onde também exerceu a função de inspetor de qualidade. Atualmente está se dedicando a vida acadêmica, cursando o 1º período do Curso de Direito da Fesp Faculdades.

\*\*\*\*\* Ex- militar da Polícia do Exército brasileiro, graduado em pedagogia, técnico em licitações públicas e pregoeiro público. Atualmente é aluno do 1º período do Curso de Direito da Fesp Faculdades.

\*\*\*\*\* Técnico em TTI, corretor de imóveis (sistema OFECI/CRECI). Atualmente é aluno do 1º período do Curso de Direito da Fesp Faculdades.

\*\*\*\*\* Mestre em economia, Especialista em Direito Ambiental, Ex-Chefe da Divisão de Fiscalização da SEMAM/PMJP, Fiscal Ambiental da SEMAM/PMJP, Professora das disciplinas Metodologia Científica, Economia Política, Filosofia Geral e TCC do Curso de Direito da Fesp Faculdades. Coordenadora de Pesquisa e Extensão na Fesp Faculdades, Coordenadora de TCC na Fesp Faculdades. Coautora do Livro Sinopse de Direito Ambiental, publicado pela EDIJUR em 2012 na sua 1ª ed. Autora de diversos artigos publicados em revistas científicas.

que quanto menor a renda e a escolaridade mais se encontra dificuldade em acessar a justiça, sendo para estes a falta de confiança o principal fator dificultador. A conclusão é de que o fato de acionar a justiça nesse país não é tarefa fácil, e inúmeros são os fatores que impedem uma melhor relação entre aqueles que necessitam da justiça e a própria justiça. Também pudemos averiguar que a burocracia, a falta de confiança na justiça e a falta de informação das pessoas são os fatores mais presentes. Somente a burocracia representa mais da metade das alegações por parte dos indivíduos pesquisados, o que demonstra que nosso sistema judiciário precisa urgentemente de uma reforma para rever procedimentos e facilitar o acesso das pessoas ao poder judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Justiça. Burocracia. Falta de Confiança.

### **ABSTRACT**

This research is focused on factors that complicate access to justice. This study proposes to identify the aspects that hinder the access of citizens to justice and whether factors such as income and education may influence the positioning of the people about the difficulties of access to justice. We attempted to correlate the theoretical aspects, linking them to practical issues examined in a sample of the proposed individual's questionnaires. Exploratory research, with methods of bibliographical and field research with qualitative and quantitative approach was developed. The tools developed for data collection were a questionnaire with closed questions applied to a sample of 21 randomly chosen individuals, including lawyers, staff and clients of a large law firm in João Pessoa, Paraíba. Data were tabulated, presented in charts, with subsequent descriptive analysis, based, for this, the literature used in developing the study. The results indicate that the bureaucracy is the greatest impediments mentioned in the survey, followed by lack of confidence in justice and lack of information from people. They also indicate that the lower the income and education is more difficulty in accessing justice, and for these the lack of confidence main complicating factor. The conclusion is that the fact trigger the justice in this country is no easy task, and there are numerous factors that prevent a better relationship between those who need justice and justice itself. We also investigate the bureaucracy; the lack of trust in justice and lack of information people are more factors present. Only the bureaucracy represents more than half of the claims by the individuals studied, which demonstrates that our justice system urgently needs reform to review procedures and facilitate people's access to the judiciary.

**KEYWORDS:** Access to Justice. Bureaucracy. Lack of Confidence

## **1 INTRODUÇÃO**

Tema de grande interesse de vários estudiosos das ciências jurídicas, o Acesso à Justiça é ainda tema bastante oportuno de análise e pesquisa. O conceito evoluiu desde sua concepção, mas muito ainda há que ser feito para garantir um melhor acesso de todos os cidadãos as garantias jurídicas que o Estado tem o dever de nos garantir.

Ao entendermos o que engloba essas palavras “acesso à justiça” e quais os pontos de relevante dificuldade, teremos uma visão melhor do que pode ser feito para facilitar e tornar mais célere a solução para as lides que a sociedade cotidianamente nos apresenta e, conseqüentemente, passaremos a valorizar ainda mais esse direito tão fundamental a todo cidadão: o direito e o acesso à justiça.

Situada a temática, destacamos que esse trabalho de pesquisa acadêmica visa fazer um breve apanhado histórico sobre o acesso à justiça e mais do que isso, procurará identificar as travas que dificultam esse acesso, seja por questões econômico-culturais, lentidão do processo judicial, custas judiciais, entre outras. Estudaremos como essas dificuldades têm impedido aos cidadãos de exercerem seus direitos ou ao menos os desencorajado a buscá-los.

Trata-se de uma abordagem em que se busca colocar em realce questão que chama atenção entre os acadêmicos que estão no 1º período do Curso de Direito. Estamos nos reportando à constatação empírica de que, dentre os inúmeros problemas que existem no nosso país, o acesso à justiça tem se tornado tema de grande interesse da sociedade. A realidade nos mostra que, recorrentemente o tema vem à tona através da mídia que apura as dificuldades encontradas pela sociedade em busca de seus direitos e garantias.

É fato que, os meios de comunicação têm desempenhado papel importante na divulgação dessa realidade que viola direito fundamental de todo cidadão, o acesso à justiça. Recente reportagem veiculada em programa de grande audiência demonstrou alguns fatores que podem dificultar o acesso da população, sobretudo os menos favorecidos, à justiça<sup>87</sup>. Assim, neste estudo, buscamos identificar as seguintes questões: que fatores dificultadores são mais relevantes e estão mais presentes nas situações descritas pelas pessoas questionadas?

Sabemos que existem vários fatores jurídicos e não jurídicos que podem dificultar o acesso à justiça. Dentre tais fatores podemos citar: a condição socioeconômica do indivíduo, a falta de conhecimento dos seus direitos, a falta de defensores públicos e a necessidade de um advogado para participar do processo

---

<sup>87</sup> Matéria exibida em 17/03/2013 no programa Fantástico da Rede Globo de Televisão ressaltando a falta de defensores públicos para assistir o cidadão que procura a justiça tendo como base informações divulgadas no Mapa da Defensoria Pública no Brasil lançado, na quarta-feira (13.03/2013), pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em parceria com a ANADEP. Segundo a pesquisa, não há defensores públicos em 72% das comarcas brasileiras, ou seja, a Defensoria Pública só está presente em 754 das 2.680 comarcas distribuídas em todo o país. É fato, portanto que a falta de defensores públicos para assistir a população, representa um óbice na questão do acesso à justiça.

judicial, além da falta de credibilidade nos operadores do direito e a lentidão processual, sendo essa, portanto, a hipótese norteadora do estudo.

O objetivo geral do trabalho é de identificar quais os fatores que dificultam o acesso à justiça. Os objetivos específicos são: averiguar as variáveis que influenciam de forma mais efetiva, sob a ótica da população pesquisada; aferir se a condição financeira é um fator determinante para o distanciamento da justiça e identificar se o nível de instrução pode influenciar o acesso à justiça.

## **2 ENTENDENDO A PROBLEMÁTICA INERENTE AO ACESSO À JUSTIÇA**

Iniciamos essa abordagem de natureza teórica com um breve relato histórico sobre o tema acesso à justiça por compreendermos que a justiça, conforme mostra Reale (2009), somente pode ser compreendida plenamente como concreta experiência histórica, como valor fundante do direito ao longo do seu processo de evolução histórica.

### **2.1 BREVE RELATO HISTÓRICO**

Historicamente o tema acesso à justiça surge no Código de Hamurabi, Rei da Babilônia, datado do século XVIII A.C. Tal código era de total cunho religioso, onde Rei era a personificação da justiça, incumbido, portanto, de solucionar as lides a ele trazidas, com poderes para erradicar o mal da terra. Esses poderes eram conferidos por uma ordem sobrenatural, divina. Nessa época, as decisões eram incontestáveis e ao povo só cabia levar ao conhecimento do julgador os fatos e controvérsias.

Já na Grécia, houve uma grande evolução doutrinária e filosófica no direito, o que foi muito importante para a evolução da justiça. Ressalta-se que, nessa época, surgiu a figura da isonomia, umbilicalmente ligada com o movimento do acesso à justiça, que anos mais tarde influenciou, também, na criação e desenvolvimento dos direitos humanos.

É sabido que a Grécia foi o berço da Democracia, e era conferido a todo aquele considerado cidadão grego o direito de acessar a justiça e o dever de participar dela. A figura do magistrado era apenas de simples auxiliar, pois quem decidia os conflitos era o povo. Argumentando a esse respeito Medina (2004, p.23) diz o seguinte:

A democracia em Atenas garantia aos cidadãos o exercício da função legislativa. Os integrantes da assembleia popular tinham o poder e o dever de participar da elaboração das leis que regulavam a vida e os destinos da cidade. No entanto, o regime democrático impunha também aos atenienses o encargo obrigatório de defender, como juízes, as leis que eles mesmos votavam, pois, na condição de membros das cortes populares, assumiam o compromisso - por meio do juramento heliástico - tanto de fazer cumprir o ordenamento jurídico quanto o de decidir o que seria legítimo e o que seria ilegítimo, o que seria bom ou o que seria mau para a cidade-Estado e para seu povo.

Foi também na Grécia criada a assistência judiciária aos necessitados, dando ao pobre o direito de se defender, passo significativo para o acesso à justiça. Já, em Roma, o Imperador Constantino (288-377 A.C) foi peça fundamental no desenvolvimento de uma justiça mais equânime, pela primeira vez dispôs em lei que o Estado tinha o dever de dar assistência advocatícia àquele que não pudesse pagá-la, promovendo assim o equilíbrio na relação processual.

Isso pode ser mais bem compreendido a partir desse argumento desenvolvido por Lima Filho (2003, p. 111), afirmando o seguinte:

Inúmeros institutos jurídicos, especialmente no que se concerne ao direito e à justiça, como patrocínio em juízo, a necessidade da assistência de um advogado para que houvesse um equilíbrio entre as partes, e tantos outros, terminaram por levar Constantino a ordenar a elaboração de lei que viesse assegurar o patrocínio, de forma gratuita, aos necessitados a que, mais tarde, terminou por ser incorporado ao Código Justiniano. Nota-se, assim, no Direito Romano, uma clara evolução da jurisdição.

No período da Idade Média (476 a 1453 D.C.), com predomínio da ideologia cristã, as leis se norteavam pelos fundamentos divinos. Surgia o Direito Canônico como esfera jurídica própria da Igreja Católica Romana e a doutrina do amor ao próximo que incentivava a não cobrança de honorários e custas aos mais pobres.

A Revolução Francesa de 1789 foi teoricamente fundamental para o acesso à justiça e teve por ideais, a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Essa revolução foi realizada pela separação dos poderes e idealizava o princípio da legalidade, norteado pelo absolutismo e individualismo.

A conquista mais expressiva da Revolução Francesa foi a criação do Estado Nacional que foi instituído pela Constituição, a qual regulava a vida em sociedade, surgindo, pois a fase liberal individualista. A Constituição, apesar de assegurar a igualdade aos indivíduos, não significava dizer que asseguravam também o acesso à justiça, já que nesse período houve uma grande crise do Poder Judiciário, conforme

explica Lima Filho (2003, p. 118), “tal desprezo para com o judiciário evidencia que o Estado liberal não tinha qualquer preocupação com a ideia nem com a prática do acesso à justiça”.

Surge, pois, uma situação inusitada: ao mesmo tempo em que a Constituição do Estado assegura, ainda que formalmente, a igualdade entre as pessoas, o que também em tese deveria assegurar igual acesso à justiça, no plano prático a realidade era diversa. Assim, apesar dos nobres ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, a Revolução Francesa não conseguiu solidificá-los no que se refere ao acesso à justiça.

No período Contemporâneo entre os séculos XVII a XIX, o acesso à justiça nos Estados liberais, era considerado um direito natural, portanto o Estado permanecia inerte com relação à forma pela qual a pessoa utilizaria esse direito, pouco se importando com a condição financeira do agente. Em suma, a justiça era um bem, só acessado por quem tivesse dinheiro.

Com a grande expansão capitalista e, por consequência, a evolução dos direitos sociais ocorridos a partir do século XX, cresceram as desigualdades sociais e surgiram as discussões sobre o acesso à justiça no âmbito do trabalho, dando enfoque, principalmente, aos direitos individuais. A atuação do Estado, nesse período, visava assegurar a igualdade de forma material e efetiva.

Não podemos deixar de mencionar a contribuição dada por Karl Marx (1818 - 1883) ao promover uma verdadeira revolução no pensamento sociológico e do amparo que se dava a uma política de ascensão social das classes menos favorecidas. É herança de Karl Marx a garantia de direitos trabalhistas antes inimagináveis às massas e que contribuiu bastante para o desenvolvimento de relações mais justas entre as classes e aumentando o poder de questionamento e luta por direitos por aqueles que se sentiam lesados ou explorados.

## 2.2 ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO ATUAL

Conceituar acesso à justiça não é tarefa fácil, principalmente nos dias de hoje quando o tema se expandiu e alcança diversos assuntos, não se resumindo apenas a existência e criação de leis, mas sim na efetivação de direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais.

Na compreensão da temática em foco, a definição de Cappelletti e Garth (1988, p.8), nos parece mais atual e assim dizem:

A expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil reparação, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico-sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Como dispõem Cappelletti e Garth (1978, p.9), “o acesso à justiça possui duas finalidades primordiais: que o sistema jurisdicional seja acessível e igualitário a todos os cidadãos e que os resultados sejam justos aos indivíduos da sociedade”. Exatamente nesse aspecto reside a relevância desse estudo, ou seja, em compreender porque tais finalidades não estão sendo alcançadas.

Está claro, portanto, que com o passar do tempo o conceito de acesso à justiça se modificou e se aprimorou. Antes, se entendia como acesso à justiça a garantia que o cidadão tinha de ingressar com uma causa, ou seja, que o indivíduo, ao levar seu direito violado para apreciação do judiciário, tivesse a certeza de que esse seria julgado; era a garantia do mero exercício de ação, não se preocupando unilateralmente, no entanto, com questões sociais, apenas referia-se à figura do autor na lide, numa visão da relação do processo.

Entretanto, conforme destaca Rodrigues (2008), a sociedade evoluiu e a concepção de acesso à justiça foi se modificando; deixou de se basear em mero ingresso ao judiciário e passou a visualizar o processo como instrumento de jurisdição, com objetivos sociais, almejando que a população, cada vez mais, pudesse buscar a satisfação de seus direitos, utilizando-se do devido processo legal.

Nessa visão, é notório que o acesso à justiça necessita do processo, não pode existir sem o mesmo, uma vez que é o meio de realização do direito material legislado, no qual se busca realizar o acesso à ordem jurídica justa. A respeito desse assunto, Chichoki Neto (2000, p.61) coloca que:

Nessa perspectiva, a expressão ‘acesso à justiça’ engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo perpassa por aquela que enforca o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.

O tema em questão é de tão fundamental importância, que a nossa lei maior, a Carta Magna constitucional prevê no seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito;” (BRASIL, 1988). Tal disposição constitui preceito constitucional que assegura, não apenas proteção aos direitos individuais violados dos cidadãos, mas também, prevenção à ameaça de violação de direito, denomina-se esse preceito “Princípio da Proteção Judiciária”.

Essa elevação do acesso à justiça à ordem constitucional fez-se necessária pelas transformações pelas quais passou a sociedade, notadamente após a segunda guerra mundial, pois até então os Estados liberais tinham-na apenas como um “direito natural” do cidadão, ou seja, um direito inerente ao homem e que, portanto, não necessitava de proteção do Estado para resguardá-lo, já que era anterior ao Estado.

Porém quando surgiam conflitos o Estado se mantinha inerte, passivo, eximindo-se da responsabilidade no campo da prática processual por acreditar que não era seu papel tutelar ou proteger tal direito, porém o Estado atualmente percebeu a necessidade de criar mecanismos e formas de atuação para não apenas criar leis de maneira pura e simples, como também de efetivá-las. Sobre esse aspecto explicam Cappelletti e Garth (1988, p. 10-11), que:

À medida que as sociedades cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas ‘declarações dos direitos’, típicas do século dezoito e dezenove. O movimento fez no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos exemplificados no preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, a saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos os direitos sociais básicos.

Portanto, o acesso à justiça é base de aplicação para todos os outros princípios e garantias constitucionais, e como acrescentam Cappelletti e Garth (1988, p.12) ao afirmarem que:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como direito requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno, e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direito de todos.

Ao Estado é designada a tarefa de dispor ao cidadão o exercício da função jurisdicional. Ressalva-se que a jurisdição tem a característica de inércia, ou seja, só pode ser ativada com a provocação da pessoa que teve sua pretensão resistida; essa função jurisdicional se faz concreta pelo direito de ação.

Manifesta-se o Estado no sentido de ser vedado ao indivíduo utilizar-se de meios de autodefesa, visto ser forma arcaica e precária de solução de litígio, como também não ser sinônimo de justiça e sim de prevalência do mais forte contra o mais fraco.

### **3 APRESENTAÇÃO E DISCUSSÃO DE RESULTADOS DA PESQUISA DE CAMPO**

Consideramos que o estudo teórico e a revisão bibliográfica não seriam suficientes para termos clareza de quais seriam os fatores que mais dificultam o acesso da população à justiça na cidade de João Pessoa. Então, partimos para uma investigação mais aprofundada na busca de resultados mais concretos que pudessem ser comprovados empiricamente.

Cumpramos destacar que essa pesquisa foi planejada no desenvolvimento do conteúdo da disciplina metodologia científica, ministrada no 1º período do Curso de Direito da Fesp Faculdade, ocasião em que recebemos orientação sobre a elaboração do projeto de pesquisa e sua execução que resultou nesse trabalho que ora apresentamos.

#### **3.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS**

Este estudo se propôs a desenvolver pesquisa de caráter exploratório, com aplicação de métodos de pesquisa bibliográfica e de campo, adotando abordagem de análise do tipo quali-quantitativa, sendo quantitativa porque foi baseada em números, opiniões e informações para classificá-las e analisá-las, sendo também qualitativa devido à existência da relação humana entre mundo real e o sujeito (JUSTO; VASCONCELOS, 2009).

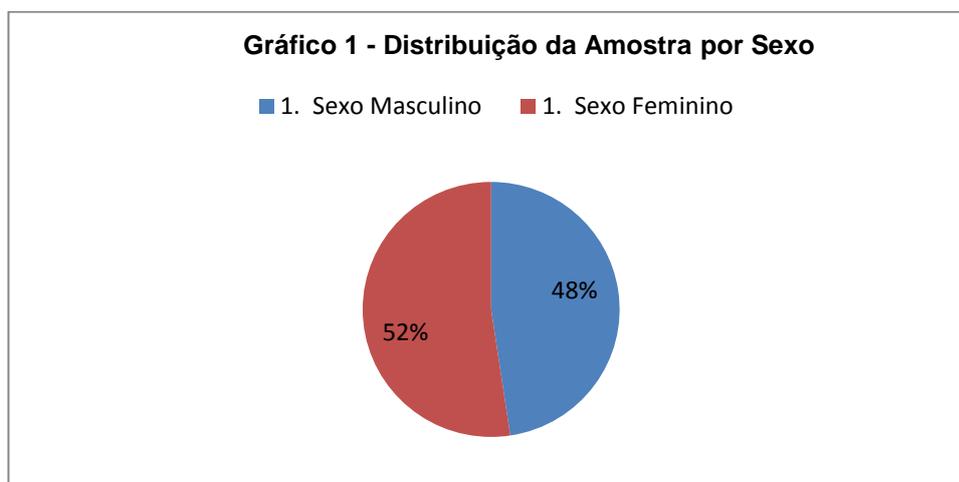
Os instrumentos desenvolvidos para a coleta de dados foram: primeiro, um questionário contendo perguntas fechadas, aplicadas a uma amostra escolhida pelo critério de acessibilidade, composta por 21 indivíduos todos residentes na cidade de João Pessoa/PB, separados em dois grupos, o primeiro composto por operadores do

direito, e o segundo por pessoas consideradas leigas no assunto da pesquisa. E, segundo, uma entrevista despadronizada não dirigida, aplicada a um advogado de grande conhecimento na área, para agregar mais elementos ao estudo do problema delineado no projeto de pesquisa.

Para aplicação desses instrumentos de coleta de dados, teve-se o cuidado de evitar a escolha de amostra tendenciosa. Assim sendo, a amostra foi heterogênea englobando advogados, funcionários e clientes de um grande escritório jurídico desta cidade, além de pessoas que procuram a assistência judiciária gratuita através da defensoria pública. Os dados obtidos foram tabulados, apresentados em gráficos com posterior análise descritiva, baseando-se, para isso, na bibliografia utilizada no desenvolvimento do estudo.

### 3.2 CARACTERIZAÇÃO DA AMOSTRA

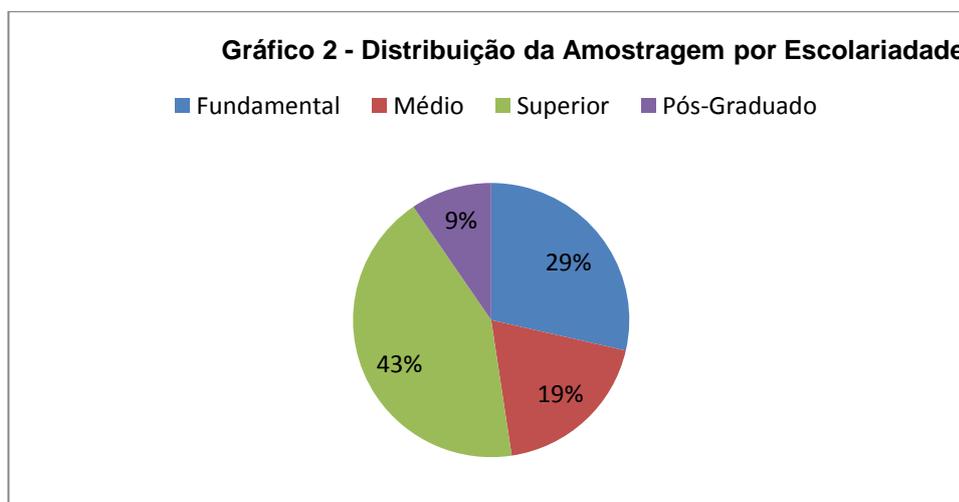
Dentre as pessoas pesquisadas na amostra 52% eram do sexo feminino e 48% do sexo masculino, conforme demonstrado no Gráfico 1. Das pessoas do sexo feminino, 82% não trabalham na área jurídica, ou seja, não é operador do direito. Porém, 73% precisaram da justiça em algum momento de sua vida, achando o acesso difícil, em todos os casos. A burocracia foi à dificuldade mais mencionada com 45% das respostas; seguida de falta de confiança na justiça, com 36% das respostas; e falta de informação com 19% das menções.



