

Ano 12 - abril 2004

ISSN 1517-5286



Revista

da Fundação Escola Superior do Ministério
Público do Distrito Federal e Territórios

Edição Especial
II Concurso de Monografias

**REVISTA DA
FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

EDIÇÃO ESPECIAL
II Concurso de Monografias

Mutação Constitucional em Face da Hermenêutica Judicial no

Controle por Via de Exceção

Carmen Nasaré Lopes Neves

Legitimidade dos Sindicatos para a Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos ou

Individuais da Categoria (artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal)

Cláudio Carneiro Gomes

Provas Ilícitas: Confronto entre as Liberdades Públicas e a

Efetividade do Processo Judicial

Frederico Sousa Barroso

A Responsabilidade Civil do Fabricante de Cigarros à Luz do

Código de Defesa do Consumidor

Izabela Padilha Santos

Relativização do Princípio da Autonomia da Vontade e o Princípio da Boa-Fé Objetiva

Kelly Letícia Fernandes Borges Matos

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

SRTV/SUL, Quadra 701, Bloco I, 4º andar – Ed. Palácio da Imprensa

Brasília–DF, CEP: 70340-000

Telefax: (0XX61) 226-4643/226-4178

Sítio: www.fesmpdft.org.br

e-mails: fesmpdft@terra.com.br e comedit@fesmpdft.org.br

© *Copyright* 2004 – Revista da FESMPDFT

Reserva de todos os direitos autorais de acordo com a lei.

Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito
Federal e Territórios. Brasília: FESMPDFT, Ano I, n. 1, jul./set.,
1993 –

Edição Especial.

Trimestral em 1993. A partir de 1994, semestral.

ISSN 1517-5286

1. Direito – Periódicos I. Fundação Escola Superior do Ministério
Público do Distrito Federal e Territórios.

CDD 340

Acompanhamento editorial e gráfico: Prof^ª Mestra Carmem C. C. G. de Menezes

Revisão do Texto: Prof^ª Mestra Carmem Cecília C. Galvão de Menezes

Editoração Eletrônica: VGArte (344-5027)

Capa: Grifo Design

Impressão e Acabamento: Dupligráfica Editora (344-1918)

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

APRESENTAÇÃO

Ao lançar a II Seleção de Monografias, concurso interno destinado a premiar trabalhos acadêmicos de seus alunos, a Fundação Escola já dispunha de pelo menos dois bons prognósticos: o sucesso do certame anterior e o entusiasmo com que tais propostas são acolhidas pelos participantes.

Após a análise e a classificação dos trabalhos inscritos, o resultado mostra que a expectativa inicial foi em muito superada. De fato, os textos selecionados trazem amplas reflexões sobre temas atuais e relevantes, demonstrando a alta qualificação de seus autores e a preocupação com o oferecimento de abordagens e soluções para problemas que afetam o mundo jurídico.

Questões como a responsabilidade do fabricante de produto nocivo à saúde, a mutação constitucional, o princípio da boa-fé, as liberdades públicas e a legitimidade sindical para defesa de direitos e interesses da categoria profissional que representam emolduraram a construção de trabalhos ricos e de grande consistência.

Ao ensejo do lançamento desta publicação especial que contempla os textos selecionados, a Revista da Fundação Escola uma vez mais prestigia os trabalhos de seus alunos e reafirma seu propósito de promover o debate e a divulgação de temas jurídicos relevantes.

Nino Franco
Diretor Editorial

SUMÁRIO

Mutação Constitucional em Face da Hermenêutica Judicial no Controle por Via de Exceção <i>Carmen Nasaré Lopes Neves</i>	7
Legitimidade dos Sindicatos para a Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos ou Individuais da Categoria (Artigo 8º, Inciso III, da Constituição Federal) <i>Cláudio Gomes Carneiro</i>	51
Provas Iícitas: Confronto entre as Liberdades Públicas e a Efetividade do Processo Judicial <i>Frederico Sousa Barroso</i>	87
A Responsabilidade Civil do Fabricante de Cigarros à Luz do Código de Defesa do Consumidor <i>Izabela Padilha Santos</i>	138
Relativização do Princípio da Autonomia da Vontade e o Princípio da Boa-Fé Objetiva <i>Kelly Leticia Fernandes Borges Matos</i>	185

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA HERMENÊUTICA JUDICIAL NO CONTROLE POR VIA DE EXCEÇÃO*

Carmen Nasaré Lopes Neves

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo surgiu da necessidade de um maior aprofundamento acerca do poder constituinte. Muito jovem ainda, ao vivenciar a Assembléia Constituinte de 1988, toda aquela movimentação possibilitou inúmeros questionamentos acerca da importância, do modo de realização, da ruptura de uma estrutura preestabelecida e de um anseio popular de mudança.