Fonte: Pesquisa Própria 2013

Das pessoas do sexo masculino, 70% trabalham em alguma área do direito, tendo apenas 10% dos pesquisados não necessitado de buscar a justiça em algum momento de sua existência. Na questão do acesso, 60% dos homens acham o acesso difícil; e, 40% fácil. Sendo a burocracia a principal dificuldade apresentada com 60% das menções, seguidas de falta de confiança na justiça, com 20% das respostas; e a falta de informação com também 20% do total das respostas obtidas nessa questão.

No Gráfico 2, foi identificado o nível de escolaridade dos componentes da amostra que demonstra grande concentração de indivíduos com nível superior, representando 43% do total; 29% com ensino fundamental; 19% com ensino médio; e, apenas 9% de pós-graduados. As pessoas com nível fundamental de ensino consideram em sua totalidade o acesso à justiça difícil e 83% coloca a não confiança na justiça como a maior das dificuldades encontrada no acesso; seguida da burocracia com 17% das respostas.



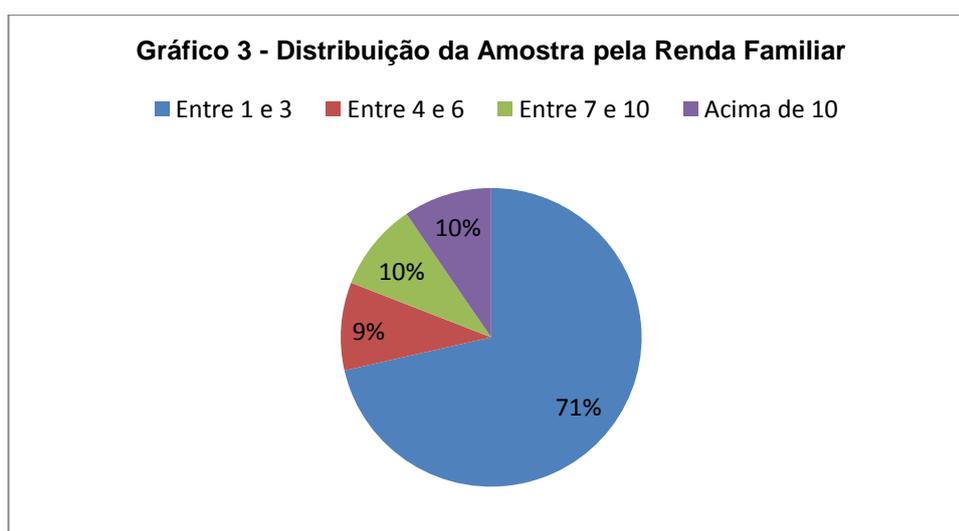
Fonte: Pesquisa Própria 2013

Dentre as pessoas com nível médio de ensino, apenas 25% considera a justiça de fácil acesso, mas, nenhuma considerou como dificuldade a falta de confiança na justiça e sim aspectos como: a falta de informação 50%; medo 25% e burocracia 25%. Os indivíduos com curso superior completo acreditam (44%) que o acesso é fácil e 56% difícil. Nessa classe de indivíduos, a burocracia é tida como principal motivo dificultador do acesso à justiça, com 78% das respostas. É importante ressaltar que a falta de conhecimento foi mencionada pelos 22% restantes. Dentre os pós-graduados,

100% acha o acesso à justiça difícil e a burocracia é mencionada por todos eles como o maior entrave encontrado nessa empreitada.

As informações extraídas desses dados nos mostram que, quanto menor o nível de escolaridade, maior a percepção de dificuldade em acionar a justiça, com um contraponto que os pós-graduados pesquisados também consideram o acesso difícil; entretanto essas dificuldades tem outro referencial. Enquanto os pesquisados de nível fundamental consideram como principal dificuldade para que se busque a justiça seja a falta de confiança que sentem no judiciário; os pós-graduados julgam ser a burocracia o principal fator de dificuldade demonstrando preocupação com o ritmo do processo e não com a justiça das decisões.

No Gráfico 3, a renda familiar é analisada tendo sido constatado que 71% da amostra estava recebendo entre 1 e 3 salários mínimos; 10% entre 4 e 6 salários mínimos; 10% entre 7 e 10 salários mínimos; e 9% acima de 10 salários mínimos. Dentre os indivíduos com as rendas mais baixas, ou seja, até 3 salários mínimos, 87% acredita ser difícil o acesso à justiça; e os 13% restantes julgam fácil. A falta de confiança teve 40% das indicações desse grupo como fator de dificuldade igualada à burocracia com os mesmos 40%; seguida de falta de informação com os 20% restantes.



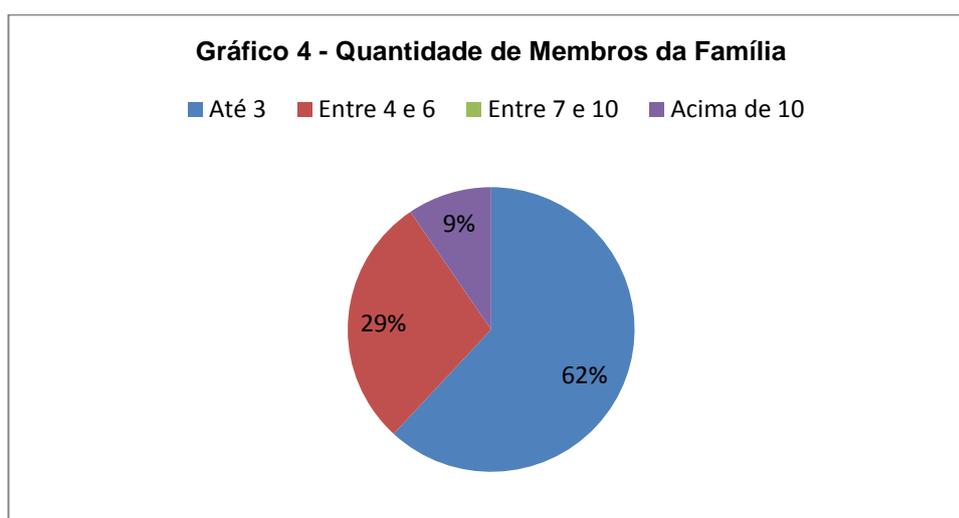
Fonte: Pesquisa Própria 2013

Entre o grupo de indivíduos com rendimentos entre 4 e 6 salários mínimos, 50% acha fácil; e, 50% difícil acessar a justiça. Também 50% citaram a falta de informação como fator de dificuldade; e para os outros 50%, a burocracia é o principal

empecilho. Os indivíduos que recebem entre 7 e 9 salários mínimos, acreditam (100%) que o acesso a justiça é fácil, e também a totalidade relacionaram a burocracia como o principal agente de dificuldades. Por fim, os indivíduos de maior rendimento familiar, acima de 10 salários mínimos julgaram ser difícil acessar a justiça, e a burocracia é a maior dificuldade com 100% das menções.

No quesito renda, ficou demonstrado na pesquisa que, quanto menor a renda maior a dificuldade encontrada no acesso à justiça com o mesmo contraponto indicado no quesito escolaridade, pois dentre os indivíduos de maior renda (100%) encontram dificuldade no acionamento da justiça. Outro ponto importante que a pesquisa revela é que à medida que o patamar de renda vai aumentando os fatores dificultadores vão se modificando. Enquanto a maioria das pessoas com menores rendas julgam a falta de confiança o fator principal de dificuldade, no patamar seguinte de rendimento familiar, os fatores mudam para burocracia e falta de informação das pessoas, cada um com 50% das menções; e a partir daí a burocracia se torna a principal dificuldade com 100% das respostas para as rendas mais altas.

O Gráfico 4 demonstra a quantidade de membros da família que residem no mesmo endereço dos pesquisados. Destes 62% têm até 3 membros vivendo juntos; 29% entre 4 e 6 familiares; e 9% com acima de 10 familiares residindo no mesmo local. A opção entre 7 e 10 membros da família não foi mencionada em nenhuma das respostas.

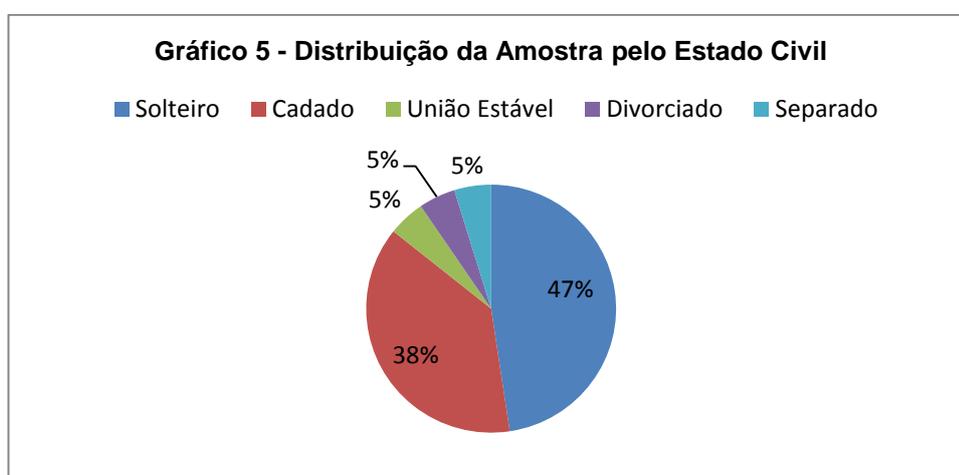


Fonte: Pesquisa Própria 2013

Os dados relativos à distribuição da amostragem de acordo com a quantidade de membros residindo no mesmo endereço quando se refere ao acesso à justiça é

importante porque esse é um direito do cidadão, e ainda existe um contingente populacional significativo que deixam de buscar o reconhecimento de seus direitos muitas vezes influenciados por algum de seus membros. Do mesmo modo que, em alguns casos a situação se inverte, ou seja, há pessoas da família que incentivam seus membros a buscar a justiça para fazer valer um direito seu.

No Gráfico 5 ficou demonstrado o estado civil da amostra, sendo formada a maioria por solteiros com 47% dos sujeitos; 38% de casados; 5% de união estável; 5% de divorciados; e, também 5% de separados.



Fonte: Pesquisa Própria 2013

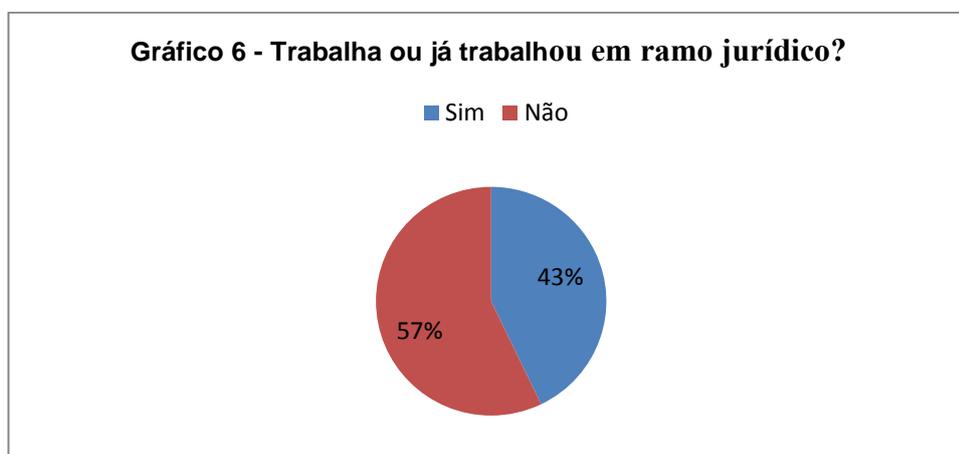
O estado civil da amostragem é dado relevante, pois pode ter influência na sua posição sobre as condições que favorecem ou dificultam o acesso à justiça. Há situações referentes ao estado civil em que a busca da justiça é aspecto fundamental, a exemplo dos casos de pensão alimentícia, de guarda dos filhos, de partilha de bens, dentre outros<sup>88</sup>. Entretanto, não buscamos analisar esses aspectos pelo pouco tempo que tivemos para coletar, analisar e apresentar os dados da pesquisa.

<sup>88</sup> Ressaltamos que não foi possível aprofundar esses aspectos por carecermos mais aprofundado sobre os diversos ramos do direito, dado que ainda estamos no início do curso. Desse modo essa observação é consequência da experiência que cada um de nós trás na sua bagagem cultural, é conhecimento do senso comum, conhecimento empírico resultante da observação do que acontece na vida cotidiana das pessoas e dos motivos que as levam a procurar a justiça.

### 3.3 POSICIONAMENTO DOS QUE OPERAM E QUE NÃO OPERAM COM O DIREITO SOBRE A TEMÁTICA EM TELA

Adentrando mais especificamente no foco da pesquisa, procurou-se averiguar se os fatores dificultadores do acesso à justiça apontados pelos sujeitos da amostra que operam o direito e os considerados leigos no assunto são os mesmos, se são diferentes e em que se diferenciam e em que se igualam.

Assim, no Gráfico 6 fazemos a separação da amostra entre operadores do direito e leigos, sendo 43% da amostra formada por indivíduos que trabalham em algum ramo do direito e 57% são leigos. Dentre os que trabalham com o direito 44% acham o acesso à justiça fácil enquanto 56% veem dificuldades no acesso. A burocracia é o maior empecilho para esse grupo com 78% das respostas; e a falta de informação ficou com os 22% restantes. Entre o grupo de pessoas que não trabalham com o direito, apenas 8% acha o acesso a justiça fácil, contra 92% que acham o acesso difícil. Dentre esse grupo a falta de confiança na justiça é o principal dificultador com 50% das menções, seguida da burocracia com 33% das respostas; e, por último a falta de informação com 17%.

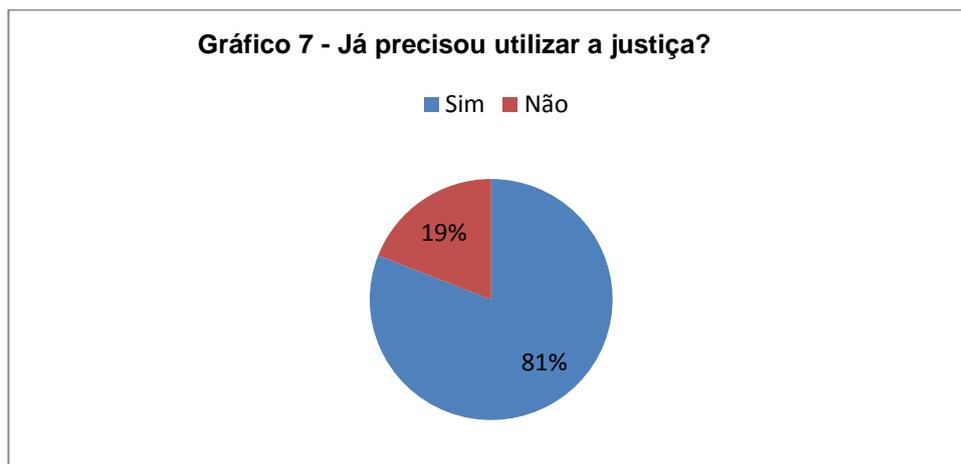


Fonte: Pesquisa Própria 2013

Nessa questão, pudemos identificar que, nem só aqueles que não têm contato com a justiça a consideram de difícil acesso, pois 56% dos operadores do direito também consideram acionar a justiça uma tarefa difícil. Analisando esse resultado, verificamos o seguinte: o que muda entre as respostas desses dois grupos são os fatores dificultadores: enquanto que os 'leigos' consideram a falta de confiança na

justiça, o principal fator; os operadores do direito julgam ser a burocracia a maior dificuldade encontrada.

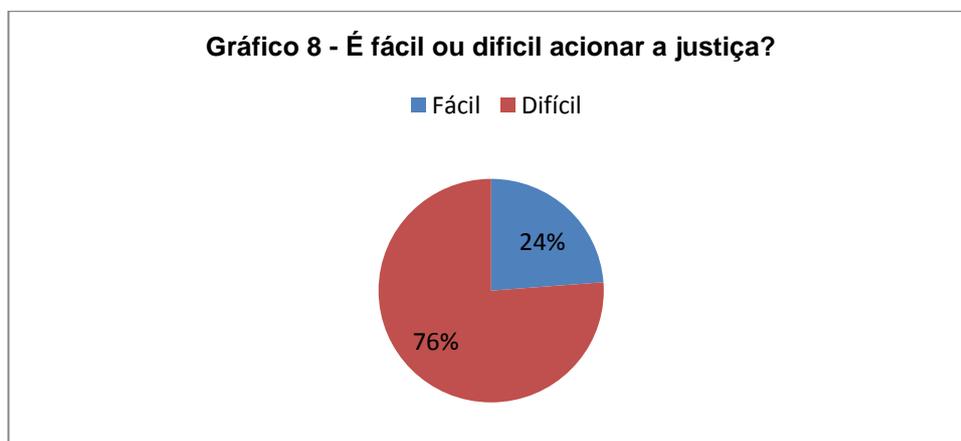
No Gráfico 7, identificamos na amostra quantos indivíduos já precisaram utilizar a justiça, destes 81% disseram sim e 19% afirmaram que ainda não precisaram da justiça. Dos que já precisaram da justiça 76% acharam dificuldades, contra 24% que acharam fácil o acesso.



Fonte: Pesquisa Própria 2013

As principais dificuldades apresentadas foram: burocracia com 59% das menções; falta de informação com 23%; e falta de confiança 18%. Dentre aqueles indivíduos que não precisaram utilizar a justiça, 75% acreditam que acessar a justiça seja difícil e os outros 25% acreditam ser fácil. As dificuldades mencionadas pelos pesquisados foram falta de confiança na justiça com 75% e burocracia com 25%.

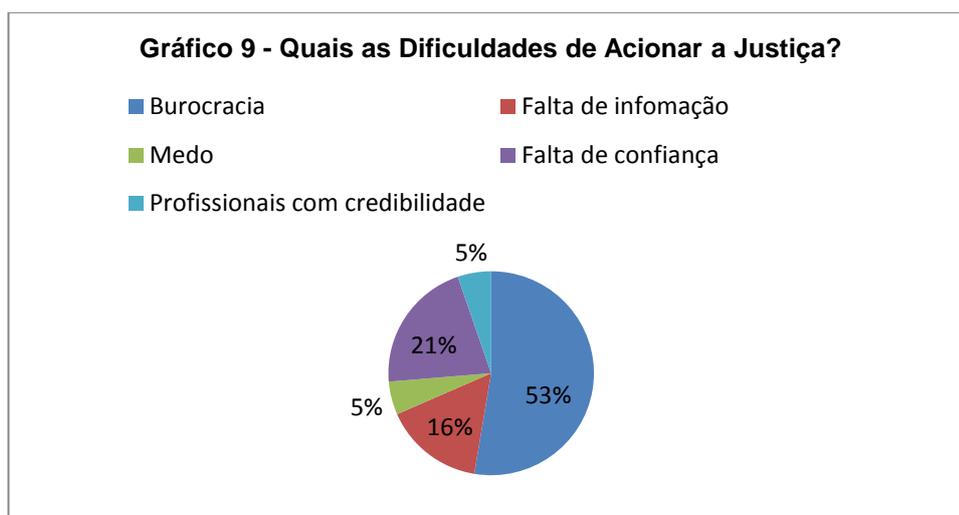
O Gráfico 8 demonstra quanto da amostra considera fácil acionar a justiça que totalizou 24% e 76% encontra alguma dificuldade em acionar a justiça.



Fonte: Pesquisa Própria 2013

Dos pesquisados que consideram o acesso à justiça difícil, 56% consideram a burocracia o principal problema; 31% alegam a falta de confiança na justiça; e 13% dizem que a falta de informação das pessoas dificulta o acesso. Os 24% dos pesquisados que acham o acesso a justiça fácil indicaram que a falta de informação das pessoas pode ser um fator de dificuldade somando 40%; a burocracia também foi mencionada em 40% dos casos; e 20% alegaram que a falta de confiança na justiça pode dificultar o acesso das pessoas.

No Gráfico 9, verificamos quais as dificuldades mais recorrentes no acesso à justiça e obtivemos o seguinte resultado: 53%, ou seja, mais da metade da amostra considera a burocracia uma grande dificuldade; ao passo que, 21% veem a falta de confiança na justiça; e 16% relacionaram a falta de informação como dificultador mais acentuado; 5% demonstraram ter medo de acionar a justiça; e os 5% restantes questionam a credibilidade nos profissionais da área.

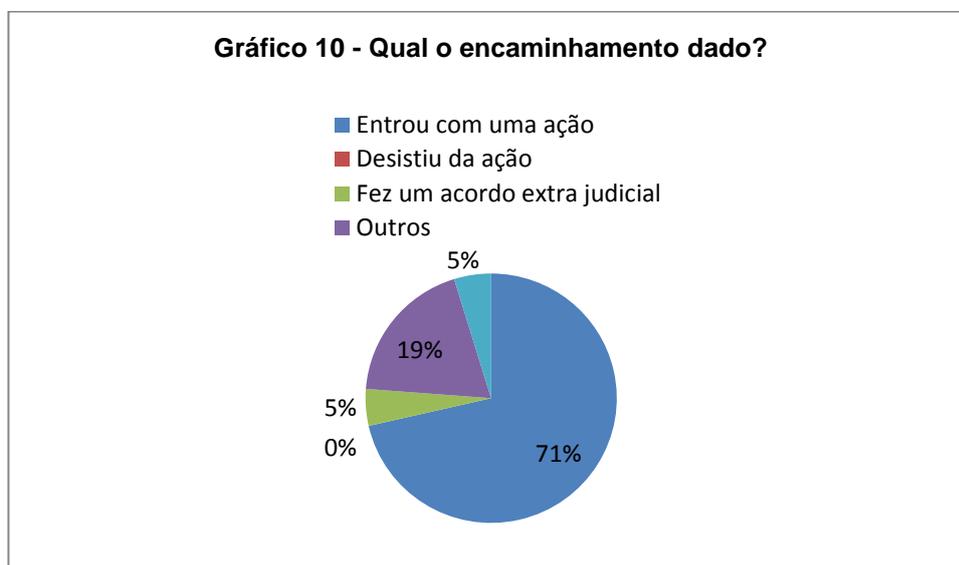


Fonte: Pesquisa Própria 2013

Burocracia, referente ao curso do processo e/ou interposição de recursos que, muitas vezes, apenas retarda uma decisão já esperada, por isso aparece na maioria das respostas dadas pelos operadores de direito questionados. A falta de confiança na justiça é consequência da sua falta de celeridade e também do desconhecimento sobre prazos, sobre procedimentos e formalidades que devem ser cumpridas e podem ser responsabilizadas pela demora nas decisões judiciais.

O Gráfico 10 demonstra qual o encaminhamento dado por aqueles que acionaram a justiça tendo sido fácil ou difícil o acesso. Entraram com uma ação foi a

resposta dada por 71% dos investigados. Outra opção representou 19% da amostra. 5% fez acordo extrajudicial; e 5% não opinou.



Fonte: Pesquisa Própria 2013

O exame das respostas mostra que a invocação da justiça se dá através da ação que é a forma processual adequada para defesa de interesses envolvendo as partes em litígio. As respostas dadas a outra opção não foram exemplificadas, ou seja, não foram identificadas as opções, sendo esse um fator limitante na análise dos dados.

É interessante notar que os que não opinaram também não assinalaram ter desistido da ação. Isso nos leva a admitir a prevalência da ação como o encaminhamento mais adequado para a solução dos conflitos judiciais, podendo ainda ser resolvidos através da conciliação que vem a ser uma solução amigável para o conflito proposta pelo próprio juiz.

### 3.4 SOBRE A CONCLUSÃO DO PROCESSO JUDICIAL

A sentença é a resposta ao pleito e revela a eficácia dos atos jurídicos. Partindo dessa premissa, consideramos importante averiguar entre os componentes da amostra o resultado de sua experiência para com a justiça, na fase em que ocorreu a conclusão do processo.

O Gráfico 11 demonstra se o resultado daqueles que buscaram a justiça atendeu suas expectativas. Estando 71% satisfeitos com o resultado e 29% não ficaram satisfeitos.



Fonte: Pesquisa Própria 2013

É importante registrar que, a satisfação com o resultado da sentença é expresso pelo autor da causa de pedir, o autor da ação. E, por óbvio a insatisfação foi expressa por aqueles cuja razão de seu pedido foi considerada desprovida de fundamento legal, o que é comum ocorrer, por exemplo, em pedidos de indenização por danos morais.

Há também casos em que a ação já está tramitando a um tempo razoavelmente longo e por questões de falta de estrutura no judiciário ainda não se tem a decisão. Assim sendo, reforçamos a ideia de que esses dados revelam a experiência jurídica dos componentes da amostra em relação aos fatores que dificultam o acesso à justiça.

Resta ainda destacar que o acesso à justiça deve ser entendido como a proteção de qualquer direito indistintamente, sem restrição econômica, social, política, religiosa, cultural ou de qualquer natureza; mas para isso não basta que a Constituição e a legislação infraconstitucional deem ao cidadão somente a garantia formal da defesa dos direitos e o acesso ao Poder Judiciário, é preciso antes de tudo, dar a todas as pessoas a garantia material de proteção desses direitos, mediante condições efetivas de acesso à justiça e de garantia de que a prestação jurisdicional vai se efetivar satisfatoriamente.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após estudo da literatura a respeito dos fatores dificultadores do acesso à justiça e análise dos dados coletados nos questionários, pudemos nos abastecer de fundamentos e ter um melhor entendimento do que dificulta o cidadão que se vê necessitado de um apoio jurídico para resolver seus litígios, a ter acesso à justiça.

Os resultados obtidos nos permitem afirmar que, fica latente o fato de que acionar a justiça nesse país não é tarefa fácil, e inúmeros são os fatores que impedem uma melhor relação entre aqueles que necessitam da justiça e a própria justiça. Tal constatação fez com que buscássemos neste trabalho identificar quais os principais fatores que dificultam esse acesso.

Através da pesquisa de campo que realizamos na cidade de João Pessoa/PB, pudemos averiguar que a burocracia, a falta de confiança na justiça e a falta de informação das pessoas são os fatores mais presentes. Somente a burocracia representa mais da metade das alegações por parte dos indivíduos pesquisados, o que demonstra que nosso sistema judiciário precisa urgentemente de uma reforma.

Consideramos, portanto, que as engrenagens do judiciário estão enferrujadas precisando ser limpas e lubrificadas, corroborando com esse pensamento. Mouzalas (2013) afirma que, “outro aspecto de bastante importância, que dificulta o acesso à justiça é a organização defasada, ultrapassada e a morosidade no julgamento de litígios”.<sup>89</sup>. Esse aspecto, portanto é ponto pacífico entre o entendimento de quem opera com a justiça e de quem dela se utiliza em busca de solucionar algum conflito pela via judicial.

A falta de confiança das pessoas na justiça apresentou-se como fator preponderante para aqueles indivíduos com menor grau de instrução e menor renda, demonstrando assim que existe desconfiança por parte daqueles que são considerados menos favorecidos pela sociedade e isso se reflete também no acesso à justiça. Isso reflete, de certa forma, o posicionamento de Chichaki Neto (2000) no seu questionamento sobre a (in)eficiência do ordenamento jurídico pátrio, pois o Estado não está conseguindo proporcionar a realização da justiça aos cidadãos que dela necessitam.

---

<sup>89</sup> Dado extraído da entrevista realizada na fase de pesquisa de campo em 2013.

A esse fator também podemos atrelar à falta de informação das pessoas ou a um nível menor de estudo que possibilite conhecer direitos fundamentais. Mouzalas (2013) também se expressa nesse sentido afirmando que, “no que tange a má formação dos cidadãos, prejudica o acesso à justiça pelo fato de as pessoas não terem conhecimento desde os direitos elencados na Carta Magna, bem como em leis infraconstitucionais”<sup>90</sup>.

Esses resultados confirmam, portanto, o posicionamento dos autores que utilizamos na sua fundamentação teórica, pois quando a Constituição Federal instituiu a faculdade de qualquer cidadão recorrer ao Judiciário por qualquer lesão a direito seu, sujeitando-a a apreciação e equacionamento pelo Judiciário, conforme definido no seu art. 5º, inciso XXXVI, está consagrando o princípio do acesso à Justiça e do juízo natural.

Assim, em tese, todo aquele que for alvo de violação de seus direitos, pode reclamar a intervenção estatal para uma reparação equânime e completa. Essa consagração da ordem superior, concretiza o exercício da cidadania com reflexos na dignidade do ser humano, por ter no Estado a certeza de que os valores éticos, morais, econômicos e personalíssimos, além de outros, estão albergados pelo que está insculpido na nossa Carta Magna vigente.

Consoante esse modo de pensar, o exercício do direito deferido constitucionalmente se traduz na valoração jurídica-social de um fato agressor ao direito alheio, onde o Estado tem o direito/dever de intervir ao ser provocado e equacionar o litígio decorrente da disputa em juízo. Vale salientar que a cidadania também está protegida quando o Estado cumpre a sua missão judicante e o faz usando o instrumento legal que é o processo.

Por fim, esclarecemos que esse trabalho não exaure o tema discutido, mas demonstra com coerência o que pudemos evidenciar através de pesquisa bibliográfica, bem como em entrevistas, reportagens e palestras sobre as dificuldades no acesso e na morosidade da justiça. Pudemos, enfim responder aos nossos questionamentos de forma clara e concisa, e avaliar a situação atual em que se encontra a justiça no que tange a atender bem e com primor aqueles que dela necessitam, garantindo assim a prestação jurisdicional a cargo do Estado, conforme garante a nossa Carta Magna de 1988.

---

<sup>90</sup> Dado extraído da entrevista realizada na fase de pesquisa de campo em 2013.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANELLA, Marcelo. Falta de defensores públicos afeta milhares de brasileiros. *Fantástico*. Rede Globo de Televisão, 17/03/2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CICHOKI NETO, José. *Limitações de acesso à justiça*. Curitiba: Ed. Juruá, 2000.

JUSTO, J.S; VASCONCELOS, M.S. Pensando a fotografia na pesquisa qualitativa em pesquisa. *Estud. Pesqui. Psicol.* v.9. n.3. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S180842812009000300013&script=sci\\_artt\\_ext/](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S180842812009000300013&script=sci_artt_ext/)> . Acesso em: 08 de nov. de 2013.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos – o cidadão na Administração da Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MOUZALAS, Giordano. *Entrevista sobre os fatores dificultadores do acesso à justiça*. [nov. de 2013]. Entrevistador: Ana Kelly Costa. João Pessoa, 2013.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no Estado Contemporâneo: concepção e principais entraves. In: SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alveme Barreto (Org). *Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento – Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha*. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 237-276.

## **O CONCEITO DE CONSUMIDOR NO DIREITO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS TEORIAS FINALISTA, MAXIMALISTA E MISTA**

### **THE CONCEPT OF CONSUMER LAW: A COMPARISON BETWEEN THEORY FINALIST, MAXIMALIST AND MIXED**

MARKUS SAMUEL LEITE NORAT\*

#### **RESUMO**

Uma relação jurídica deverá apresentar três elementos: o subjetivo, o objetivo e o finalístico, para que possa ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor. Desta maneira, estaremos diante de uma relação jurídica de consumo. O elemento subjetivo diz respeito aos pólos desta relação: o consumidor e o fornecedor. Ao cuidar da explicação do conceito atribuído ao consumidor, pelo Código de Defesa do Consumidor, a doutrina consumerista entrou em discordância, quando se trata de determinar quem, e em quais circunstâncias, seria o “destinatário final” explicitado no artigo 2º do Código do Consumidor brasileiro. A doutrina se dividiu ao ponto de instituir correntes doutrinárias divergentes para determinar o “destinatário final” que adquire ou utiliza o produto ou o serviço. A saber, existem três correntes doutrinárias, cada uma com sua própria teoria, para definir a conceituação de consumidor: a finalista, a maximalista e a mista. O operador do Direito deve ter a adequada ciência sobre a conceituação do consumidor, para, assim, saber distinguir de forma correta, quando uma relação jurídica deverá ser tutelada pelo Direito Consumerista ou pelo Direito Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Consumidor. Conceito de Consumidor. Teoria Finalista. Teoria Maximalista. Teoria Mista.

#### **ABSTRACT**

A legal relationship must submit three elements: the subjective, objective and finalistic, so you can be protected by the Code of Consumer Protection. Thus, we are faced with a legal relationship of consumption. The subjective element relates to the poles of this relationship: the consumer and the supplier. By taking care of the explanation of the

---

\* Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais; Pós-Graduação em Direito Eletrônico pela Universidade Gama Filho; Pós-Graduação em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor pela UNIASSELVI - Centro Universitário Leonardo da Vinci - ICPG - Instituto Catarinense de Pós Graduação; Pós-Graduação em Direito de Família pela Universidade Gama Filho; Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela ESA-PB - Escola Superior da Advocacia da Paraíba - Faculdade Maurício de Nassau; Pós-Graduação em Direito Ambiental pela UGF - Universidade Gama Filho; Extensão universitária em Direito Digital pela Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo; Extensão universitária em Didática Aplicada pela UGF; Extensão universitária em Novas Tecnologias da Aprendizagem: Novas Plataformas pela UGF; Extensão universitária em Políticas Educacionais pela Universidade Gama Filho; Extensão universitária em Aspectos Filosóficos pela UGF; Advogado; Assessor Jurídico do Ministério Público da Paraíba; Professor, Voluntário e Coordenador do Departamento de Pós-Graduação Jurídica da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba; Membro Coordenador Editorial de Livros Jurídicos da Editora Edijur (São Paulo); Membro-Diretor Geral e Editorial da Revista Científica Jurídica *Cognitio Juris*, ISSN 2236-3009; Membro Coordenador Editorial da Revista *Ciência Jurídica*, ISSN 2318-1354; Membro do Conselho Editorial da Revista *Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, ISSN 2237-1168; Autor de livros e artigos jurídicos.

concept given to the consumer, the Consumer Protection Code, the consumerist doctrine came into disagreement when it comes to determining whom and under what circumstances, would be the "final destination" spelled out in Article 2 of the Code of Brazilian consumers. The doctrine was divided to the point of introducing divergent doctrinal trends to determine the "ultimate consignee" who acquires or uses the product or service. Namely, there are three doctrinal streams, each with its own theory, to define the concept of consumer: the finalist, the maximalist and the mixed. The operator must have the right to adequate science on the conceptualization of the consumer, to thus to distinguish accurately, when a legal relationship should be protected by Law Consumerists or civil law.

**KEYWORDS:** Consumer Law. Consumer Concepts. Finalist Theory. Theory Maximalist. Theory Mixed.

## 1 INTRODUÇÃO

A ideia de regramento de comportamentos e obrigações a serem realizados durante e após as relações de consumo não é recente como alguns podem acreditar; podemos, pois, encontrar normas que tinham a intenção de proteger o consumidor em um dos mais antigos registros de documentos jurídicos que se tem notícia, o Código de Hammurabi.

Formulado pelo Rei Hammurabi (1728-1686 a.C.), com o intento de “torná-lo glorioso entre os reis”<sup>91</sup>, o código adotava o princípio do “olho por olho, dente por dente”. Entre os preceitos legais 215 - 240, o Código de Hammurabi trazia leis que regulavam algumas categorias especiais de trabalhadores, assim como: médicos, veterinários, barbeiros, pedreiros, arquitetos, entre outros. Essas leis conferiam direitos e obrigações entre esses profissionais e àquelas pessoas que contratavam os seus serviços.

Embora os povos praticassem atividades comerciais desde o período da antiguidade, poucos desses tinham um direito que regulasse essas atividades. Diferentemente dos babilônicos que dispunham do Código de Hammurabi, “os fenícios, que são considerados um povo que praticou o comércio em larga escala, não possuíam regras especiais aplicáveis às relações comerciais”.<sup>92</sup> Já na Índia do século XIII a.C., encontramos o “sagrado” Código de Massú estabelecia punições para os casos de adulteração de alimentos.

---

<sup>91</sup> ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. São Paulo: Ática, 2001. p.25.

<sup>92</sup> MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 33.

Os gregos tinham normas que regiam o assunto, porém entre eles imperava um direito calcado nos costumes, com cuidados em preservar os direitos do consumidor. Na Grécia, conforme lição extraída da *Constituição de Atenas*, de Aristóteles, também havia essa preocupação latente com a defesa do consumidor. Como explicitado pelo mestre estagirista, são também designados por sorteio os fiscais de mercado, cinco para o Pireu e cinco para a cidade; as leis atribuem-lhes os encargos atinentes às mercadorias em geral, a fim de que os produtos vendidos não contenham misturas nem sejam adulterados; são também designados por sorteio os fiscais das medidas, cinco para a cidade e cinco para o Pireu; ficam a seu encargo as medidas e os pesos em geral, a fim de que os vendedores utilizem os corretos; havia também os guardiães do trigo; eles se encarregam, em primeiro lugar, de que o trigo em grão colocado no mercado seja vendido honestamente; depois, de que os moleiros vendam a farinha por um preço correspondente ao da cevada, e de que os padeiros vendam os pães por um preço correspondente ao do trigo e com o seu peso na medida por eles prescrita (com efeito, a lei ordena que eles o fixem); são também designados por sorteio dez inspetores do comércio, aos quais se atribuem os encargos mercantis, devendo eles obrigar os comerciantes a trazerem para a cidade dois terços do trigo transportados para comercialização (...) o juro de uma dracma incidente sobre o capital de uma mina implicava uma taxa de 1% ao mês ou 12% ao ano.”<sup>93</sup>

Em Roma, apesar do forte desenvolvimento jurídico promovido pelos romanos, eles também não dispunham de um ordenamento centralizado sobre o assunto. O Direito Comum, com algumas poucas exceções, é que regulava as relações de compra e venda entre eles. “Não se pode, porém, deixar de admitir que o *Ius Gentium* melhor se adaptava às atividades de comércio, chegando alguns autores a sustentar ser esse direito uma consequência do tráfico mercantil”<sup>94</sup>.

Destacam-se ainda, no Império Romano, as práticas do controle de abastecimento de produtos, principalmente nas regiões conquistadas, bem como a decretação de congelamento de preços, no período de Deocleciano, uma vez que

---

<sup>93</sup> ARISTÓTELES. *Constituição de Atenas*. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 103-247. *Apud* FILOMENO, José Geraldo Brito, *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2010. p. 3.

<sup>94</sup> NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15 ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 89.

também nesse período se fazia sentir o processo inflacionário, gerado em grande parte pelo déficit do tesouro imperial na manutenção das hostes de ocupação.”<sup>95</sup>

Versando efetivamente do movimento consumerista, como uma relação definida aos moldes atuais, seu desenvolvimento se deu ao mesmo passo em que os sindicatos lutavam por melhores condições de trabalho para os operários. De fato, os movimentos sindicalistas e consumeristas entrelaçaram-se a ponto de permitir o aparecimento, em 1891, nos Estados Unidos, da *New York Consumer's League*, atualmente designada como *Consumer's Union*, um instituto de conscientização aos consumidores sobre os seus direitos. Nessa mesma época, foram criados boicotes aos patrões, que eram considerados como “maus” patrões aos seus empregados. Eram considerados como “maus”, aqueles que estavam em desacordo com as mudanças sociais propostas pelos sindicatos e que não ofereciam condições dignas aos seus trabalhadores.

Como analisa Hélio Zaghetto Gama, “Um mau comerciante, que explorasse menores, velhos ou mulheres, ou que não se mostrasse razoável frente ao progresso dos direitos sociais, era execrado pelos sindicatos”. Um curioso mecanismo de interligação entre as reivindicações trabalhistas e as aspirações dos consumidores gerou boicote aos maus fornecedores.”<sup>96</sup>

Em 1960 surgiu a *IOCU – Organization of Consumers Unions*, que foi inicialmente constituída por organizações de cinco países: Austrália, Bélgica, Estados Unidos, Holanda e Reino Unido. Atualmente a IOCU é designada como *CI – Consumers International*, uma federação mundial de grupos de consumidores que atua em 115 países distribuídos por todos os continentes do Planeta e congrega mais de duzentas e vinte associações de proteção e defesa do consumidor. Inclusive, o Brasil é representado na *Consumers International* através do IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e pelo PROCON. A organização é reconhecida pela ONU – Organização das Nações Unidas.

Em 15 de março de 1962, o então presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, encaminha uma mensagem ao Congresso daquele país, reconhecendo os direitos do consumidor, onde considera, por definição, que todos nós somos consumidores, compondo, assim, o maior grupo econômico, e apesar de ser o único grupo importante, muitas vezes suas opiniões não são ouvidas.

---

<sup>95</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito, *Op. cit.* p. 3-4.

<sup>96</sup> GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 3.

Acompanhando esse entendimento, em 16 de abril de 1985 a Organização das Nações Unidas adota a Resolução 39-248, que constitui diretrizes universais para uma política de amparo ao consumidor e destaca a vulnerabilidade que o consumidor apresenta em suas relações com os fornecedores de produtos e serviços.

A Resolução 39-248, em última análise, traçou uma política geral de proteção ao consumidor destinada aos Estados filiados, tendo em conta seus interesses e necessidades em todos os países e, particularmente, nos em desenvolvimento, reconhecendo que o consumidor enfrenta, amiúde, desequilíbrio em face da capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação. Reconhece, ainda, que todos os consumidores devem ter o direito de acesso a produtos que não sejam perigoso, assim como o de promover um desenvolvimento econômico e social justo, equitativo e seguro. Nela, basicamente, encontra-se a preocupação fundamental de: proteger o consumidor quanto a prejuízos à saúde e segurança, fomentar e proteger seus interesses econômicos, fornecer-lhe informações adequadas para capacitá-lo a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais, educá-lo, criar possibilidades de real ressarcimento, garantir a liberdade para formação de grupos de consumidores e outras organizações de relevância, e oportunidade para que essas organizações possam intervir nos processos decisórios a elas referentes.<sup>97</sup>

Nessa Resolução, notadamente, se evidencia a preocupação da Assembleia Geral da ONU em incumbir aos Estados o dever de constituir e aplicar políticas próprias para se perpetrar a defesa do consumidor, bem como adotar medidas que garantam a manutenção desses regramentos.

## **2 CONCEITO DE CONSUMIDOR**

A Constituição Federal do Brasil determina ao Estado promover a defesa ao consumidor, mas não define quem seria esse sujeito de direitos. Conceituação esta, que encontraremos a partir do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que traz, expressamente, em seu texto, o conceito de consumidor no artigo 2º, e completa essa conceituação nos artigos 17 e 29:

---

<sup>97</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.* p. 6.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Além da conceituação expressa no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, importante se faz, para uma melhor explicitação, tomarmos definições do termo consumidor também a partir de dicionários da língua portuguesa e dicionários jurídicos.