A Constituição é a norma suprema sobre a qual nenhuma outra norma poderá estar, sendo originada de um poder constituinte de 1º grau. Ora, a Constituição apresenta-se como um conjunto de regras relativas à vida da sociedade e do Governo, sendo fundamento para uma organização sociopolítica. Ressalte-se que pelo fato de ser a Carta Magna de um Estado isto não a torna inalterável ou intangível. Pelo contrário, pode sofrer mudança ao longo dos anos no intuito de adaptação às transformações da sociedade que a rege.

Existem dois tipos de mudanças constitucionais: uma que está prevista na própria constituição, que é a reforma constitucional, e outra que é a mutação constitucional, caracterizada por ser um processo informal e modificações não-estipuladas pelo ordenamento jurídico. É exatamente neste tema – mutação constitucional – que este trabalho buscará centrar sua análise, tentando mostrar que, ao contrário da reforma constitucional que prevê a mudança concreta da constituição, a mutação constitucional muda o sentido alcance ou limite sem alterar o texto constitucional.

A importância de se debater o tema mutação constitucional reside no fato de este não ter sido ainda exaustivamente discutido ao longo das obras publicadas até hoje a respeito deste assunto no Brasil. O real escopo não é exaurir o tema, mas esclarecer, por intermédio de uma ampla pesquisa bibliográfica, realmente, o que vem a ser a mutação constitucional e tentar explicar suas características

* Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco

peculiares e uma de suas modalidades – a hermenêutica constitucional judicial – que, por ser muito ampla, se objetivou delimitá-la na incidência do controle de constitucionalidade difuso.

Nesse sentido, o presente trabalho está dividido em quatro capítulos. O primeiro trata de noções fundamentais para a compreensão do tema. Assim, busca-se trazer a noção de Constituição como norma organizadora da sociedade e do Estado. Evidencia-se a rigidez constitucional, pois, para alteração do texto constitucional será necessário um processo mais solene e dificultoso do que o previsto para o processo legislativo ordinário. Também foi necessário distinguir a mutação constitucional da reforma constitucional e o poder constituinte originário do poder constituinte derivado.

No segundo capítulo do trabalho tem-se, por objeto, explanar a respeito do fenômeno da mutação constitucional como um processo informal de mudança da Constituição, analisando suas características, limites, modalidades e com breve histórico do tema.

A hermenêutica constitucional enquadra-se como uma das modalidades da mutação constitucional. Desta forma, fez-se necessário que no terceiro capítulo se tivessem considerações gerais da hermenêutica e da mutação. Ademais, a exegese possui inúmeros métodos que foram citados resumidamente, pois seria inviável uma análise mais aprofundada de todos neste estudo acadêmico.

O quarto capítulo cuidou de uma das modalidades da hermenêutica constitucional judicial no caso concreto. O juiz pode exercer o controle de constitucionalidade por via de exceção na existência de lide em que a norma infraconstitucional discutida for alegada inconstitucional ou de ofício quando verificar o vilipêndio à norma constitucional.

2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS

2.1 NOÇÃO DE CONSTITUIÇÃO

José Joaquim Gomes Canotilho preconiza que a Constituição é “uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”.¹

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.12.

José Afonso da Silva traz um conceito de Constituição do Estado com o escopo de ser a Lei Fundamental e organizar todos os elementos enumerados como essenciais, *in verbis*:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.²

Deve-se ressaltar que o vocábulo “constituição” deriva do prefixo *cum* e do verbo *stitui, stitutum (constituo)*³ – compor, organizar, constituir significando morfológicamente o conjunto de elementos essenciais de alguma coisa. Assim, ao complexo de regras que dispõem sobre a organização do Estado, a origem e o exercício do Poder, a discriminação das competências estatais e a proclamação das liberdades públicas denomina-se Constituição.