O Dicionário Houaiss da língua portuguesa considera consumidor como sendo: “*adj.s.m.* que ou o que consome. 1 que ou aquele que adquire mercadorias, riquezas e serviços para uso próprio ou de sua família; comprador, freguês, cliente.”<sup>98</sup>

O Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa traz o seguinte significado para consumidor: “*Adj.* 1. Que consome. *S. m.* 2. Aquele ou aquilo que consome. 3. *Restr.* Aquele que compra para gastar em uso próprio.”<sup>99</sup>

Para Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, temos a seguinte definição: “1. Pessoa física ou jurídica que adquire ou usa produto ou serviço como destinatário final. 2. Coletividade de pessoas que intervêm numa relação de consumo. 3. Aquele que consome. 4. O que compra produtos para uso próprio, sem intenção de revendê-los para obter lucro.”<sup>100</sup>

Conforme Pedro Nunes, no Dicionário de Tecnologia Jurídica, a acepção de consumidor seria: “Aquele que adquire comercialmente todas as coisas necessárias à sua manutenção, ou que deseja possuir, segundo o seu status financeiro ou social; segundo a Teoria Finalista é o consumidor final sujeito ao princípio da vulnerabilidade”<sup>101</sup>.

Assim, pode-se determinar que o consumidor possa ser uma pessoa física, uma pessoa jurídica ou, até mesmo, por meio de equiparação, a coletividade de

<sup>98</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 815.

<sup>99</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009. p. 533.

<sup>100</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 818. Volume 1.

<sup>101</sup> NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 13. ed. rev., ampl. e atual. por Artur Rocha. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 290.

pessoas, independente de serem determináveis ou não, que adquirem ou utilizam produtos ou serviços, para o seu próprio benefício ou de outrem.

Não podemos deixar de mencionar que, ao cuidar da explicação do conceito atribuído ao consumidor, pelo Código de Defesa do Consumidor, a doutrina consumerista entrou em discordância, quando se trata de determinar quem, e em quais circunstâncias, seria o “destinatário final” explicitado no artigo segundo do CDC.

A doutrina se dividiu ao ponto de instituir correntes doutrinárias divergentes para determinar o “destinatário final” que adquire ou utiliza o produto ou o serviço.

A saber, existem três correntes doutrinárias, cada uma com sua própria teoria, para definir a conceituação de consumidor: a finalista, a maximalista e a mista.

## 2.1 A TEORIA FINALISTA

A corrente finalista defende a teoria que o consumidor – destinatário final seria apenas aquela pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou contrata o serviço para utilizar para si ou para outrem de forma que satisfaça uma necessidade privada, e que não haja, de maneira alguma, a utilização deste bem ou deste serviço com a finalidade de produzir, desenvolver atividade comercial ou mesmo profissional.

Os finalistas afirmam que, ao se adquirir um produto ou serviço com a finalidade de desenvolver uma atividade de produção, seja para compor o estabelecimento ou para revender o produto, mesmo que transformado, este não estaria utilizando o produto ou serviço como destinatário final.

Nesta conjuntura estaria se caracterizando a compra do produto ou a contratação do serviço para a produção ou comercialização, pois este seria destinado, tão somente, para a revenda, transformação ou incorporação ao estabelecimento, para que um consumidor – destinatário final adquira ou contrate com este profissional ou empresa.

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida

‘destinação final’ do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.”<sup>102</sup>

De acordo com a corrente finalista, o comerciante e o profissional poderão ser considerados como consumidores, quando adquirirem produtos ou contratarem serviços para o uso não profissional, ou seja, que não tenham nenhuma ligação com a sua atividade produtiva. Desta maneira, estariam utilizando o produto ou o serviço para uso privado, por uma necessidade ou satisfação pessoal, de tal modo, poderiam ser considerados como vulneráveis.

## 2.2 A TEORIA MAXIMALISTA

A corrente maximalista defende a teoria de que o consumidor – destinatário final seria toda e qualquer pessoa física ou jurídica que retira o produto ou o serviço do mercado e o utiliza como destinatário final.

Nesta corrente não importa se a pessoa adquire ou utiliza o produto ou serviço para o uso privado ou para o uso profissional, com a finalidade de obter o lucro.

Os maximalistas veem “nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional”. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2.º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2.º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para reutilizar e a destrói. Segundo esta teoria maximalista, a pergunta da vulnerabilidade *in concreto* não seria importante. Defende que, diante de métodos contratuais massificados,

---

<sup>102</sup> MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71.

como o uso de contratos de adesão, todo e qualquer co-contratante seria considerado vulnerável.”<sup>103</sup>

Os maximalistas defendem que será considerado como consumidor aquele que retire o produto ou serviço do mercado e que o utilize como destinatário final, sem importar se este produto ou serviço adquirido seja utilizado para satisfazer uma necessidade pessoal, ou para ser incorporado a um novo processo de produção.

Nota-se, portanto, que o elemento fático para definição do *status* de consumidor à pessoa física ou jurídica, nesta corrente, não se dará, pelo sujeito de direitos que adquiriu o produto ou o serviço. Este sujeito será definido como consumidor, tão somente, por realizar a compra do produto ou a contratação do serviço.

Cabe ainda, uma observação quanto a esta corrente: Se todas as pessoas, profissionais ou não, que adquirem ou utilizam um produto ou um serviço serão consideradas como consumidores, dessa maneira, somente uma pessoa que estiver vinculada ao processo de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização do produto que está sendo adquirido, não poderá ser considerada como consumidor.

### 2.3 A TEORIA MISTA

Esta corrente, também é conhecida como teoria finalista temperada ou teoria finalista aprofundada. Porém, não consideramos que esta teoria seria um mero aprofundamento da teoria finalista. É bem verdade que esta teoria mescla elementos da teoria finalista e também da teoria maximalista. Desta forma, consideramos errônea a denominação finalista temperada ou finalista aprofundada, sendo, pois, mais adequado denominá-la como teoria mista.

Nesta corrente doutrinária, o consumidor – destinatário final seria aquela pessoa que adquire o produto ou o serviço para o uso privado, porém, admitindo-se esta utilização em atividade de produção, com a finalidade de desenvolver atividade comercial ou profissional, desde que seja provada a vulnerabilidade desta pessoa física ou jurídica que está adquirindo o produto ou contratando o serviço.

---

<sup>103</sup> MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. *Ibidem*. p. 71.

Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave é o da vulnerabilidade.”<sup>104</sup>

A teoria mista trata diferenciadamente aqueles que adquirem um produto ou serviço para utilizá-lo como forma de produção, pois estes adquirentes podem possuir tanta vulnerabilidade em relação ao produto ou serviço que está sendo adquirido, como qualquer outra pessoa que o utilizaria para satisfação de uma necessidade própria.

Seria, por exemplo, a padaria que compra um veículo automotor para utilizá-lo na entrega das encomendas e este apresenta diversos vícios de produção; ou ainda, a empresa de entrega de correspondências que adquire um veículo para utilizar no transporte de mercadorias e este apresenta os mesmos problemas encontrados no automóvel adquirido pela padaria. Há de se notar que tanto o padeiro como a empresa de entrega de correspondências possuem habilidades distantes da produção de automóveis, portanto podem não ter o menor conhecimento técnico sobre veículos, da mesma maneira que qualquer outra pessoa que adquire o veículo para uso privado. Para a teoria mista, são todos igualmente vulneráveis neste aspecto.

Esta corrente, entre as três já mencionadas, apresenta mais concordância com o princípio fundamental do Código de Defesa do Consumidor, que é a proteção dos mais fracos perante os mais fortes, daqueles que são, portanto, notadamente, vulneráveis.

O Código do Consumidor brasileiro tem como elemento fático a proteção dos vulneráveis, em observância da boa-fé empregada na relação jurídica de consumo.

Seguindo a corrente finalista, o padeiro e a empresa de entrega de correspondências, sujeitos de direitos que utilizamos como exemplo neste item, mesmo sendo, visivelmente, as partes vulneráveis da relação jurídica estabelecida

---

<sup>104</sup> MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. *Ibidem*. p. 73.

com a fabricante dos automóveis, não poderiam se utilizar do CDC para elucidar seu problema, pois não seriam considerados consumidores.

Assim sendo, fica evidenciado uma proteção incompleta do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pois não estaria atingindo o objetivo de harmonizar as relações jurídicas de consumo entre os sujeitos de direitos vulneráveis e os sujeitos que estão na posição de comando.

Se a corrente finalista não transmite uma proteção integral, a teoria maximalista, por sua vez, faz uma proteção demasiada, quando incumbe ao CDC uma tarefa que seria do Código Civil brasileiro: regulamentar a relação jurídica entre dois fornecedores, que devem ser tratados como iguais.

Destarte, não restam dúvidas de que a corrente que adota a teoria mista é a mais condizente com o intento e com os princípios que conduzem todo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a saber: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a aferição da boa-fé nas relações entre consumidores e fornecedores.

Portanto, a teoria mista, corrente da qual faço parte, determina de forma mais acertada o conceito de consumidor – destinatário final.

## 2.4 CONSUMIDORES EQUIPARADOS

Até este momento, tratamos neste capítulo da explicitação do termo consumidor, quando conferido àquela pessoa individual, determinável, que, como destinatário final, adquire ou utiliza produto ou serviço.

Ocorre que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor vai mais além, e confere, também, à coletividade de pessoas e vítimas do evento o *status* de consumidor.

### 2.4.1 A Coletividade de Pessoas

O parágrafo único do artigo segundo do CDC decide que a coletividade de pessoas, determináveis ou não, que haja intervindo nas relações de consumo, são equiparáveis aos consumidores.

Assevera Filomeno que, “Dessa forma, além dos aspectos já tratados em passos anteriores, o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º do Código do Consumidor é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou

mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a determinado produto ou serviço. Tal perspectiva é extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos e serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se assim, abstratamente, as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. Ou, então, se já provado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis, circunstâncias essas pormenorizadamente previstas a partir do art. 8º e seguintes do Código do Consumidor, e, sobretudo pelo art. 81 e seguintes.”<sup>105</sup>

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor reconhece que as pessoas, mesmo sem adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final, ou que estejam em grupos indetermináveis, podem estar em condição de vulnerabilidade às práticas comerciais cometidas pelos fornecedores.

Sendo assim, esse grupo de pessoas necessita ser defendido, amparado através das normas e princípios do CDC, de forma equiparada àqueles consumidores individuais e determináveis que participaram da relação jurídica de consumo, ou seja, adquiriram produtos ou serviços como destinatário final.

A coletividade de pessoas (consumidores equiparados), que, de algum modo, tiver sido prejudicada pelos atos cometidos pelos fornecedores goza de toda a garantia oferecida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Este regramento se completa com o artigo 29 do CDC, que também iguala aos consumidores, todas as pessoas, determináveis ou não, expostas a práticas comerciais abusivas.

A leitura adequada do art. 29 permite, inclusive, uma afirmação muito simples e clara:

Não se trata de equiparação eventual a consumidor das pessoas que foram expostas às práticas. É mais do que isso. O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, toda a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.* p. 39.

<sup>106</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85.

A norma do referido artigo estabelece, portanto, que a coletividade de pessoas, mesmo que sejam representadas por órgãos de defesa do consumidor, podem ser amparadas através das diretrizes estabelecidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, para se defenderem dos atos abusivos praticados pelos fornecedores no meio social.

#### **2.4.2 Vítimas do Evento**

Quando versa sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 17, trata como sendo consumidor, através de equiparação, todas as vítimas de um acidente de consumo.

Este consumidor equiparado, denominado como consumidor *bystander*, mesmo não tendo uma participação direta em uma determinada relação de consumo, pode tornar-se vítima de um evento danoso causado por um acidente de consumo e sofrer consequências da mesma forma como o consumidor que adquiriu o produto ou o serviço.

Sendo assim, basta que a pessoa física ou jurídica tenha sua segurança ou saúde atingida por um evento decorrente de um produto ou serviço, mesmo que não tenha adquirido ou utilizado este produto ou serviço, podendo até, esta pessoa, ser estranha à relação de consumo, para que seja igualada a condição de consumidor e tenha toda a proteção das normas e princípios presentes no Código de Defesa do Consumidor.

Como exemplo, tome a seguinte situação: um estudante que acaba de ser aprovado no vestibular de direito, encontra em cima da sua mesa de estudos um bilhete dos seus pais dizendo que ele fosse, o quanto antes, à concessionária de automóveis que fica localizada na avenida principal da cidade, pois eles haviam comprado um automóvel como prêmio pela sua aprovação no vestibular. O estudante apanha todos os seus documentos e vai até a concessionária buscar o seu automóvel novo. Ao sair da loja guiando o veículo, o estudante observa que a luz vermelha do semáforo acende, ele pisa no pedal do freio e constata que este não está funcionando, ele ainda tenta controlar o automóvel, porém a direção também não obedece aos seus comandos e o veículo vai de encontro a um ponto de ônibus, atingindo uma médica, um padeiro e um veterinário que estavam no local. Feita a perícia, constata-se que o veículo, apesar de novo, foi entregue ao consumidor sem

uma peça que serve de encaixe ao pedal do freio e, além disso, com a barra de direção quebrada.

Neste caso, todas as pessoas atingidas pelo veículo são vítimas do acidente de consumo, sendo, portanto, consumidores equiparados ao estudante (o estudante, por sua vez, é consumidor porque seus pais adquiriram o veículo para lhe satisfazer um desejo ou uma necessidade). Todas essas pessoas (o estudante, a médica, o padeiro e o veterinário) podem reclamar os seus direitos junto ao fornecedor.

## 2.5 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Como forma de complementar a conceituação de consumidor, resolvemos adicionar neste capítulo, a explanação sobre os direitos básicos do consumidor, como determina o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, nas relações jurídicas de consumo, devem ser observados esses direitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Na realidade, devemos interpretá-los como sendo o mínimo de direitos que o consumidor possui nas relações jurídicas de consumo.

## 3 CONCEITO DE FORNECEDOR

Após explicitar a conceituação do consumidor, bem como das teorias sobre o assunto e das espécies de consumidor, definir-se-á agora o outro pólo da relação jurídica de consumo, o fornecedor.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor conceitua o fornecedor no artigo terceiro, e traz as definições para produto e para serviço em seus parágrafos, como observaremos a seguir:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Da mesma forma que procedemos na aceção do termo consumidor, tomaremos, para uma melhor explicitação, além da conceituação expressa no Código

de Proteção e Defesa do Consumidor, definições do termo fornecedor, também, a partir de dicionários da língua portuguesa e dicionários jurídicos.

O Dicionário Houaiss da língua portuguesa considera fornecedor como sendo: “*adj.s.m.* 1 que ou o que fornece (algo) 2 que ou aquele que abastece com regularidade (alguém) com algum produto, matéria-prima, água, gás, eletricidade etc. 3 que ou o que produz, que é fonte de; produtor.”<sup>107</sup>

O Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa traz o seguinte significado para fornecedor: “*adj.* 1. Que fornece. *S. m.* 2. Aquele que fornece ou se obriga a fornecer mercadorias.”<sup>108</sup>

Para Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, encontramos o seguinte sentido para fornecedor:

“1. É a pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ou ente despersonalizado, que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”<sup>109</sup>

Segundo Pedro Nunes, em seu Dicionário de Tecnologia Jurídica, o conceito de fornecedor seria: “Aquele que fornece ou abastece de víveres ou mercadorias necessárias. Produtor.”<sup>110</sup>

Nota-se que, entre os conceitos de fornecedor explicitados acima, incluindo o disposto pelo próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor, apenas o Dicionário Houaiss da língua portuguesa traz em sua definição do termo fornecedor, o pré-requisito essencial para se determinar a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, e os entes despersonalizados, como sendo um fornecedor: a habitualidade.

Importantíssimo se faz a expressa disposição no conceito de fornecedor: somente poderá ser determinado como sendo fornecedor, aquela pessoa que coloque produtos ou serviços no mercado de consumo de forma habitual.

Se, por exemplo, uma padaria que possua um veículo automotor e o utilize para transportar suas encomendas, decidir vender este veículo para uma pessoa particular, este estabelecimento não pode ser considerado como fornecedor nessa

---

<sup>107</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Op. cit.* p. 1376.

<sup>108</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. cit.* p. 925.

<sup>109</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 585. Volume 2.

<sup>110</sup> NUNES, Pedro. *Op. cit.* p. 556.

relação, pois ela não tem habitualidade de negociar a compra e venda de veículos automotores. A padaria tem a habitualidade, apenas, de produzir alimentos.

No exemplo supramencionado, inexistente um fornecedor nesta relação de consumo, portanto esta relação não poderá ser normatizada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, visto que o consumidor carece da presença do fornecedor para que exista a relação jurídica de consumo e para que esta seja regulada pelo CDC. Assim, esta relação deverá ser regida pelo Código Civil brasileiro.

Justamente pela obrigatoriedade da existência de um fornecedor para que o consumidor possa ser tutelado pelos efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é que a definição de fornecedor recebe tanta amplidão. O Código determina que fornecedor seria aquela pessoa que desempenha atividade de produzir, montar, criar, construir, transformar, importar, exportar, distribuir ou comercializar produtos ou prestar serviços. Sendo assim, é fornecedor aquele que coloca produtos ou serviços à disposição no mercado de consumo, desde que de forma habitual.

#### **4 CONCEITO DE PRODUTO**

Vamos tratar agora do produto, e em seguida do serviço, elementos objetivos da relação jurídica de consumo.

Produto é a consequência da produção, é a coisa que foi fabricada para ser colocada no mercado de consumo, tornando-se, por subsecutivo, o direito do consumidor e a obrigação do fornecedor no processo da relação jurídica de consumo. O parágrafo 1º artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor define produto como sendo: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” Devemos dizer aqui, ainda, que o produto pode ser novo ou usado.

Esta definição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor nos dá, inclusive, uma boa oportunidade de exemplificar, na prática, o motivo pelo qual o CDC deve ser tratado como *microssistema jurídico* (já tratamos mais detidamente este assunto no capítulo II desta obra), quando, o parágrafo primeiro do artigo 3º do CDC nos remete ao conceito de bem, originado do Código Civil brasileiro.

É verdade que o termo *bem* é mais abarcante que o termo *produto*, porém o Código do Consumidor, para possibilitar uma proteção ampla, sob todos os aspectos, determina que o produto aludido na matéria trata-se de qualquer bem. Sendo assim, para as relações jurídicas de consumo, bem tem o mesmo significado de produto,

mesmo que móvel ou imóvel, material ou imaterial, durável ou não durável, novo ou usado.

Destarte, produto sendo tomado como qualquer bem, vamos, pois, elucidar a concepção do termo *bem*: *Bem* é uma coisa que pode ser útil e almejada, sendo suscetível de ser apropriada. “Assim, todos os bens são coisas, mas nem todas as coisas são bens. O sol, o mar, a lua são coisas, mas não são bens, porque não podem ser apropriados pelo homem.”<sup>111</sup> Na acepção consumerista, bem – produto deve ser entendido como o objeto da relação jurídica de consumo. Este objeto satisfaz a necessidade do consumidor que o adquire ou o utiliza como destinatário final.

O Código de Defesa do Consumidor trata de produto, também, no inciso I e II do artigo 26, quando trata do direito de reclamar dos vícios aparentes ou de fácil constatação dos produtos não duráveis e dos produtos duráveis.

#### 4.1 PRODUTOS MÓVEIS OU IMÓVEIS

A legislação consumerista considera o produto móvel ou imóvel como unívoco do bem móvel ou imóvel, sendo assim, vamos, pois, elucidar o produto móvel e o imóvel através do Código Civil de 2002:

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Volume 1. p. 322.

<sup>112</sup> BRASIL. *Novo Código Civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004. p. 77.

Assim, são produtos móveis aqueles que têm a capacidade de movimento próprio ou que possam ser transportados sem que lhe incida qualquer tipo de perda ou modificação; já os produtos imóveis não podem ser transportados, em caso contrário, sofrerão avarias em sua substância ou depreciação em sua destinação econômico-social.

#### 4.2 PRODUTOS MATERIAIS OU IMATERIAIS

Os produtos materiais são as coisas corpóreas, são os objetos que ocupam espaço no mundo físico, aqueles que nós podemos ver e tocar, como por exemplo, uma caneta, um livro, um sapato.

Os produtos imateriais são as coisas incorpóreas, nós não podemos sentir essas coisas fisicamente, elas não ocupam lugar no meio físico, são, portanto, produtos abstratos. Podemos citar como exemplo destes, vários produtos oferecidos pelas instituições financeiras, como o mútuo e a caução, ou mesmo produtos oferecidos por outras instituições, como a energia elétrica.

#### 4.3 PRODUTOS NÃO DURÁVEIS

Podemos tomar a significação, dada pelo artigo 86 do Código Civil brasileiro, de bens consumíveis para definir o produto não durável: “São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação”<sup>113</sup>.

O objeto da relação de consumo denominado como produto não durável tem a mesma característica definida pelo Código Civil, é um produto que se exaure, naturalmente, pela sua própria utilização. Como por exemplo: alimentos, bebidas, produtos de higiene etc.

#### 4.4 PRODUTOS DURÁVEIS

O produto durável é aquele que, diferentemente do produto não durável, não se exaure pelo próprio uso. São bens que devem ser utilizados várias vezes por um

---

<sup>113</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil anotado e legislação complementar*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 96.

longo decurso de tempo. Pode-se citar como exemplo de produto durável um automóvel, uma mesa, um computador, um livro, entre outros.

Ressalte-se que os produtos descartáveis são produtos duráveis. O produto descartável é destinado a ser utilizado uma única vez, porém este produto não se exaure pelo seu próprio uso; ele é aproveitado uma única vez porque é jogado no lixo após o uso. Assim sendo, este tipo de produto não se enquadra na definição de produto não durável, Portanto devemos caracterizá-lo como um produto durável. Por exemplo: garfo de plástico, guardanapo etc.

## 5 CONCEITO DE SERVIÇO

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor define, no parágrafo segundo do artigo 3º, serviço como sendo: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Para o Código, serviço é, portanto, aquela atividade que é fornecida mediante pagamento, ou seja, os serviços prestados sem remuneração não são regulados pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Deve-se entender aqui que, por vezes o produto e o serviço são ofertados como se fossem gratuitos ao consumidor, mas na realidade o preço deste produto ou serviço está incumbido no valor de outro produto ou serviço que o consumidor deverá adquirir – É o pagamento indireto. Este tipo de serviço deve ser considerado como um serviço efetuado mediante pagamento, já que o consumidor, indiretamente, paga pelo serviço, portanto, tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Importante se faz ressaltar que, a prestação de serviços pode ou não vir acompanhada de um produto, mas quando o fornecedor se presta a vender um produto, este processo sempre acompanha a prestação de um serviço. Veja o exemplo: Quando o cabeleireiro corta o cabelo do consumidor, somente se verifica a prestação de serviço; porém quando o consumidor vai adquirir um automóvel, o vendedor presta serviço ao atendê-lo, ao fornecer-lhe o *test drive* etc.

O Código de Defesa do Consumidor divide os serviços em não duráveis e duráveis. Consideramos um serviço não durável aquele que se completa com uma prestação, sem a necessidade de prosseguimento nesta prestação. Um exemplo de uma prestação de serviço não durável é o corte de cabelo. Já o serviço durável é

aquele que é prestado de forma contínua. Neste tipo de serviço é estabelecido um prazo para a sua prestação. Como por exemplo, o serviço de ensino prestado aos acadêmicos, por uma faculdade.

## 5.1 SERVIÇO DE NATUREZA BANCÁRIA, FINANCEIRA, DE CRÉDITO E SECURITÁRIA

Mesmo com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor dispondo expressamente que as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, são serviços regidos pelo CDC, as instituições financeiras tentaram, através da Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, que propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2591, no ano de 2001, fundar a errônea ideia de que as atividades praticadas pelas instituições financeiras não deveriam ser reguladas pelo CDC.

Alegavam, à época, que o Sistema Financeiro Nacional, de acordo com o artigo 192 da Constituição Federal, não se tratava de matéria a ser regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, pois, este assunto só poderia ser tratado por uma Lei Complementar, e o Código do Consumidor trata-se de uma lei Ordinária. O resultado proferido pelo Supremo Tribunal Federal foi pela improcedência.

Vale ressaltar que, desde 29 de maio de 2003, a Emenda Constitucional nº 40 modificou a redação do *caput* do artigo 192 da Constituição Federal, e revogou seus parágrafos.

“No Egrégio Superior Tribunal de justiça, tal questão já se encontra totalmente pacificada, o que se verifica do enunciado nº 297, da Súmula da Jurisprudência daquela excelsa Corte.”<sup>114</sup>

Neste entendimento, José Reinaldo de Lima Lopes completa: “É fora de dúvida que os serviços financeiros, bancários e securitários encontram-se sob as regras do Código de Defesa do Consumidor. Não só existe disposição expressa da Lei nº 8.078/90 sobre o assunto (art. 3º, § 2º), como a história da defesa do consumidor o confirma, quando verificamos que a proteção aos tomadores de crédito ao consumo foi das primeiras a ser criada. De outrolado, nas relações das instituições financeiras

---

<sup>114</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 1. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 75.

com seus 'clientes' podem-se ver duas categorias de agentes: os tomadores de empréstimos (*mutuários*) e os investidores (*depositantes*).”<sup>115</sup>

Ora, não há o que se discutir neste assunto, visto que a simples observância das atividades prestadas por estas instituições financeiras não deixam a menor brecha para entendimento em contrário. Os bancos prestam serviços e oferecem produtos aos consumidores com habitualidade. Assim sendo, os bancos devem se submeter às regras estabelecidas pelo Código do Consumidor, exceto, com obviedade, quando a relação jurídica não se der entre uma instituição financeira – fornecedor e uma pessoa que se enquadre como consumidor.

## 5.2 SERVIÇOS PÚBLICOS

A Constituição Federal determina que pertença aos órgãos públicos o dever de manter, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços públicos. Com o desígnio de obrigar a prestação adequada, contínua, eficiente e segura desses tipos de serviços, o Código de Defesa do Consumidor dispõe, no artigo 22, sobre a prestação dos serviços públicos:

Art. 22 Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Da mesma maneira que, no artigo terceiro, tratou da pessoa jurídica pública como fornecedor de produtos ou serviços, o Código do Consumidor traz, no artigo 22, regramentos para a prestação de serviços pelos órgãos públicos.

O Código atribui, sabidamente, a todas as pessoas, públicas ou privadas, que possam prestar serviços públicos, a responsabilidade pela qualidade do serviço que estejam fornecendo.

Assim sendo, aplica-se este dispositivo à União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e

---

<sup>115</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *in Consumidor e sistema financeiro*, artigo para revista *Direito do Consumidor*. Apud FILOMENO, José Geraldo Brito *in* GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 50.

empresas privadas que, sob concessão, permissão ou qualquer outra forma, prestem serviços públicos aos consumidores.

Deve-se alertar aqui que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado àqueles serviços em que o consumidor pague por eles através de tarifa ou preço público.

Em se tratando de serviço remunerado através de tributos ou taxas, o Código não os regula. O pagamento de taxa decorre de obrigação tributária. Nesta situação, não estamos tratando de um consumidor, mas sim de um contribuinte.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio (Org.). *Dicionário jurídico acquaviva*. São Paulo: Rideel, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil anotado e legislação complementar*. São Paulo: Atlas, 2004.

ALZUGARAY, Domingo; ALZUGARAY, Cátia (Editores). A revolução industrial *in The concise guinness encyclopédia*. Inglaterra: Guinness Publishing Ltd., 1993.

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. São Paulo: Ática, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. *Código civil*. – 4. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

\_\_\_\_\_. *Código civil dos estados unidos do Brasil (1916)*. Comentado por Clovis Bevilacqua e atualizado por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. 11. ed. São Paulo / Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves / Paulo de Azevedo, 1958. Volume IV.

\_\_\_\_\_. *Código de proteção e defesa do consumidor*. Nova ed. rev. atual. e ampl. com o Decreto número 2.181 de 20 de março de 1997. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição da república federativa do brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nos 1/1992 a 64/2010, pelo decreto legislativo n 186/2008 e pelas emendas constitucionais de revisão nos 1 a 6/1994*. – 32. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 1. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

COHEN, Dorothy. *Publicidad comercial*. México: Editora Diana, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. Volume 1.

\_\_\_\_\_. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. Volume 2.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.

FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História*. São Paulo: Ática, 2001. Volume Único.

FILOMENO, José Geraldo Brito, *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direito penal do consumidor: código de defesa do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NORAT, Markus Samuel Leite. *Direito do consumidor: interpretação jurisprudencial*. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: CDAN, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito do consumidor*. – Leme: Edijur, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito do consumidor: oferta e publicidade*. – Leme: Anhanguera, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito para concursos públicos*. – Leme: Edijur, 2012.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 13. ed. rev., ampl. e atual. por Artur Rocha. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SOARES, Paulo Brasil Dill. *Código do consumidor comentado*. 4. ed. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Destaque, 1998.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Volume 1.

VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 6. ed., São Paulo: Scipione, 1996.

## APÊNDICES

### PRINCIPAIS JURISPRUDÊNCIAS

Adiante, acompanharemos determinados entendimentos dos Tribunais de Justiça brasileiros, versando sobre o conceito de consumidor, adotando, para tanto, uma das teorias doutrinárias: finalista, maximalista ou mista.

*Embargos de declaração – Legitimidade recursal limitada às partes – Não cabimento de recurso interposto por amici curiae – Embargos de declaração opostos pelo procurador geral da república conhecidos – Alegação de contradição – Alteração da ementa do julgado – Restrição – Embargos providos. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amici curiae. 2. Entidades que participam na qualidade de amicus curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aporem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: art. 3º, §2º, do CDC. Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, e Art. 170, V, da CF/1988. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente. (ADI 2591 ED – rel. Min. Eros Grau – Tribunal Pleno – j. 14/12/2006 – Dj 13/04/2007).*

**CONTRATO. SEGURO EMPRESARIAL. CDC.**

*É considerada consumidora, a teor do art. 2º da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), a pessoa jurídica que contratou um seguro contra eventuais danos que venha a sofrer, dentre os quais roubo e furto de seu patrimônio. Na espécie, o contrato de seguro objetiva a proteção do seu próprio patrimônio e não dos clientes para os quais presta serviço. A proteção objeto do seguro não integra, de forma alguma, os serviços prestados por ela. Precedentes citados: REsp 193.327-MT, DJ 10/5/1999, e REsp 541.867-BA, DJ 16/5/2005. REsp 733.560-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/4/2006.*

*Apelação cível – Direito privado não especificado – Ação de cobrança cumulada com pedido de danos morais – Compra de caminhão particular – Relação jurídica de natureza civil – Em se tratando de relação jurídica de natureza civil, aplicável ao caso o disposto no art. 441 do Código Civil Brasileiro e não o Código de Defesa do Consumidor – Prazo de reclamação – Vícios ocultos – Do direito de reclamar por vícios ocultos, decai o adquirente no prazo de 30 dias, consoante art. 445, do Código Civil Brasileiro, passando o mesmo a contar da data de efetiva entrega do bem – Vício redibitório – Ausência de comprovação – Inexistindo efetiva comprovação da ocorrência dos fatos alegados, inviável a procedência dos pleitos – Hipótese em que o autor não comprovou, satisfatoriamente, a existência de vício oculto no caminhão adquirido, considerando, especialmente, que se trata de profissional do ramo de compra e venda de automóveis, estando acostumado aos procedimentos de avaliação técnica/mecânica e financeira dos bens que fomentam sua atividade profissional, bem como pelo fato de que o bem móvel adquirido possuía cerca de 20 anos de uso. Inteligência do art. 333, I do CPC. Apelo improvido (TJRS - 10ª Câm. Civ. – AC 70019621630 – rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz – j. 29/11/2007 – Dj. 13/12/2007 p.56).*

**CDC. COMPETÊNCIA. DANO MORAL. DOAÇÃO. SANGUE.**

*A recorrente alega que houve erro de diagnóstico do réu, que atestou ser ela portadora do vírus da hepatite tipo C, o que foi comunicado a todos os bancos de sangue do país, impedindo que ela doasse sangue. Promoveu ação de indenização de danos morais em seu domicílio, na qualidade de consumidora (art. 101, I, do CDC). Oposta exceção de incompetência, ela foi acolhida ao entendimento de não se cuidar de relação de consumo. Para o Min. Relator, o serviço traduz-se, exatamente, na retirada do sangue da doadora e, inegavelmente, ela toma o serviço como destinatária final no que se refere à relação exclusiva entre essas duas partes, relação que também integra uma outra entre o banco de sangue e aquele que irá utilizá-lo. É um caso atípico, mas, nem por isso, pode ser apartado da proteção consumerista. São dois os serviços prestados e relações de consumo, sendo que a primeira é uma em si mesma, a captação de sangue pelo banco, mas faz parte de uma segunda, o fornecimento de sangue pelo banco ao receptor. A primeira tem um custeio, sim, mas indireto, visto que pela segunda o banco é remunerado de uma forma ou de outra. Dessa maneira, pode, efetivamente, considerar-se a doadora como partícipe de uma relação de consumo em que ela, cedendo seu sangue, usa os serviços da empresa ré, uma sociedade limitada, que, no próprio dizer do Tribunal recorrido, como receptora do sangue, vende ou doa. Na espécie, a captação de sangue é atividade contínua e permanente do hemocentro. É sua matéria-prima o sangue e seus derivados. Não se cuida de um serviço que foi prestado casual e esporadicamente, porém, na verdade, constante e indispensável ao comércio*

*praticado pelo réu com a venda do sangue a hospitais e terceiros, gerando recursos e remunerando aquela coleta de sangue da autora que se fez, ainda que indiretamente. Nessas circunstâncias, enquadra-se a hipótese, adequadamente, no conceito do art. 2º do CDC, de sorte que o privilégio do foro do domicílio do consumidor, assegurado no art. 101, I, daquele código, é de ser aplicável ao caso. Diante disso, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, para declarar competente o foro da comarca onde originariamente ajuizada a demanda. REsp 540.922-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 15/9/2009. (4ª Turma) (Inf. 407)*

**COMPETÊNCIA. CONTRATAÇÃO. SERVIÇO. CRÉDITO. EMPRESA. RELAÇÃO. CONSUMO.**

*O estabelecimento comercial, no caso, uma farmácia, celebrou contrato de prestação de serviço de pagamento por meio de cartão de crédito com a ré. Lastreada nesse contrato, vendeu, mediante cartão de crédito, depois de prévia consulta, medicamentos a um consumidor. Contudo a administradora do cartão não pagou a farmácia. Diante da recusa, à farmácia ajuizou uma ação cujo objetivo é o pagamento de dano moral, material, emergente e lucro cessante, bem como a devolução da importância relativa à compra dos medicamentos. A ação foi proposta no foro do Rio de Janeiro, sede da farmácia. Todavia a ré suscitou exceção de incompetência, ao fundamento de existir cláusula de eleição de foro. Acolhida a exceção, remeteram-se os autos à Comarca de São Paulo. A Seção, prosseguindo o julgamento, por maioria, entendeu ser a farmácia destinatária final do serviço de crédito, portanto é o Código de Defesa do Consumidor que rege a relação comercial entre as partes e, conseqüentemente, declarou inválida a cláusula de eleição de foro para privilegiar o foro do consumidor (art. 6º, VIII, do CDC). CC 41.056-SP, Rel. originário Min. Aldir Passarinho Junior, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrichi, julgado em 23/6/2004.*

*Código de Defesa do Consumidor – Destinatário final: conceito – Compra de adubo – Prescrição – Lucros cessantes. 1. A expressão “destinatário final”, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento (STJ - 3ª T. – REsp 208793/MT – j. 18/11/1999 – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).*

**CDC. CONTRATO. PESSOA JURÍDICA. FORO COMPETENTE. SERVIÇOS DE SOFTWARE.**

*Para a determinação do foro competente para apreciar e julgar controvérsia referente a contrato entre pessoas jurídicas na utilização de serviços de suporte e manutenção de software, deve ser afastada a cláusula que prevê foro diverso do domicílio do autor da demanda, pela aplicação extensiva do conceito de consumidor, ex vi dos arts. 2º e 101, I, do CDC. A recorrente se enquadra em tal conceito porque os serviços prestados pela recorrida não são repassados aos consumidores da recorrente, sendo ela o destinatário final desses. Ela utiliza os serviços para controle interno de sua produção de alimentos. REsp 488.274-MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 22/5/2003.*

**PROCESSO, CONHECIMENTO E INFORMAÇÃO\*****PROCEDURE, KNOWLEDGE AND INFORMATION**

ALEXANDRE LUNA FREIRE\*\*

**RESUMO**

O texto abaixo constitui versão modificada de duas séries de artigos que publiquei recentemente no Jornal Contraponto. A primeira série intitulada “O PROCESSO QUE ATRASA NÃO ADIANTA”, composta de dez artigos, numerados na sequência, trata de diversos aspectos processuais que moldam o cenário da litigiosidade contemporânea, para a qual o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil propõe soluções; a segunda série de doze artigos denominada “PARA UMA DEMOCRACIA ELETRÔNICA” enfoca questões relacionadas ao Conhecimento e Informação que convergem para o quadro daquela mesma litigiosidade em suas múltiplas dimensões. Considerações jurídicas, históricas, culturais, econômicas, políticas, sociológicas e filosóficas compõem a tessitura da abordagem refletida nas séries.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo. Conhecimento. Informação. Democracia Eletrônica. Distopia.

**ABSTRACT**

The following text consists of modified versions of two series of articles that I've published recently on Jornal Contraponto. The first series titled "THE PROCEDURE THAT DELAYS DOES NOT HELP", consisting of ten articles, numbered in sequence, deals with several procedural aspects that shape the contemporary litigiousness, for which the Draft of the new Civil Procedure Code proposes solutions; the second series of twelve articles named "FOR AN ELETRONIC DEMOCRACY" focuses on issues related to the Knowledge and Information that converge to the picture of that same litigiousness in its multiple dimensions. Legal, historical, cultural, economical, political, sociological and philosophical considerations constitute the fabric of the approach reflected on both series.

**KEYWORDS:** Procedure. Knowledge. Information. Eletronic Democracy. Dystopia.

1. A litigiosidade refletida na atualidade tomou proporções não esperadas, não dimensionáveis, ao menos a curto e médio prazo. Somem-se deficiências estruturais.

---

\* Publicado na Revista Parahyba Judiciária. a.8, n.8. João Pessoa, 2012. pp. 303-331). Disponível em: <<http://web.ifpb.jus.br/site/revistapj.asp>>.

\*\* Alexandre Costa de Luna Freire é Juiz Federal. Membro da Academia Paraibana de Letras e Academia Paraibana de Filosofia. Realizou Curso de Formação em Programação de Computadores (MUMPS e BASIC)/ FUNCEP – Fundação Centro de Formação do Servidor Público/Brasília. Autor de “Constituição do Estado da Paraíba. Atualização com glosas e índices por método de Informática Jurídica. Por Computador CP 500” – DATALEX e “Tabela de Custas do Estado da Paraíba. Por Computador CP 500” – DATALEX.

Multiplique-se pela velocidade das relações que preenchem a cibernética social, impulsionada pelos avanços tecnológicos. Enfrente-se um cenário assimétrico. Enfim, dizem alguns, um espetáculo de crise. Portanto, um panorama óbvio e negativo. Prato cheio para o obscurantismo. Do outro lado da moeda, surge a criatividade e o pregão de soluções tão óbvias quanto às afirmações iniciais. As crises não são novidade. Soluções óbvias também não. Mas, só se sabe o que é criatividade quando se tem um grande problema, disse um publicitário. Nem as ideias sobre estas ou aquelas. A litigiosidade também não fica ou não que ficar de fora. Basta haver confronto de interesses. Sempre houve e sempre haverá, muda de peso, medida, hora e lugar. A História não nega, nem apaga tudo. Houve duelos, evolução das provas, caligrafia, datilografia, carimbo, digitação e os instrumentos tecnológicos e, já estamos nas redes sociais. As passeatas virtuais ocupam as imagens. Da “primavera árabe” a Wall Street ou à Austrália. O fichário, as assinaturas de revistas deram espaço aos SMS – mensagens curtas e instantâneas sem fronteiras e aos sites públicos, empresariais e institucionais. Uma, aliás, várias redes para construção da inteligência coletiva e já “computação em nuvem”. O pensamento contínuo na “cadeia produtiva” da empresa ou no litígio é o processo. Teve e terá importância e charme, glamour talvez. Visto como instrumento de adaptação social não perderá o rumo. Vale não esquecer que é instrumento, não é finalidade nem Rei. Serve mais quando é serviente, é servido para os fins. Na empresa é imprescindível à logística e sempre em função do cliente. Hoje em dia, com mais reclamo, ao consumidor. Todos o são, ao menos de alguma coisa. Na área jurídica, estava faltando mencionar, tinha importância significativa, aliás, papel preponderante, era formal. Veio das fórmulas ancestrais, veio da ação romana a qual correspondia a cada direito. No século dezoito, de Paula Batista, de Ramalho ou de Adolfo Cirne para ficar nesse triunvirato importante, talvez inspirado em Lobão, Pereira de Souza, no rastro de Pêgas, o Brasil evoluiu do que se importava de ideias e praxe. Dos bons praxistas portugueses como já lembrava, com encômios, Pontes de Miranda, dizendo que apreendêramos mais deles do que dos outros continentais. Dizia do valor do direito processual por ser “o mais rente à vida”. Fora aluno de Adolfo Cirne, que anteceder a ideia com outra expressão, em meio a várias citações latinas, sem tradução no rodapé, sem ABNT para lhe desaproveitar. Veio a Informática em múltiplas áreas. No Brasil, simultaneamente à garagem de Steven Jobs, ainda que a lei de reserva de mercado tenha contribuído para o retrocesso do avanço, o Direito teve múltiplas colaborações, recebidas, obviamente, com incredulidade, na década de

setenta. Miguel Reale trouxera Mario Losano à São Paulo para “assustar” os juristas com a Informática Jurídica e Buriti para os Congressos de Filosofia do Direito. Principalmente quem não era afeito às matemáticas, pensava em astronáutica jurídica. Ficamos a dever aos dois. Dínio de Santis Garcia estimulava o auditório do Rio de Janeiro. O PRODASEN acompanhou a mudança na década de setenta. Informática Jurídica, Processamento de Dados, Computação eram o início do salto para o conúbio com a área jurídica, que agora não passa sem “gadgets”. Steven Jobs nos anos setenta estava refletindo em sua garagem. Ninguém se esquece de lembrar. As dificuldades do erro da reserva de mercado vinham do teclado, que não se “aportuguesava”, abrigar nem pensar, como num longo amanhecer. E o Professor Losano me confirma outro dia que o problema continua sendo o teclado. A indexação jurisprudencial deu os primeiros passos, naquela década, com edições do IBMEC e da Fundação Casa de Rui Barbosa, com Nelson Eizirik, sobre matéria comercial e empresarial. Discos Flexíveis, disquetes, CDS, DVDS e pendrives agora já estão indo de vez, como se fora a compactação da história de um salto tecnológico, não em eras, mas em meras décadas. Nos anos noventa em diante sucederam como astros do campeonato. ¿O teclado vai ser substituído pelo toque [touch]? Classe tem.