Como afirma Konrad Hesse:

(...) a Constituição é ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal.⁴

O ilustre doutrinador Pinto Ferreira apresenta várias conceituações de Constituição que, pela sua relevância, cabem ser transcritas a seguir:

Segundo Orban uma Constituição “é a lei fundamental do Estado anterior e superior a todas as outras”. Para Lestrade ela “fixa as relações recíprocas entre governantes e governados”. De conformidade com Cooley, “é o corpo de regras e máximas segundo as quais os poderes da soberania são habitualmente exercidos”. Outro jurista americano, Watson declara: “é um instrumento escrito que discrimina os poderes e suas limitações, separa as funções e define a autoridade de cada ramo de governo”.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.39-40.

³ FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. 6.ed. Rio de Janeiro: FAE, 1994. p.136.

⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.37.

Black em sua obra *Direito constitucional americano* mostra o caráter de lei fundamental ao afirmar: “A Constituição de um Estado é a lei fundamental do Estado, contendo os princípios sobre os quais se fundamenta o governo, regulando as divisões dos poderes soberanos, ordenando as pessoas às quais cada um deles deve ser confiado e a maneira pela qual deve ser exercido”.

O jurista francês Maurice Hauriou se expressa da seguinte maneira: “Constituição de um Estado é o conjunto de regras relativas ao governo e à vista da comunidade estatal, considerada desde o ponto de vista da existência fundamental desta”.⁵

Depreende-se dos vários conceitos supracitados que a Carta Magna apresenta-se como Lei Fundamental do Estado e estrutura jurídico-política basilar. Todavia, não se pode esquecer que esta Constituição insere-se em uma realidade social. Como já apregoava Durkheim⁶ com sua teoria do fato social, não se pode desprezar o meio social e histórico em que a *Lex Magna* Fundamental foi criada e precisa conviver harmonicamente com a realidade econômica, os usos e os costumes dominantes, as experiências culturais e religiosas daquele determinado Estado. Destarte, as “Constituições são, assim, documentos que retratam a vida orgânica da sociedade, e nenhuma delas foge ao impacto das forças sociais e históricas agindo sobre a organização dos Estados”.⁷

Consoante com este entendimento, Loewenstein caracteriza a Constituição como um “organismo vivo” que possui sua própria dinâmica, como transcrito a seguir:

De um ponto de vista puramente teórico – e com isso entramos no tema propriamente dito – uma Constituição seria aquela ordem normativa conformadora do processo político segundo o qual todos os desenvolvimentos futuros da comunidade, tanto da ordem política como social, econômica e cultural, pudessem ser previstos de tal maneira que fosse necessário mudar as normas reguladoras. Cada Constituição integra, por assim dizer, tão-só o *statu quo* existente no momento de seu nascimento, e não pode prever o futuro; no melhor dos casos, quando esteja inteligentemente redigida, pode tentar levar em conta, desde o princípio, necessidades futuras por meio de destaques e válvulas cuidadosamente colocados, ainda que uma

⁵ FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva: 1993. p.10.

⁶ DURKHEIM, E. O que é o fato social? *In: As regras do método sociológico*. trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. 6.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972. p.1-4.

⁷ FERREIRA, Pinto. *op.cit.*, p.10.

formulação demasiado elástica possa prejudicar a segurança jurídica. Assim, pois, é preciso resignar-se com o caráter de compromisso inerente a qualquer constituição. Cada constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a vida mesma e está submetida à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Uma Constituição não é jamais idêntica a si mesma e está submetida constantemente ao *panta rhei* heraclítico de tudo que vive.⁸

A doutrina traz uma célebre classificação das Constituições que merece ser citada. As Constituições podem ser divididas quanto à estabilidade em imutáveis, rígidas, flexíveis ou semi-flexíveis; quanto ao conteúdo em material ou formal; quanto à forma em escritas ou não-escritas; quanto ao modo de elaboração em dogmática e histórica; quanto à origem em promulgada e outorgada; quanto à extensão em analítica e sintética. A Constituição Federal de 1988 caracteriza-se por ser escrita, dogmática, analítica, rígida e formal, tendo sido promulgada em 5 de outubro de 2001 e codificada em 250 artigos.

2.2 RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Ao se caracterizar uma Constituição como rígida, logo depreende-se uma busca por maior estabilidade e solidez, pois haverá “maior dificuldade para sua modificação do que para alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal”.⁹ É oportuno ressaltar o objetivo de preservar a estabilidade jurídica, os direitos e as garantias fundamentais ao se dificultar o processo reformador, entretanto, não se impede que ocorram alterações previstas formalmente (as Emendas à Constituição e/ou as revisões) para que possam permitir uma adequação às modificações da sociedade. O Texto Magno precisa consignar as transformações ocorridas no grupo social e na própria estrutura do Estado, pois a realidade social é cambiante.