2. A aproximação entre a História e a Sociologia induzida germinação do Século passado pode ser um produto da interdependência entre a renovação da primeira e o aparecimento da segunda. A antecedente, fruto da expansão do conceito, e a subsequente por fornecer novos conteúdos, métodos e infundáveis teorizações críticas. A realização dos direitos vem a ser repensada com o auxílio de contribuições de uma e de outra, nem sempre limitando-se a elas apenas, passando, necessariamente, a formar convergência de vários outros campos do conhecimento. O processo social mais apropriado, conceitualmente falando, destaca a indispensável contribuição da Sociologia e de sua especialidade para análise do subsistema que se denomine Sociologia Jurídica. Compõe-se a Sociologia Jurídica, portanto, da moldura dos processos sociais restritos à área das relações jurídicas e dos processos sociais [sentido amplo] que redundam em teorizações sobre o chamado “universo jurídico”. A História do Direito ou as Histórias do Direito amarraram-se, em sua maior parte, na divisão consagrada em interna e/ou externa e em determinados segmentos ou limitados campos de observação ou tratamento temático. Instituições, Povos ou temas. Desde a ancestralidade do Direito Romano ou Oriental até temas restritos,

sobre o Direito Privado ou Processual. Como o percurso episódico de investigação. A concepção sociológica, que é o campo mais expansivo e imensurável, em evolução, projeta-se na pesquisa ou abstrações dos juristas como uma necessária fluência. A contribuição histórica complementa-a de modo indispensável. Exemplo singelo, a partir do fornecimento de fontes antigas, vem com expressões também simples. A Apelação, que vem do apelo, quer dizer, recorrer ou solicitar a outrem, uma nova decisão, desde que detendo poderes. A linguística, o estilo, o modismo vocabular, fornece uma ideia que não é nova, com uma nova expressão, para uma necessidade que também não é nova, dada por uma disciplina que não é tão antiga. Assim a Apelação era um recurso que expressava uma necessidade, qualquer que seja, a nomenclatura para que se use para quem recorrer de uma decisão. E o cidadão pode dispensar a expressão empregada, mas, não pode prescindir de resgatar sua necessidade que entende seja em acordo com seus direitos. Lembravam os antigos autores que vinha do “Direito Natural” que os Romanos sentiram sua necessidade, mais tarde pelo Direito Canônico, porém, já tinha surgido na legislação dos Hebreus. A História, no exemplo, fornece sua contribuição. A Sociologia Jurídica contribui ao analisar a evolução dos Recursos que ganharam múltiplas denominações no processo judicial, qualquer que seja ele. Agravo, Embargos; até o Arresto, que hoje atinge a restrição patrimonial, a significar Ação ou Recurso. O que supõe a confusão que atinge os que não são afeitos aos litígios. A terminologia especiosa a dificultar a realização dos direitos. Convém não esquecer que o Direito, como processo de adaptação social é mais amplo do que o Direito Processual – que já foi Direito Judiciário - é apenas um subsistema. As próprias Ações, desde que o Estado tomou a si a realização do Direito Objetivo [com exceções mínimas: legítima defesa, posse], em algumas situações, foram confundidas com recursos ou vice versa. E já não comportam em todos os Códigos Processuais, inclusive com regras processuais no Código Civil ou Penal. Aí um problema de técnica e da evolução legislativas. As Ações, Recursos e Prazos, para ficar na análise da Sociologia Jurídica atual são múltiplos e têm substância diversa. Deste modo, a diversidade legislativa, de prazos, de modalidades de recursos, são aspectos a serem buscados nas codificações buscando uniformidade e cientificidade e, principalmente, celeridade.

3. A impressão primeira que passa aos profissionais da área jurídica é que se trata de uma mera reforma de Código destinado a regular os conflitos que desaguam

nos juízos e tribunais. Pelo menos nas décadas antecedentes [última do século passado e a primeira deste] foi-se avolumando essa nota sem formar um consenso. Aliás, o foco era a legislação do Processo Penal imantada em 1941, quase inadequada à Constituição de 88, e a do Processo Civil de 1973 e sucessivas alterações. As codificações ao menos o espírito da convergência dos corpos legislativos sempre foram pacientes de sua amplitude. O que não fora regra; mas apresentaram-se exceções. O trabalho de Teixeira de Freitas e tentativas posteriores a redundarem no Código Civil de 1916 não foi fruto de ocasião, porém de décadas de avanços e retrocessos. O atual nem se fala. A metade do último século teve um itinerário de propostas, desde não ter decolado o Código de Obrigações ao Projeto que só teve parto em 2002. Fruto de concepções diversas convive com legislações germanas e a mercê de jurisdição constitucional em múltiplos aspectos. No Império houve exceções de prontidão e competência legislativa. O processo criminal de 1831, a discussão liberal de 1841 e uma rediscussão em 1873 a traçar o gérmen liberal que deveríamos ter patenteado. Tão relevante que no famoso Habeas Corpus 300, impetrado por Rui Barbosa, o Ministro que prolatou o voto vencido [Floriano: de Prontidão!] preferiu o espírito liberal secular ao preceito positivado das leis em fraldas republicanas e a lacuna constitucional. O Regulamento 737 de 1850 que nos referiam, de relance, nos manuais, não era só uma lei comercial. Era também de processo adotada nas Províncias e durante algum tempo quando transformadas em Estados, na imberbe República. A unificação do Processo Civil teve ao menos senão causas, duas explicações. Os juristas da metrópole não tinham conhecimento, disponibilidade ou disposição para acompanhar e estudar as leis locais; e, o centralismo. A concentração de competências e de rendas tem raízes históricas. O republicanismo matéria onde os historiadores cuidam mais que os juristas não era assunto muito sabido. Os livros sobre 1817 andam raros ou esgotados. É possível ver que a configuração de poderes na organização do Estado vai buscar na História alguns subsídios para percepção de como se organizava essa nova figura política, ainda o prisma de Instituição, influência dos franceses do início do século findo. Logo depois que Álvaro Machado sucedeu Venâncio Neiva, na Presidência do Estado da então Parahyba [Constituições Venancista ou Alvarista, a confirmar datas e confrontos e Separação de Poderes, à parte], decreta e sanciona a Lei nº 8, de 15 de dezembro de 1892 onde interessante formulação da incipiente organização judiciária é feita desde os Juízes de Paz, Municipais, suplentes e Júri e em seguida o Superior Tribunal de

Justiça da Paraíba. A estrutura na sequência de atribuições, organização e recursos. Dispondo, de modo diverso do que se fez posterior, uniformemente a pirâmide. Mudanças de política legislativa e constitucional sucessivas. Há notícia do nosso primeiro Código de Processo Civil em 1906 e de Processo Criminal em 1910.

4. Por emergência, e não por “instinto de segurança” a atitude de copiar intuitivamente as leis que se entendem superiores nas ensinadas supremacias das leis, percebe-se uma sequência infundável de “documentos jurídicos” repetitivos que se agrava na fase do recorte, copia, cola, que os editores de textos dos computadores pensando que facilitam apenas agravam a “teia normativa”. Desde os “telex-lei” da burocracia às “notas técnicas”, de caráter “hermenêutico”. As forças das celeridades produzem um cipoal de informação inextrincável, ao menos minimizável quando for desenvolvido suportes científicos apropriados ou apropriáveis ao universo de informações “jurídicas”. A velha Lei de Introdução ao Código Civil dos anos quarenta, do século passado já remoto, recentemente modificada, parcialmente, e no seu título para “Normas” do Direito Brasileiro, vai merecer um rebuscar profundo na Filosofia do Direito e na Teoria Geral. O próprio verbete “normas” já foi considerado na quase totalidade dos tratados e nos livros introdutórios. É aí que reside o problema. O prisma da polissemia somente agrava o alcance. Ainda bem que o livro de Flóscolo da Nóbrega (Introdução do Direito com várias edições) não nos deixa em descaminho. Sem favor o que de melhor se produziu para começar a ensinar correto e a fazer leis direito. Não é que expressão “norma” esteja errada. Às vezes, é a Lei que está errada e não está só. Há isoladas que erram quanto ao seu conteúdo que não está conforme a realidade ou ao lugar. Na forma ou na substância, senão não seriam inconstitucionais. Fora de forma quando quem a edita ou anuncia não detém poderes para fazê-lo. À distância da substância quando desborda do assunto ou da espécie. Se há quem ache que Decreto é “norma”, ao invés de espécie abstrata regulamentar de situações específicas, se segue repetindo a Lei não atenta e não atinge os objetivos regulamentares. Torna-se porta voz de nunciação já existente e abstém-se de seu papel que é dar execução à Lei, à fonte jurídica [legal ou normativa]. Vem de um poder para outro. Cada qual com cada qual. “O problema da norma” é outro e é mais profundo. É sinônimo de “regra”. Sim e não. Por outro lado, Lei é norma ou regra? São essas as grandes hipóteses da interpretação e suas grandes dificuldades e que explicam porque o excesso de leis atrasam os

juízos, dividem opiniões e provocam os conflitos. Os conflitos e os atrasos também não se explicam, nem se justificam por essas singelas explicações nem pelas mesmas dificuldades. Nos tópicos logo acima convém refletir sobre a mera diferenciação e a escrita sobre o assunto não é fácil, nem chancelada pelo mercado editorial. Se o ensinamento de Flóscolo da Nóbrega era simples, singelo, a diferença que ele sugeriu ajuda a compreender. Regra é abstração. A Lei também é. A “Norma” é concreta, é a situação de fato que produz efeito jurídico porque no sistema jurídico foi admitida. O ingresso resultando numa relação jurídica. A Lei de Introdução às “Normas” ao Direito Brasileiro poderia ter tido melhor nomenclatura. Terá sido desvio na assimilação da Teoria Pura à Teoria das Normas de Kelsen? Itinerário de longa maturação.

5. Coube ao paraibano José Pereira Lira destacado papel nos primeiros dias da propagação das ideias sobre Informática Jurídica no Brasil. Pouco mencionado, mas sólido na atividade docente. O que comumente acontece com os professores. Os que fazem da cátedra o carro chefe da comunicação de conhecimento. A cadeira e o diálogo como suficiência. Num livro de poucas páginas sobre programa de aprendizagem de Direito Sumular [1972], com um texto enxuto, efetivamente meditado, no auge da experiência pedagógica dizia em certo trecho: “Prepara-se esta Universidade [UNB] para se beneficiar com uma atividade do maior relevo, e contemporânea do futuro: a informática jurisprudencial.” Uma nota interessante é que em 1978 havia na Faculdade de Direito da UFPB um terminal de consulta de ementas de jurisprudência instalado pelo PRODASEN, do Senado Federal. Os profissionais do Direito ou assinavam ementários e havia até os graficamente coloridos, de acordo com a área jurídica [azul, vermelho, amarelo], ou os que datilografavam as decisões de tribunais conforme as preferências temáticas ou de relatores. E já havia os recortes, a cópia e a cola, como se fazia com as tiras extraídas das redes de notícias, nos jornais. Guardadas as proporções, as mudanças e as inovações não eram aceitas com muito entusiasmo. Apenas o do Professor, entre poucos, à época quase profecia, agora história: “Os progressos da tecnologia e sua repercussão nas atividades forenses e extra forenses, a revolução no campo das comunicações, desde a antiga substituição da pena de pato pela “máquina de escrever”, os processos de policopiação, as intimações postais e telegráficas, o uso do telefone, as intimações postais e telegráficas, o uso do telefone com consequências jurídicas, as máquinas de

calcular, a escrituração por “fichas”, as operações mecanizadas da Bolsa, as identificações – todo esse complexo de contribuições da Ciência à vida do homem moderno não poderia deixar de ter sua correspondência na vida dos Tribunais, desde a formação de estatísticas e do acompanhamento dos processos forenses, com os *Pert* de tempo [disciplina do curso de Administração], as buscas, as nominatas das “partes” e a numeração e qualificação dos feitos, até o mérito, a consonância e a divergência, a fixação e o “estabelecimento” das decisões e “praxes assentadas”. Vemos que os problemas de concentração e ordenação de informações apenas migraram dos meios físicos. Ao traçar um profícuo programa de aprendizagem sobre o “Direito Sumular” antevia o uso do computador na área jurídica. Era o tempo inicial da Análise da Jurisprudência que se inaugurava desde a Primeira edição da “Súmula da Jurisprudência Predominante do S. T. F.” publicada oficialmente, “como Anexo ao Regimento do S. T. F., por força de emenda aprovada em 28 de agosto de 1963”. É um trabalho que marca uma época, representando o ponto alto da experiência. Ainda uma fonte informativa, não vinculante.

6. A Ação Cautelar teve no Brasil sua maior expansão criativa com o Código de 1973, que antecedia sua repercussão em outros Códigos posteriores. Não foi uma importação. Não é desconhecido que se deixa muitas vezes o que se tem de fazer “prá última hora” enquanto admiramos a pontualidade britânica e o horário dos trens da Suíça. Resultou numa convergência adequada à época. Reunindo o disperso, uniformizando na medida do possível o que estava esparso e vago proveio e refletiu de uma tentativa de construção científica das medidas de urgência, das triviais medidas cautelares. A diversidade e a complexidade de tutelas de certo modo inviabilizaram-na em grande parte quase esvaziando-as com a reforma que instituiu a Tutela Antecipada em 1997. Como quase que tem o lado bom e o lado ruim é possível buscar pontos de avaliação ainda que singelamente postos. O que não contribui para as tutelas de urgência ou de emergência é a diversidade de ritos ou procedimentos e de prazos ou até a sua confusão mental ou jurídica mesmo com a relação jurídica que se forma com a chamada Ação Principal. Em síntese, a Ação Cautelar, subsidiária, acessória, antecipatória, etc.. Qualquer que seja a sua nomenclatura de predileção ou eleição visa assegurar a tutela principal ainda que não seja definitiva e possa ser terminativa. Quase totalmente traduz não esvair, perecer o objeto da Ação Principal. E só. Mas, confundem-se, ainda, as tutelas. Está em

discussão a proposta de quase extingui-la: A Ação Cautelar [no Processo Civil]. A intenção é boa, sem dúvida. Por quê “dois processos” para um provimento jurisdicional definitivo? Dois autos, diferentes prazos, requisitos e procedimentos distintos? A Tutela Antecipada resolve, com efeito, sem maiores consequências. O ponto crucial é exatamente o que gerou a necessidade da criação da Ação Cautelar. A consecução da tutela definitiva pressupunha e pressupõe o exame no processo dos pressupostos processuais, das condições da ação e, em regra, no mérito após a Instrução acerca de vasto conjunto probatório, uma resolução-sentença. A Cautelar, nos casos de urgência e periculação de Direito, após um exame superficial, mas nem tanto, de um perigo de demora, pena de ineficácia de futura Ação Principal que ficaria sem objeto. A Tutela Antecipada apresentou de bom a desnecessidade, na maioria dos casos, de Ação Cautelar, Preparatória, Antecipatória, economizando esforços, custos e eliminando burocracia. Até aí tudo bem. Sucede que muitas vezes nem há urgência – e a urgência não é conveniência individual, mas a urgência “jurídica” – e há a necessidade de fundamentação contrária, aliás, dever de fundamentação. E isso toma tempo e também faz “burocracia”. Quase toda a reparação ou reparabilidade jurídica está prevista na lei, como as indenizações e as reposições. A urgência é pressa, não é açoitamento ou precipitação. O que a urgência sustenta, dá embasamento, é tutela e a pretensão jurídica. A pressa tanto é inimiga da perfeição como incorre nas leis de Murphy. A primeira: se há a mínima probabilidade de erro, com certo o erro acontece. E a segunda: da pior forma. Exemplo plausível que se repara no Processo é o que suscita Emenda da Petição Inicial. Outras situações ocorrem com as Liminares e suas reformas. Urge-se alguém da pressa. O ponto que é apenas considerado e não vai ser a digitalização que vai resolver é a extensão do que se escreve à semelhança e ao contrário de Vieira quando no final dos Sermões apresentava desculpas por ter sido longo por não ter tido tempo de ter sido breve. Sentenças e Arrazoados longos também. Verdadeiras dissertações, monografias. Para medi-las os editores e livreiros poderiam dizer com quantas páginas no Word dá um livro que fique em pé. Sem se falar que autos em vários volumes com incrustadas citações, arquivos baixados na Internet ou na “clouding computing”, comumente chamada “computação em nuvem”. Dispositivo meio em desuso, devido ao volume de serviço e a deficiência de estrutura é aquele que fixava o prazo de quarenta e oito horas para despacho de mero expediente. Isto

é, para ler e conferir os autos, os atos praticados, sanar erros e rematando-se, vez por outra, “vistos etc.”.

7. A irreversível digitalização documental ainda está a ser desvendada em diversos aspectos importantes. Não está limitada a simples supressão de manuseio de papéis e incorporação de textos editados, nem ao descarte de múltiplos outros então inservíveis. A avaliação da utilidade dos múltiplos sistemas e projetos inspirados em diversos suportes tecnológicos e prestação de serviços difusa parece ser o ponto de partida comum a todos os diagnósticos. A maior parte das análises proveio da iniciativa privada passando os agentes governamentais, mundo afora, a buscar inspiração e entusiasmo em propostas setoriais e episódicas que viessem a poupar esforços e melhoria dos serviços públicos ou limítrofes. O ponto nevrálgico é o que a iniciativa privada tem como parâmetro de sobrevivência: O cliente. Qual é o meio de melhor atendimento? Essa percepção singela é a que leva tantas empresas às políticas de “fidelização” donde se espraia a competição pela qualidade e para a qualidade. Que pode ser a expressão: O comprometimento de todos de uma organização ou instituição em busca da Qualidade. O razoável domínio das Tecnologias da Informação embora seja imprescindível não é suficiente por si só para “movimentar” o fluxo de informações quando um processo engloba pessoas diversas. Partindo de que a documentação apenas migra do meio físico para o interior de máquinas em rede, sistemas e sítios com especificidades distintas desenha-se um novo cenário, em contínua transformação, embora a interatividade seja compartimentada e nem sempre padronizada. Exemplo palpável pode ser encontrado comparado os sistemas bem difundidos da plataforma Windows da Microsoft e o Mac da Apple. Quem usou os dois entende a diferença, vantagens ou utilidades. É possível mirar dois aspectos essenciais onde poderão ser implantadas na melhoria dos processos que tendam a ser digitalizados. O intuitivo e o do aprendizado específico. É a própria Informatização na área dos Serviços, com Inovação, que permite a convivência, muitas vezes assimétricas, que apresenta essa duplicidade de “metodologias”, onde o empirismo também tem seu lado positivo ao lado de teorizações prévias. As atitudes inovadoras, o empirismo, também oferecem larga dose de improvisação somente testada com sucesso posteriormente. Nem tudo que é novo irá significar permanência, nem princípios “antigos” cairão em desuso ou obsolescência. Em certos setores, o Conhecimento e a Informação deverão sempre

caminhar juntos. Na área jurídica será desafio. O resultado eficaz partirá da convergência da racionalidade da importância e do uso adequado de ambas. Os Sistemas de Informação dos agentes públicos é que deverão ser estudados para que possam ser implementados e aperfeiçoados com foco nos resultados almejados. Em suma, desbravados diante de novos e sucessivos paradigmas.

8. Um novo salto social e tecnológico que estamos vivendo e passa despercebido pela grande maioria é que a propalada Era Digital vem sendo suplantada. Surpreendente? De certo modo. Nem bem nos acostumamos, ou não, com novos artefatos, processos de trabalho ou, mal nos adaptamos a tirar o melhor proveito possível dos editores de texto ou ingressar em algumas Redes, ao modo dos álbuns de antigamente e já aparece algum especialista em Tecnologia e Inovação para nos dizer, ao menos, que não estamos avançando muito ou ficando desatualizado. E sendo mais jovem, principalmente da chamada Geração Y, a nos olhar com certa indiferença. Ainda que não dissimule [ou não perceba] a Ansiedade própria, ao não desgrudar do Celular numa mesa de refeição. Ansiedade sim. Querer estar focado ou plugado em tudo ao mesmo tempo e não se ligar no cardápio, no aperitivo e nos circundantes. Como se tivesse incorporando ou reproduzindo aquele velho conhecido, de outros tempos, ensimesmado, arredio; o monossilábico da literatura de antanho. “Não estando nem aí”, mesmo, diria hoje. O artefato de múltiplas plataformas a exclui-lo, sem noção do involuntário. E a reprodução da frustração pela falta de controle ou tentativa de evitar o isolamento, a lembrar o enredo do “Brave New World”, previsto por Aldous Huxley, nos anos Trinta ou, a antevisão de Ray Bradbury (recém-falecido), logo em seguida, nos anos cinquenta. Claro que com todas as incertas prospecções e direções tecnológicas. Enfim, a economia do tempo prá tudo, menos para reflexão [às vezes assusta]. A troca de um medo por incertezas, difuso feito certo caminhante acelerado dizendo que não poderia parar. Tinha que fazer o exercício pelo exercício; caiu em si quando lhe disseram que se fosse tão rápido corria o risco de encontrar-se. Mas, aí o problema central não é a tecnologia, o crucial é o homem objeto do consumo. Voltando à referida ultrapassagem da Era Digital, afirmação progressiva, vem o cerne da interrogação. Nem bem se instalou, detendo apenas ilhas de excelência contrapostas a uma enorme necessidade de inclusão e já vem alguns “cérebros” dizer que está ficando superada. Talvez o termo soe forte. O conceito já existe. A realidade ainda absorve

vários de seus sentidos e realizações concretas. Com certeza ainda tende a avançar de qualquer modo, simétrico ou assimétrico. E há a tendência de muitos que não queiram ou não devam ficar de fora e já andam propalando que surge uma nova estação? Sim. A Sociedade em Rede, que nos anos noventa aprofundava em Conceitos, Culturais e Sociológicos, com alguns desvendamentos e projeções de Manuel Castels e Pierre Levy e muito mais gente, vem tomar a preponderância desde as realidades dos laboratórios de mídias, conexão integral do comércio de bens, serviços e relações, e em escala mundial está interferindo em toda a conexão planetária. Exemplo simples é simplesmente uma 2 Interrogação [alô revisão para o símbolo de ponta cabeça]: 2O quê aprender? 2O quê ensinar? 2O quê aplicar? Então dizem: Fui! Embora válida a expressão de um personagem: “Num mundo de fugitivos quem vai no sentido contrário é que parece estar fugindo”. No entanto, o grande salto, a substancial mudança não é tecnológica, embora pareça; com seus mil atrativos, poder de sedução, de imantação e mimetismo, a refletir-se em qualquer aspecto da Sociedade, da Política e principalmente nas Identidades. Não é, embora tenha ocorrido em escala individual ou grupal, igualar crianças e adultos com os “brinquedos”, jogos, ciência, profissões, conhecimento, pagamentos “on line”, ou quaisquer outras atividades humanas. Ou interagir bibliotecas, videotecas, músicas, grupos de trabalho, organizações públicas ou privadas, Estados e Empresas. Ainda a remeter à alegoria da Caverna. A grande mudança, a transformação, é o foco diante das Inovações. A Globalização trocou a Merceria da esquina para a Loja de Conveniências (alguém já disse). O comércio a Retalho teve fastígio nos anos Oitocentos. Estarão os câmbios voltados para as Relações, ou seja, para os Comportamentos e as Identidades individuais e coletivas, além dos mitos e profecias para o Ano Novo? O que fazer com o Prêmio da Loteria, se o mundo não acabar? As relações de força, obviamente, preponderarão nos processos de adaptação social e nos processos de conflito. São relações sociais em rede.

9. Ao longo de onze artigos o Anteprojeto Processual Civil que inicia os debates sobre o futuro Código percorre o conteúdo dos princípios e garantias fundamentais estabelecendo que a Ordem, Disciplina e Interpretação serão conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição e a conformidade com o Código, equivalendo ao Princípio da Legalidade. A começar por iniciativa da parte, nos casos e formas legais, salvo exceções expressas e a

desenvolver-se por impulso oficial. Transpõe para o texto a construção doutrinária e jurisprudencial da impossibilidade de exclusão de apreciação judicial ameaça ou lesão a direito. Ou, seja o que se denomina, dentre outras expressões, o princípio da “inafastabilidade” do controle jurisdicional. A comumente citada “duração razoável do processo” vem expressamente, com certa vacuidade conceitual, nos termos em que as “partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”. Ora, a prestação jurisdicional se desfaz com a Ação encerrada, com ou sem julgamento do mérito. O processo é declarado extinto ou porque não se reconheceu a Ação ou se satisfaz a Pretensão ou não tinha o Autor a Ação, entre outras hipóteses como também a falta de interesse processual. O que se satisfaz é a obrigação que é causa de extinção do processo nos casos em que se reconheceu o que se pedia e havia lide. Assim a redação é parcial e lateral ao Conceito e ao que pretendia. A razoável duração do Processo é o Acesso, ou melhor, e também a porta de saída, é completar o Acesso, com a realização do Direito Objetivo e a satisfação da Obrigação contraposta ao direito lesado ou ameaçado, subjetivamente considerado. A “atividade satisfativa” é a “obrigação como processo” que vem a resultar na Extinção do Processo, que põe termo a Ação, reconhecendo direito individual, subjetivo público. A atividade satisfativa é parte do percurso da Ação a que se amolda ao método legal que rege e ordena o processo. Ordem, Disciplina e Interpretação encabeçam o Anteprojeto em seu primeiro artigo. O que é relevante, fundamental mesmo, é que instaurada a relação processual até seu desfazimento [ação proposta, recursos interpostos, do conhecimento e a satisfação da obrigação] pelo pagamento ou pelo mandamento ou pela condenação ou pela declaração ou por algumas em conjunto, o prazo seja razoável. Nem se cogite que não há ou não possa haver atividade satisfativa desde o início do processo, no pedido de tutela antecipada ou de liminar, com ou sem garantia, embora a lide, a causa ou litígio penda, progrida, estando sob exame a pretensão jurídica. O problema aí é de desfazimento ou ressarcimento de obrigação ou dano, nas vias próprias ou no próprio processo, nos estamentos de direito material. Enfim, o que se extraia do enunciado é que a duração razoável do processo é autoexplicativa. O processo [concepção normativa] é o método legal; é a ordenação dos atos das partes e do juiz; a disciplina com que se permita praticar as regras de direito público, balizas e fins, para que a prestação jurisdicional venha a ser prestada a tempo e modo.

10. Participar “ativamente” e cooperação são menções conceituais sobre fornecimento de “subsídios” para decisões, atos executivos ou determinação e práticas de medidas de urgência. Revela o caráter principiológico com moldura normativa no art. 5º do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Não se deve confundir essa participação “ativa” com a figuração nos polos, nos termos de Relação processual. É, na verdade, regra de Hermenêutica, de extração teleológica do ônus ou dever, conforme o caso, de instruir, de colaborar, de fornecer informações. E não são apenas deveres. São também esclarecimento de obrigações processuais e principalmente de ônus. São preceitos de Hermenêutica postos em lei. No que se refere à Aplicação da Lei [art. 6º] o comedimento aos fins sociais, sobre ser princípio e regra, já nos Códigos Civis, atinente à finalidade, é reprodução substantiva do que se continha em regra de interpretação ou em regra jurídica. Sobre exigências do “bem comum”, agora alçado ao texto da Constituição de 1988, ou em outras normas veio sob inspiração do que antes se explicitava como fim social do Direito. Fim e princípio. Agregada aos considerados Princípios já agora constitucionalmente regras da Dignidade da pessoa humana. Interpretação e Aplicação da Lei são mais que apenas Aplicação. Ao interpretar apresenta-se Valores de se encarar entre situações e regras. A Aplicação é efeito da Interpretação e da Incidência. Incidência sobre fatos. Aplicar sem Incidir, não é demais repetir, é de fato não aplicar. Exigências do bem comum e Dignidade da pessoa humana transportam-se do texto constitucional para a legislação processual, instrumentalizando-o. O artigo menciona, ou melhor, reproduz o que está na Constituição quando se refere aos princípios da Dignidade da pessoa humana, da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade, e da Eficiência. O da Eficiência na Administração Pública já existia antes da Constituição de 1988 com o Decreto-Lei de 1967. Os demais estão postos em diferentes lugares na Constituição e já em outras leis processuais. Alterando denominação do princípio da Igualdade vem no art. 7º referir-se à “paridade de tratamento”, quando se tem em conta exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais. Ao juiz, no caso de hipossuficiência técnica, compete velar pelo efetivo contraditório. E o Estado e seus órgãos como Parte. O artigo 8º estabelece como dever das partes contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo de provocação de incidentes desnecessários e procrastinatórios. É uma perna do art. 5º. A identificação das questões de fato que se

põem e se apresentam desde a Petição Inicial leva a necessário aprofundamento sobre o que constitui e a quem cabe identificar as questões de direito também para situar a Pretensão e a “escolher” a Ação. A provocação de incidentes desnecessários e procrastinatórios é outro ponto a ser tratado. Também se repete o dever de colaboração. No artigo 9º vem outro ponto conceitual ao dizer que não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. O problema não está no estabelecer por cautela o contraditório, mas na terminologia. Em primeiro lugar Decisão antecede Sentença, a não ser quando se indefere a Petição Inicial, para os que entendem que não é Sentença ainda ou Decisão e Sentença. Em segundo lugar nem todos os casos de decisão não sendo proferida; o prejuízo possa ser irreparável. Além do que as Resoluções judiciais são os despachos, decisões ou sentenças. A exceção para as medidas de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito não contempla ainda outras situações. São assuntos “áridos”, a não ser para especialistas, mas com que se defrontam os profissionais, na Interpretação, na Aplicação do Direito, sobre a Incidência das “regras jurídicas”. O que estava na chamada Hermenêutica ou Interpretação do Direito, na Doutrina contempla-se parcialmente como “normas” ou princípios normativos.

11. Por incrível que pareça a eletrônica teve germinação nos foros científicos para uso específicos; atrelada às mais diversas atividades empresariais contaminou todos os segmentos do cotidiano das pessoas. Encurtou distâncias e contínua geometricamente atravessando o túnel do tempo, entremostrando múltiplas e difusas Identidades em transformação, modificam atividades, comportamentos e perfis. Inicialmente, esboçaram-se infinitas possibilidades conceituais para delimitar uma “metafísica” de plausibilidades democráticas, à medida de parâmetros tradicionais, desde o itinerário pós-ateniense e sua anatomia política de antanho. Agregou-se, de um parâmetro ou de outro, tentativas de “enquadrar” a técnica, em modelos jurídicos e sociais anteriores à era da Informação e das Comunicações, em alta velocidade e em larga quantidade. Conscientes ou não. Se não houve efetivamente uma democracia ateniense, além de discursos ou de imprecisa mensuração, quando a terra e a servidão eram a motriz da economia, não se pode cogitar de efetiva cibernética democrática, na sociedade do conhecimento e da informação, com elasticidade completa e definitiva. O que não elide a indeclinável tenacidade e

desejável necessidade de trajeto e objetivo democráticos. A questão é de foco e de método. O mote arraigado de amostras tradicionais deixa de funcionar. A sociedade inelutável desborda de modelos fechados ou de prismas limitados. Dividindo em miúdos: nenhum Estado individualmente poderá conter a Sociedade em Rede, de jeito absoluto. Exemplo, conter o uso da Internet ou das Redes Sociais precariamente ao avaliar parâmetros jurídicos, sem revirar os olhos para si e para os outros agentes políticos em diversos aspectos. A situação árabe desbordou aspectos históricos tradicionais para resvalar em contínuas avaliações entre Ética e Ciência Política, quando não Direito Humanitário. A questão é ampla, melhor dizendo, amplíssima, talvez infinda. Redirecionando o conceito, para reduzi-lo e apropriá-lo a situações que nos tocam mais de perto por um lado, e universais por outro, convém postar a demanda democrática no plano da Educação e da Cultura antecessora e preponderante sobre quaisquer outras. Educação, acentuada em Tecnologia e Inovação, a substituir cartorialismos e meras compilações. Nisso a máquina suplantou o homem, como expungiu a caligrafia. Descobri casualmente um sítio eletrônico destinado, creio, a aglutinar livreiros e sebos. Com satisfatória surpresa, constatei a existência de livros, antiquíssimos uns, raros outros, e, principalmente paraibanos. Muitos deles dizia-se ter sido apenas publicados. A Pesquisa e o Conhecimento, da alçada de poucos, está acessível a milhares. Remontei aos idos anos Setenta, na Rua da República quando adquiri, com encadernação de couro um pouco avariada, uma Constituição do Império e o Código de Processo Criminal, com assinatura de Abreu e Lima, o nome e prenome parcialmente legíveis. À frente, o Coronel reformado Albertino que nos atendia. Era o ponto que avistávamos os estudiosos e pesquisadores locais à cata de preciosidades. Com frequência estava o confrade Guilherme D'Ávila Lins enriquecendo o seu invejável acervo. O exemplar ficou guardado menos como relíquia do que para inibir destruição e perda irreparável, a se ver de edições limitadas e precárias da primeira metade daquele remoto Século. Por sua vez, o sítio virtual, atualmente empreendimento de sucesso empresarial e de valor cultural emergente, abrange o território nacional e mergulha no túnel do tempo, além de incorporar-se a um patrimônio que é produto da Internet: a inteligência coletiva. Ou se a chamarmos melhor: inteligência compartilhada. Democracia é partilha. É universidade, e não diversidade, de que se trata. Produto de geração democrática, de iniciativa individual ou empresarial. Sucesso de empreendimento e de resultado, produzido pela livre atividade. Um dos pontos do marco teórico sobre a

conceituação de Democracia Eletrônica tem partido de proibição e de vedações da utilização das técnicas e dos meios. Isso tem dado conflitos inextrincáveis e intermináveis, além de proliferação de teses. Parece um desvio de elaboração e um preconceito. O que não se compatibiliza com Crítica ou Ciência e com Método para formulação de juízos e concretização de exames isentos. Democracia, em linhas singelas, é, antes de tudo, liberdade de iniciativa. Os limites de um terreno são aviventados depois da identificação do terreno, não antes. É uma situação e não um problema ou conjunto de interditos. A regra é a iniciativa, a vedação, por exceção, e busca de aperfeiçoamento. Antídoto para os descaminhos, ou extravios. Virtual ou física vale a analogia. Tanto prolifera a Liberdade, como os autoritarismos abusam. Maiúscula ou minúsculos que contaminam entre o sadio e as patologias. Tirante os preconceitos, a escolha não precede aos achados.

12. O Positivismo jurídico de Hans Kelsen não entrou na doutrina brasileira com mais amplitude pela influência da Teoria Pura; somente foi traduzida após já ter aparecido a Teoria do Estado, em língua espanhola já nos anos trinta. As ideias sobre a Teoria do Direito e do Estado. As Publicações em alemão ou as traduções espanholas antecederam o lançamento, possivelmente, em 1939, da edição brasileira. Estudos sobre Soberania e Estado já estavam nas remissões de alguns doutrinadores brasileiros, daqueles que recorriam às fontes e línguas europeias. Dos primeiros a mencioná-lo, sem aderir, estavam Pontes de Miranda, o mestre cearense Djacir Menezes e o paraibano Alcides Bezerra, cujo pensamento filosófico e principalmente jurídico está a merecer resgate substancial. Alcides publicara significativo livro, em 1933, intitulado “A Revelação Científica do Direito”, que mereceu diversas referências, na edição cinquentenária do “Sistema de Direito Positivo” de Pontes de Miranda em 1972. Não é demais citar que o Sistema era de 1922, um alentado tratado, acessível aos motivados. Alcides Bezerra, embora fenomenologista e já engrupando-se à Teoria científica, de Pontes e Djacir, mencionou estudos em alemão daquele Professor produzidos na década de vinte. João Lélis, em 1935, já auscultava as teorias políticas de Kelsen e Harold Laski e as perspectivas parlamentaristas que permearam os debates da primeira metade do século findo. Instalada em 1951 [Decreto Estadual de autorização] a Faculdade de Direito da Paraíba, com Ata de Fundação lavrada em 1949, com palestra de Gurvitch [taquigrafada por Osias Gomes, segundo testemunho de Júlio Aurélio] e publicada no

primeiro número, sucedem estudos, nos números subsequentes, de Osias Gomes e Flóscolo da Nóbrega. O certo é que o Positivismo como Teoria teve no centro ou no meio do campo dos debates repercussão até os anos setenta. A automação e a cibernética ainda tinham certa propensão [ou rejeição] a considerar-se ficção. A era digital vem, de certo modo criando novos campos para o Positivismo nas atividades empíricas e criando um contraponto teórico e crítico a merecer, ao menos, abordagens aproximativas. Publicou-se “Democracia Eletrônica”, em Barcelona, 1977, pela Luiz de Caralt Editor S.A. Reunindo textos de Isaac Asimov, Ray Bradbury [o de Fahrenheit 451] e Arthur Clark, todos bem conhecidos, cujo original, em inglês era: “Alien Earth and other Stories”. O título em espanhol era o texto, “ciência-ficção”, de Asimov, precedendo aos outros contos; também ou principalmente humor. Concebível hoje, meio século passado. Tateando ou não, a ciência propriamente técnica, a cibernética social e as “novas” percepções da Ciência Política e Jurídica ainda ressentem-se de retroceder a uma genealogia estrutural e científica das Relações Jurídicas. Nenhuma das teorias quaisquer que sejam as denominações desprezaram ou podem desprezar o prisma e as diretrizes das Relações. Sobre serem incompletas ou parciais as delimitações, as intersecções no plano social, político ou jurídico não podem deixar de lado, estrutural, funcional, ou esquematicamente, o conteúdo das Relações, em movimento ou estaticamente. A Tecnologia e seus nexos com as Identidades em Rede será o desafio a definir o Objeto do Direito. Além de uma “história interna”.

13. A Cibernética Jurídica a se constituir no grande desafio estrutural, funcional e técnico, pelo menos nas últimas quatro décadas, está sendo incorporada a quase todas as áreas das ciências humanas e sociais, mais propriamente a todas e principais abordagens ou também dificuldades dos chamados Estudos Culturais. Com mais força e expansão nenhuma área dos Direitos Cíveis, Políticos ou Constitucionais poderá abrir mão de considerações e aprofundamento na temática que abrange o agitado cotidiano atual. Privacidade, Opinião, Regulação Pública ou Contratual, Agência Governamental, Representatividade Política, Comunicação, enfim todo o conjunto de relações sociais que se apresentam no cenário da vida momentânea doravante. Justiça, Direitos Humanos, Bem Estar, na vitrine. Refazem-se leis e códigos para situar a matéria social em que se projetam as regulações. Todavia, os temas candentes da Sociologia, da Ciência Política ou do Direito não submergem

evidência. Ao contrário precisam ser revistos e refeitos adaptando-se aos movimentos sociais. A diferença axial de outras “revoluções” do pensamento é que a atual reside na “descoberta” de novas plataformas de envolvimento das relações humanas coexistindo simultaneamente “populações” integradas ou parcialmente adaptadas a mundos ou mesmo “tribos” distintos. Relações de “força” nos câmbios sociais não são negligenciáveis nos processos ou críticas. Esses acendimentos e os consequentes percalços percorrem itinerários antes impensáveis e por isso mesmo descortinar novas paisagens e terrenos, ainda a serem descobertos ou construídos. Considerar Educação como primordial está sendo “chover no molhado” em qualquer programa político. Todavia, já se percebe que parte de uma vontade política, além do discurso tonalizado, em lugar da determinação que provém da consistência do princípio do regime representativo. De longe já aclamado e não apaziguado desde os primórdios imperiais. Mais a frente dos registros dos historiadores acatados ao largo da descentralização, a se ver das fontes citadas por Alexandre Herculano, nas raízes do regime ibérico ou de Tavares Bastos sobre a descentralização quando escrevera “A Província” ou de José de Alencar com o “Systema Representativo” (edição de 1868). A ironia é que este já está disponível, além do túnel do tempo, acessível em PDF, pela Internet. Se esta tornar-se um bem fundamental não só aos incluídos, serão milhões de acessos à inserção de muitos milhares de cidadãos. Uma das peculiaridades são milhares de livros a permitir acesso à vontade e a política educacional, indispensáveis ao conceito de democracia tradicional ou eletrônica, mitigando interditos. A variação não é de princípio, porém de conteúdo.

14. O ingresso na segunda década deste milênio apresenta uma característica inovadora: cenário de crescimento exponencial da quantidade de interrogações em todas as atividades humanas e campos de conhecimento. Há apenas uma década havia prenúncio de crescentes avanços e múltiplos desenvolvimentos de produtos. O recente IPAD vem abalando o computador pessoal. Jornais agregam vídeos e interação instantânea com o leitor. Os “audiolivros” ou os “tabletes” estão aí. Eram, àquela época, prognósticos aleatórios e difusos. A Internet já é bem mais ampla que tráfego de mensagens eletrônicas. São características que se aplicam também aos processos e conteúdos educacionais quanto aos suportes e conteúdos ditos digitais. Há, de modo palpável, migração acelerada de plataformas de trabalho, de modos de relacionamento, de transformação de substâncias, ou do saber em elaboração e

aplicação. O tecnólogo estabelece parceria com o especialista em mídias ou em marketing digital. O assinante ou o leitor interage virtualmente. Imagem, som e texto. Na década de setenta, já distante, a Informática Jurídica no Brasil contemplava a profusão documental, a perda de controle sobre as informações necessárias ao tratamento profissional de textos ou peças jurídicas, com as dificuldades emergentes na pesquisa de subsídios técnicos para a solução de casos. Vem o confronto. E enxurrada de textos legais na esfera municipal, estadual e federal aliada à morosidade na obtenção de dados, recuperação de outros e a consolidação ou a sistematização possível de sistemas pontuais e de respostas adequadas. A adoção pela administração pública direta ou indireta ainda tateava na migração dos mecanismos impressos para os meios digitais a serem desenvolvidos ou descobertos. A digitalização de processos públicos ou privados irá se defrontar com vantagens e também com heterogeneidades. Cada companhia turística ou de energia apresenta o seu perfil e modo de operação. O trabalho mental será o diferencial, e sempre foi o mais nebuloso, o desafio. Além da transferência de atribuições, modalidade nova na divisão social do trabalho. O Público e o Privado já se misturam em espaços novos. A Educação Geral ou Especializada tende a ser renovada para não ficar defasada. E não há fórmulas uniformizadas, nem insuperáveis, para diferentes realidades e difusas carências e necessidades. Não são todas as novidades exitosas ou que não caíram em veloz obsolescência. Os disquetes, os CDs e outros “avanços” já são retrocesso.

15. Nos manuais acadêmicos era recorrente passagem ligeira sobre as relações entre o Direito e “outras disciplinas”. Ficava nisso a orientação pedagógica, cumpria-se o plano de aula. Cada um buscasse seus próprios “horizontes”. Meio caminho andado para o isolamento dos estudos jurídicos, para a distância entre a realidade e os conceitos; quase tudo bem próximo da Caverna de Platão. A Sociologia, a Cultura, a Religião, as Artes, a Economia e, alguns outros “processos de adaptação social” na tratativa de Pontes de Miranda, não eram mais considerados nas investigações metodológicas. Alguma outra citação, argumento de “autoridade” ou adágio, dava a palavra final. Os “processos de adaptação social, ou o aprofundamento sobre as teorias da ação social”, são tão indispensáveis, quanto distantes do esforço analítico que contribuiram para a segmentação, às vezes, afunilamento das abordagens “jurídicas”. Bordões ou slogans nunca faltaram. Sabe-

se que o slogan não se limita ao dicionário. A Linguística, a Filosofia Analítica, a Retórica, a Psicologia Social, a Psicanálise, a História cuidam do assunto. A Publicidade e a Propaganda conhecem-no como poucos. A Política dele não se afasta. É capaz de alçar ou de derrubar. Em Propaganda Eleitoral assusta, confunde, e às vezes se torna indefinido para as regras postas. “Domesticá-lo?”. Não deixa de ser aspecto a ser examinado pelo Direito de Opinião; Constituição prega e é espécie do Direito de Informação tão atual quanto relevante e pouco explorado. Ou entendido. Atual e imprescindível convém repetir. Poucos o apreciaram com síntese e precisão, a exemplo de Barbosa Lima Sobrinho, em célebre Tese apresentada na VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados [Maio, 1980]. Para reaver o texto digitalizado vale a consulta à Revista de Informação Legislativa [17, N. 67 jul./set. 1980], disponível no “saite” do Senado. O slogan, na voz de especialistas, é “um equívoco limitá-lo à publicidade comercial e à propaganda; existiu antes e fora deles”. Se a palavra é de origem francesa, que também se detém com estudo de imagem política, quer significar múltiplas mensagens ou também designar e desempenhar papéis, produtos ou ações deliberadas. País, na época da Revolução, que inaugurava com a frase “Aqui começa o País da Liberdade”. Era eficaz porque induzia que “acabava” do outro lado. É um exemplo de que não cuidam os manuais jurídicos, mas, os de Comunicação. Ou, o remoto, muito longínquo “com este símbolo venceremos”. Na era das Redes e da já chamada “lpadização” está ganhando corpo, velocidade e densidade. Para fixar-lhes “limites”, se isso é possível, é preciso desvendá-lo, isto é: conhecê-lo antes.