A rigidez constitucional implica alteração da Constituição mediante processos, solenidades e exigências formais, diferentes e mais complexas do que as exigidas para formação, modificação e derrogação de leis ordinárias ou complementares.

⁸ LOEWESNSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 4.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. p.164.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.47.

O caráter rígido da Constituição não pode implicar sua imutabilidade; o escopo da rigidez é a segurança jurídica. Objetiva-se preservar a estabilidade, a solidez e a supremacia da lei constitucional perante a legislação ordinária. Cabe ressaltar que, apesar do caráter estático intrínseco à rigidez que permite o equilíbrio do Texto Maior, não se excluiu o caráter dinâmico da sociedade que se encontra em permanente evolução em busca do progresso e bem-estar social.

García-Pelayo traz com propriedade o conflito existente entre a estabilidade e o dinamismo em face da rigidez constitucional. Segundo o autor:

La idea de la permanencia ha estado estrechamente vinculada con la constitución, hasta el punto de que la estabilidad se ha considerado como atributo necesario de ésta. Se arguye, en efecto, que si la constitución es el fundamento de la organización estatal y del orden jurídico, es claro que ha de tener permanencia, firmeza pues de otro modo sería incapaz de cumplir su misión fundadora. Ya vimos el arranque de la constitución de la doctrina de las leyes fundamentales, y cómo la singular situación de estas leyes, con referencia al restante orden jurídico, no deriva solamente de la importancia de su contenido, sino de su carácter de inmutabilidad. La constitución, se concibe así como un complejo normativo o una forma firme, a través de la cual pasa el movimiento de la vida: “la sustancia de la constitución es la intención de crear un orden jurídico fundamentalmente duradero” (Stier-Somló); debe ser “el polvo firme en el fluir de los fenómenos” (Mangoldt); su contenido es “abarcar la movilidad de los acontecimientos políticos en una forma firme” (Hurber), ect. Hasta tal punto la estabilidad se consideraba como nota esencial de la constitución, que servía para diferenciarla de la Administración; mientras que la primera significa el momento estático en la vida del Estado, la segunda representa el momento dinámico.¹⁰

A Associação de Juízes para a Democracia, na introdução de seu texto “Juízes para a democracia e revisão constitucional”, demonstrou claramente o objetivo da estabilidade no princípio da rigidez constitucional:

A desejável estabilidade da Constituição não pode confundir-se com imutabilidade, posto que a realidade político-social está em constante evolução e a pressão das forças sociais deve determinar as bases da ordem estatal. Se a fundação constitucional se realiza por poderes

¹⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 6.ed. Madrid: Revista de Occidente, 1961. p.128-129.

fictícios e acidentais, sem raiz histórica, procurando impor idéias incapazes de realizar a integração do meio social, a Constituição falseia-se, tornando-se mera ordem formal, cujos princípios serão incapazes de estruturar uma sociedade, como sucede especialmente em muitas revoluções. Por isto a estabilidade ou rigidez não deve impedir a adaptação às novas situações, observadas as regras na própria Constituição para as alterações necessárias por meio de emendas.¹¹

Para Uadi Lammêgo as constituições do tipo rígido possuem um fundamento lógico de existência, não permitem mudanças no texto maior em virtude de problemas inusitados que porventura possam comprometer a estabilidade jurídica, *verbis*:

Rigidez e flexibilidade, portanto, constituem uma base perfeitamente útil de classificação, principalmente nos países como o Brasil de escassa educação política e tradição constitucional, com acentuada instabilidade política.

Nesses países as cartas rígidas desempenham importante papel. Servem para demarcar o âmbito de exercício do Poder Legislativo, evitam mudanças desnecessárias, previnem alterações facilitadas e reviravoltas inusitadas, colocando em destaque matérias primordiais para o imperioso equilíbrio da sociedade.

As constituições do tipo rígido possuem um fundamento lógico de existência, pois servem de freio para a deflagração de mudanças bruscas, que porventura tentem comprometer a pacificidade da vida constitucional dos Estados.