16. A irreversibilidade das relações “eletrônicas” e, no tempo presente projeta, ao menos duas perspectivas, por assim dizer, básicas ou simplistas, e, talvez, uma terceira. Não são mais singelos “contratos por correspondência”, nem simples versões de direitos autorais ou “regulação de opinião”, contenção de expressão. Os especialistas não se contentarão com essa simplificação, dada à progressão exponencial dos multimodos, dos parâmetros subjetivos, do cenário virtual atrativo, do desvendamento impulsivo. Os que pretendem “resistir” e a recusa calca-se em terreno movediço da subjetividade, quando ainda titubeiam em hábitos ou preferências arraigadas, onde a zona de conforto situa-se em experiência individual e nos correspondentes “feedbacks”. O segundo visual, constituído dos espíritos mais “abertos” às inovações ou formados já na cultura da velocidade, do instantâneo, não

terão maiores “conflitos”, por desconhecer peculiaridade dos códigos culturais antecedentes. A probabilidade da terceira opção, mais abrangente e indefinível e a merecer apenas ensaios pontuais sobre o que seja o ciberespaço além de algo em mutação. Será sempre uma nuvem. Ao menos, por enquanto. Ou até o surgimento de outra nuvem. A nota irônica é que a computação em nuvem, ou a “cloud computing”, já está em evidência, implantada em diversas plataformas. Exemplo claro é quando se torna possível o acesso de arquivos em qualquer lugar do planeta onde seja fornecida uma plataforma. Onde você estiver estarão seus arquivos acessíveis e disponíveis, desde que estejam disponíveis os equipamentos. Desmaterializam-se, portanto, arquivos os mais diversos. Isso tem a ver com o novo bem econômico e consideravelmente jurídico que é a Informação. Esse “bem” ou coisa de valor econômico ou monetário ou ainda intangível, imaterial ou moral é aquele que os manuais econômicos ou jurídicos referenciam-no apenas de passagem quando não de relance. O que significa ausência de substancialidade e mais de referenciabilidade. Referência com teor de mera alusão. A não ser quando se apresenta outro bem jurídico, um conflito concreto tratado talvez repetitivo, correlato ou conexo. A “blogosfera”, por exemplo, é um objeto que pode ser estudado com mais aprofundamento além das estreitas menções a direito de opinião, de expressão, de informação, de comunicação, de associação. É, e será por razoável tempo, um novo bem jurídico e com profundo conteúdo de convergência de “direitos civis”, fundamentais privados, fundamentais públicos e fundamentais políticos, eleitorais, internos [nacionais públicos e privados] e internacionais. As tratativas sobre o objeto do conhecimento jurídico [do que seja a blogosfera, em ascensão] não atingem níveis de eficiência no aspecto de seus limites expansíveis, imponderáveis, utilizando-se ramos isolados do Direito Público ou Privado. Disciplinas que percorreram os últimos séculos à procura de autonomia sobre conteúdos razoavelmente estabelecidos. Porém, insuficientes para cuidar juridicamente da Informação, com as considerações que se usava quando preponderavam conflitos apenas ocorrentes em jornais e revistas impressos. Numa Rede Social o Direito ou a Legislação haverão de encará-la sob outra Cultura [código moral em evolução] e sob novos approaches. Assim o Direito evolui cumprindo seu papel de processo de adaptação social por sobre novas relações econômicas para agregar aos fatores tradicionais: Terra, o Trabalho e o Capital. A Informação não será apenas uma nova fase, fator, como os agora referidos, mas, principalmente um desafio a ser enfrentado, para que os parâmetros jurídicos

possam assim ser analisados. Abrange múltiplas relações jurídicas, valores e conteúdos, mais complexos do que as anteriormente abordadas, a merecer inovação nas arremetidas. Com a gravidade do avanço dos meios de Comunicação, bem universal.

17. Já não lembro detalhes do livro “Admirável Mundo Novo” de Aldous Huxley, nem da variação temática do “Choque do Futuro” de Alvin Toffler. Leituras da remota década de Setenta. Acontece que o primeiro apresentava o título original em inglês: “Brave New World”. Tradução, a dizer menos do que poderia alcançar o sentido original, e não exclui o percebido, de corajoso e valente. Bravio talvez melhor, novel mundo, juntam desta vez o cenário de novas descobertas. Como todas as revoluções chocam muito e de múltiplas formas. O que torna espantoso não o termo definitivo, mas, o inicial. O apenas início é a pura admiração, a postura diante da nova realidade. Sobressalto, arrebatção, maravilha, surpresa. Qualquer coisa ou lugar até então desconhecido, originais modos de operar um trabalho, reinventar. É o admirável ciberespaço, em evidência. Inelutável, gravitando dominação. Antes de domínio precisa ser apropriado e depois decifrado. Ou o inverso. Atração mútua. A conquista é a apreensão de sua possessão, de sua configuração. Naquela década, o fascínio que ligava a indústria aos serviços, às comunicações, era a aparição de máquinas datilográficas elétricas, com ou sem esfera. Nos idos de Noventa jubilava-se o aparelho de Telex que sucedera o dispositivo de Morse. O Fax devido a precariedade termoelétrica do impresso pedia permissão para ter autenticidade legal nos processos judiciais. Desfiz-me de estrangeiro livro massudo, embora não maçante; edição de 98 buscando indicar caminhos entre a Internet e o Direito. Páginas e telas de sítios eletrônicos, de escolas e organizações, pondo os pés nas praias diante de florestas inexploradas, em terras desconhecidas. Talqualmente os volumosos manuais das versões anteriores dos nossos editores de textos e planilhas. Agora vai para a reciclagem de papel, pois, a Sociedade em Rede caminha progressivamente para o Virtual. Enquanto isto, no “tablete” ou no “smartphone” vêm mensagens para baixa instantânea, de concertos, shows, vídeos sobre julgamentos, palestras ou conferências. Congressos e Seminários instantâneos “podcastizados” [sem expressão no tradutor instantâneo]. Livros com dicionário vocálico e imagens em movimento, congregando velocidade e matéria concentrada no aperfeiçoamento do processo de aprendizagem. Ou, com exercícios interativos. Em tempo real, ou resgatado do túnel

do tempo. Situações com viés ficcional naquelas descrições dos anos Setenta são as que desenham o admirável ciberespaço de hoje, a ser real ou virtualmente desbravado.

18. A expansão das situações jurídicas no âmbito da Internet vai atingindo cada vez mais os diversos campos ou ramos jurídicos de modo concentrado como que formando novos sistemas de compreensão e apreensão de dados a elementos de interpretação. Vão desde relações complexas que se formam até situações atomizadas. O simples acesso ocasional a um endereço eletrônico qualquer, o preenchimento de formulários, a emissão de boletos até a operação bancária que já progride cada vez mais significam encarar os reflexos dos negócios e obrigações contratuais. Refletem o exame de múltiplas regras jurídicas entrelaçadas virtualmente. Formam bancos de dados de variada complexidade. Os Contratos de Adesão, que em dado momento limitavam-se ao Mandato anexo a Contratos Bancários específicos, já se expandem para diversos Contratos Coligados. Em outros tempos muito se discutiu sobre contratos à distância. Com a rede mundial de computadores atinge novas particularidades no Ciberespaço até refletindo a inserção das assinaturas digitais para fins de autenticidade e a padronização mundial de procedimentos relativos tanto à interpretação como a aplicação de regras uniformes sobre a compra e venda de bens ou a contratação de serviços. Não só a área financeira como a de prestação de serviços, a regulamentação dos direitos autorais, tributação, tenderiam a progressão geométrica de crescimento de negócios. A interligação é a característica da Rede, mas a assimétrica desproporção do volume de dados transmissíveis é o seu compasso. Em linguagem prosaica dizer-se “estar fora” é exatamente isso. Estar desligado ou desconectado do mundo dos negócios. Obviamente, a “maioria” está realmente fora desses novos cenários. Porém, como toda Revolução algo de novo tem de vir independentemente de valoração. Exemplo factual é a progressiva universalização da telefonia móvel. Sinais de menos supressão. Antes exclusiva, tornou real, palpável e um pouco mais acessível o item Comunicação até juridicamente considerado. Foi-se a Ficha, retraiu-se o Cartão, escasseou o Cadeado do Telefone e cresceram ligações a cobrar. Retraços da Acumulação e da retração de Renda. Na área empresarial o assunto é imenso. Na perspectiva imobiliária a tendência, além da óbvia interligação, é a criação de canais migratórios entre os setores da Administração e dos Registros Públicos. A suprir Atas

e anotações de antanho, velhos livros de notas. A ser desvendado o custo da burocracia na produção econômica. Os registros das Pessoas Naturais já incorporam fotos, impressões digitais e já não é ficção científica em áreas de segurança a substituição de crachás e até de cartões plásticos por simples toques de senhas.

19. As gravações e as teleconferências com todos os seus desdobramentos tendem à supressão do papel, à minimização de formalismos, de certo modo desnecessários, para economia de custos materiais e de superposição de tarefas, aperfeiçoamento do dispêndio de tempo, desde que organicamente adequadas às diversidades de estruturas. Por outro lado, conviria pensar na adoção da estenotipia computadorizada porque suprimiria o alvoroço da recuperação de acervos cuja degravação torna-se dificuldade. A rapidez que se busca com a supressão do cartorialismo, de manifestações longas, se vem propiciar brevidade às Audiências implica em reprisar o que já ocorreu para interpretação das declarações produzidas ou remetem a degravações no mais das vezes necessárias para reexame de provas, quando vão ser analisados os testemunhos ou depoimentos. A estenotipia computadorizada não incorre em tais superposições ou repetição de tarefas. Tem o lado oneroso do custo do equipamento e de treinamento de pessoal especializado, porém mais que a simples gravação tem efetivamente instantaneidade. Essa instantaneidade é realmente efetiva, uma vez que converte em texto, imediato ao que se grava. Consiste em equipamentos semelhantes ao computador de mão, cujos caracteres gráficos são análogos ao que se usa na taquigrafia. Atualmente permitiria, inclusive, migrar os textos para os processos eletrônicos, rápida expedição e remessa para os órgãos de origem, como na expedição de Cartas Precatórias. A oralidade que não é de hoje e a prova escrita que já data de um milênio [quando se buscou o reexame da prova oral nos recursos] não pode ser total, porque a gravação é apenas um meio de preservação de som e imagem. Não vai significar abolição de mídia ou documentação exclusiva. Uma solução, a minimizar a repetição ou a superposição de tarefas, como sugerido, traduz-se em poupar o esforço e o custo, e, portanto, obter brevidade com segurança. A tecnologia que se incorpora é a reunião de possibilidades. Aliança de meios. Documentação de declarações, de depoimentos instantaneamente convertidos em texto, e no quadro atual incorporando-se ao processo eletrônico, sem maiores custos, esforços, em tempo real.

20. As figuras contratuais conhecidas e estudadas nos moldes tradicionais estão cedendo espaços aos novos campos e usos da eletrônica. Atuando à frente do legislador local ou região remota, a padronização de direitos e deveres, de obrigações, altera de modo abrangente conceitos jurídicos que somente mais tarde viriam a ser cogitados pelo legislador. Acontece que muitos conflitos são objeto de mediação ou passível de solução judicial bem antes da criação de um marco legal. A função criadora do direito provém de fontes diversas do Poder Legislativo. Ao que parece será um fenômeno novo e contínuo dada a quase impossibilidade de acompanhamento da assimétrica e imponderável revolução tecnológica. Se o Direito enfrentava dificuldades seculares de acompanhar a evolução social com a tecnologia a tendência é o incremento dessa perspectiva. E muito mais se persistir a inclinação regulatória. Além de princípios gerais, de garantia de direitos e liberdades fundamentais. A trilha tradicional de regular tudo vai em consequência regular pouco no atacado e muito no varejo de restrição de direitos fundamentais essenciais. A relativização tende a marcos e parâmetros necessários para a radicalização de valores necessários à boa interpretação das leis e das situações jurídicas. Essa tendência de regular muito e bem própria em suas faixas históricas condicionadas e condicionantes de imemoriais tempos despóticos, que aqui e acolá medram sob novas formas e roupagens a lembrar baronatos sempre cativantes. O difícil caminho da liberdade de iniciativa passa pela obtenção de autonomia que somente se adquire com esclarecimento, quer dizer com Educação. E a Tecnologia de hoje ainda tem poucos detentores que acumulam o Conhecimento para impedir múltiplas autonomias.

21. A não ser na própria Internet passou com escassa atenção em alguns lugares e quase nenhum apreço estudos sobre a epigrafada Lei de Acesso à Informação publicada nesta semana de Maio de 2012. Enquanto em alguns Países há difusa prospecção aprofundada sobre os conteúdos do Direito à Informação. Um ou outro aficionado ou interessado sobre as mídias digitais tem se preocupado com a importância do tema. Em linhas gerais, cuida das Garantias do Direito de Acesso; das Regras sobre a divulgação de rotina ou “proativa” de Informações; do Direito de Recurso à recusa de liberação de Informação; dos Princípios do Direito de Acesso e o correspondente Compromisso do Estado; delimita Categorias de Informação e o Serviço de Informação ao Cidadão; dos Modos de divulgar Identificação e pesquisa

documental; Meios, Custos de Divulgação, Prazos de Atendimento além de Pedidos de Desclassificação documental. Enumera Autoridades Responsáveis e Ritos Legais. Estabelece Exceções ao Direito de Acesso e dispõe sobre o Tratamento de Informações Pessoais e a Responsabilidade dos Agentes Públicos. Parte do aspecto eminentemente Técnico volta-se aos Níveis de Classificação, Regras Justificativas do não Acesso. Ainda trata do Respeito às Liberdades e Garantias Individuais, das Condutas Ilícitas e do Princípio do Contraditório. A Constituição de 1988 não previra a Internet, por razões óbvias. Os Direitos e Garantias Individuais a Doutrina já são vastamente tratados em avassaladora plataforma de escritos. O que a Internet produziu no assunto e no cotidiano foi estabelecer a linha tênue entre o Público e o Privado colocando uma nuvem de fumaça em dissensões até então radicais. A outra “nuvem” [cloud computing] e as redes sociais são um sintoma, um resultado da expansão dos domínios das relações pessoais e dos agentes públicos e privados, das empresas e das instituições. Toda a discussão girará em torno desse confronto de Identidades. Falando em Identidade e Sujeitos já o Código Civil de 2002, por sua tramitação legislativa delongada por décadas conseguiu ultrapassar nesse tema o que a Constituição que logo mais completará um quarto de Século não previra. As soluções serão debatidas em torno dos Princípios e são vários e, às vezes, colidentes. Em outros Países já existem Centros destinados a tratar e implantar especificamente a Liberdade de Informação; Legislação objeto de expansível estudo e experiências amplamente analisadas. É um diploma legal de suma importância, pouco despertado. Uma disciplina a ser criada em todos os Cursos Jurídicos senão a integrar toda a formação escolar da Cidadania pela irreversibilidade da Sociedade da Informação.

22. O título da série (PARA UMA DEMOCRACIA ELETRÔNICA) faz referência a dois conceitos distintos, evidentemente eivados de interdisciplinaridade. Se substituirmos a ideia de eletrônica para Tecnologia podemos percorrer a História remota desde a fase dos autômatos, para não citar outras invenções bastante antigas. Se a ideia de Democracia percorrer os manuais que traçam a linha do tempo aos gregos ainda é possível encontrar dissidência sobre a natureza e a efetividade desse sedutor regime de difícil embora desejada efetividade. Independentemente de variações em torno do tempo e de práticas não é possível negar que a junção dos termos expostos converge para uma realidade que está diante de nós em busca

dessa efetividade a partir de um sentido, de práticas e de teorizações. Aceitando-se a singularidade da expressão eletrônica, sem desprezar os sistemas, estruturas e relações, vê-se, no mínimo, que a discussão sobre as ideias políticas que sempre houve, passa a projetar uma configuração ao menos diferente do que se estava acostumado. É exatamente no campo das relações onde situa-se o problema, e as possíveis e almejadas soluções. Basta imaginar o que suscitam as redes sociais. Estejam ou não apresentadas em bolsa as empresas voltadas [suporte, manutenção e dispositivos] que produzem tais redes. A avaliação atual em até bilhões de dólares no mercado é apenas um cenário instantâneo. Porém a durabilidade e variação das cotações projetam-se em fluxo das “fronteiras psicológicas da economia” no cenário virtual ou não. Somente o futuro dirá da substituição, da obsolescência ou da prevalência desse tipo de convívio. Não creio que isoladamente o status e os “gadgets” que lhe dão suporte definam o futuro de tal ou qual rede de relacionamento. É importante lembrar que é apenas um ponto de encontro, uma encruzilhada, um “terminal de integração” do tráfego de informações pessoais. Talvez um ponto de minimização de isolamentos; de “taxiamento” de transporte de informações velozes que logo cumprem a postagem; uma substituição mais personalizada do correio eletrônico e com mais capacidade de propagação na rede mundial; e mais uma série progressiva de funções. Um ponto de encontro. E se o conteúdo é envolvente ou dramático pode gerar movimentos como as “passeatas virtuais”. Algumas já ocorreram. De modo singelo, ainda é cedo para estabelecer parâmetros, porque os relacionamentos são a natureza humana. A máquina, os grupos sociais, as sociedades em sentido amplo sempre interagiram. As complexidades são o desafio, a descoberta e a prática que se avizinham. As relações humanas é que estão subjacentes, agora cada vez mais “conectadas”, interagindo mais velozmente. O mundo da Informação e o mundo do Conhecimento são o reverso da moeda das fórmulas do título inicial.

### SUGESTÕES DE LEITURA

BRADBURY, Ray. *Fahrenheit 451*. New York: editora Simon & Schuster, 1960 (impresso) e 2011 (edição digital).

FREIRE, Alexandre Costa de Luna. Processo, conhecimento e informação. *Parahyba Judiciária*. a. 8, n.8. João Pessoa, 2012. p. 303-331.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. São Paulo: Globo, 2009 (Edição original Londres: Ed. Chatto & Windus, 1932).

MCNEELY, Ian; WOLVERTON, Lisa. *A reinvenção do conhecimento: de Alexandria à internet*. Rio de Janeiro: Record, 2013.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005, 4.vols.

PRADO, Magaly. *Webjornalismo*. São Paulo: LTC, 2010.

VIDOTTI, Silvana Aparecida Borsetti Gregorio; CAMARGO, Liriane Soares de Araújo de. *Arquitetura da informação*. São Paulo: LTC, 2011.

## NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos submetidos devem ser enviados por email, digitados em espaço 1.5, tipo 12, letra Arial, alinhamento justificado, em programa Microsoft Office Word 97-2003 (inclusive recente), conforme normas da ABNT e em duas vias impressas. Uma das duas vias impressas deve vir sem informação que identifique a autoria. As versões impressas não serão devolvidas ao autor, que manterá seu texto em arquivo para as eventuais modificações sugeridas pelos pareceristas. Em folha à parte devem vir o título, endereço completo, filiação a instituições de ensino ou pesquisa, cargo, titulação, telefone, fax e e-mail do autor.

As "Notas" devem ser digitadas ao fim de cada página, numeradas a partir de 1. Se houver nota referente ao título, esta recebe asterisco e não numeração. As notas não devem ser utilizadas para referência bibliográfica. Citações com menos de quatro linhas devem ser destacadas com aspas. Citações com quatro linhas ou mais devem ter recuo de 4 cm, fonte 10 e espaço simples. As referências devem ser feitas no corpo trabalho segundo o exemplo:...como diz Preti (1991: 43)...; referências após citação: (Preti 1991:43); no caso de paráfrase (cf.: Preti 1991:43). Nunca usar idem, ou idem, ibidem. Para ênfase usar itálico e não sublinhar.

"Tabelas", "gráficos", "desenhos", "quadros" e "árvores" devem ser encaminhados, também separadamente, em versão impressa, pronta para ser fotografada, em laser/ink jet ou tinta nanquim. Devem ser numerados e ter título. Apenas as iniciais do título devem estar em maiúsculas.

Referências: digitar a expressão REFERÊNCIAS. Os autores devem estar em ordem alfabética, sem numeração das entradas e sem espaço entre as referências. O principal sobrenome de cada autor é seguido de vírgula e do nome e sobrenomes. O nome de outros autores, quando houver, ou dos organizadores da obra de onde for retirado o artigo, precedem o sobrenome. Os títulos de livro, coletânea ou revista devem vir em itálico. Na segunda entrada de um mesmo autor, seu nome é substituído por um traço de 5 toques. A data identificadora da obra deve vir entre pontos, após o nome do autor (outras datas relevantes no final da entrada). Mais de uma obra de um autor no mesmo ano devem ser identificadas por letras a, b, c, etc. após a data.

Tamanho do artigo: **15 a 20 páginas.**

### **Endereço:**

Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º  
Piso; Manaíra Shopping;  
Bairro: Manaíra;  
Cidade: João Pessoa – PB  
CEP: 58037-000

**Fone:** (0xx83) 2106 6175