Com isso, não se quer dizer que corolário da rigidez deva funcionar como óbice às transformações do progresso e da evolução social. A *ratio essendi* do princípio não consigna uma barreira para impedir modificações indispensáveis, oportunas e benéficas para o crescimento material e espiritual da sociedade.¹²

José Horácio Meirelles Teixeira,¹³ ao tratar do assunto, destaca três características inerentes às constituições rígidas: 1) a distinção entre Poder Constituinte e poderes constituídos; 2) supremacia da Constituição e hierarquia das normas; e 3) a noção de inconstitucionalidade de leis e atos públicos. Assim,

¹¹ *Apud* DAYARA, Flávia Rodrigues. Mutação constitucional: revisão e emenda na constitui o federal de 1988: aspectos jurídicos. *Revistas dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 06, n. 22, jan./mar., 1998. p.219.

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. *Muta o constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.82.

¹³ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p.75.

Emenda à Constituição distingue-se claramente da Lei Ordinária acentuando a supremacia constitucional. Como ensina Raul Machado Horta,

(...) não basta o simples reconhecimento teórico da supremacia constitucional. É preciso reconhecer, como ensinam Barthélemy, Duez e Laferrière, as conseqüências que defluem da rigidez constitucional: permanência jurídica da Constituição e superioridade jurídica das leis constitucionais sobre as ordinárias, acarretando repulsa a toda lei contrária à Constituição.¹⁴

In casu, a Carta Magna de 1988 estipula no seu Título IV – Da Organização dos Poderes, Seção VIII – Do Processo Legislativo, Subseção II, artigo 60,¹⁵ como ocorrerá o processo de Emenda à Constituição ressaltando o processo legislativo mais lento e preocupado com as possíveis modificações, pois se exige a votação em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos parlamentares.

2.3 ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS

As mudanças constitucionais, como afirma Raul Machado Horta, objetivam “introduzir aperfeiçoamentos e correções no texto constitucional. Opera no rumo da evolução. Não obstante tais inspirações, a mudança na Constituição reflete, com maior ou menor profundidade, uma insatisfação com o texto constitucional, cuja matéria se propõe alterar ou substituir”.¹⁶ Pois, seria improvável a possibilidade de uma Constituição ser inalterável em face de uma realidade mutável. As necessidades, as expectativas e as situações fáticas perduram em razão do espaço-tempo, em virtude de algum fato novo, momento histórico ou pela própria realidade social se diferenciam. Como muito bem afirma Uadi Lammêgo Bulos, “seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, em constante evolução, com exigências, necessidades e situações sempre novas”.¹⁷ Como bem observa José Afonso da Silva, *verbis*:

(...) as Constituições são mutáveis por natureza, pois já está banida da doutrina constitucional a tese de imutabilidade absoluta das Constituições, sobretudo porque – consoante Pinto Ferreira – são,

¹⁴ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.124.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição 1988: Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas constitucionais até n. 40*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

¹⁶ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.115.

¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.2.

em grande parte, um decalque e um traslado de condições socioculturais em permanente modificação dialética. O próprio caráter movediço e cambiante das forças sociais constataria com a imobilidade da obra-prima jurídica e constitucional, por mais apurada e perfeita que fosse: o estado político e social não pode cristalizar-se indefinidamente em um texto legislativo. A modificabilidade da Constituição constitui mesmo uma garantia de sua permanência e durabilidade, na medida mesma em que é um mecanismo de articulação da continuidade jurídica do Estado e um instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política, realizando, assim, a síntese dialética entre tensão contraditória dessas realidades.¹⁸

Como se pode pretender uma imutabilidade, diante do caráter dinâmico da vida em uma sociedade repleta de mudanças contínuas? É mister atender às necessidades destas novas exigências causadas pelo confronto do ordenamento jurídico *versus* organização social. Pedro Augusto Sabino¹⁹ bem discorreu sobre o assunto, afirmando que, ao mesmo tempo que se deve atender aos reclamos da sociedade, as decisões legislativas não se podem olvidar as expectativas sociais-históricas.

Desta forma, as leis, precipuamente, a Constituição, como peça fundamental da hierarquia das leis, também não poderia ser diferente. O ser humano possui, como característica essencial, o seu dinamismo, a sua busca, o seu anseio pela mudança, pelo novo, pelo progresso, por uma vida melhor; assim, a evolução é o objetivo de vida de grande parte da população.

Com propriedade, afirma Jorge Miranda que “a modificação das constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica”.²⁰ Pois, “nenhuma constituição se esgota num momento único – o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo – o da sua aplicação – no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional”.²¹

¹⁸ SILVA, José Afonso da Silva. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.280.

¹⁹ SABINO, Pedro Augusto Lopes. *Os limites ao reformador da Constituição*: legitimidade e Estado de Direito. Disponível em <http://www.bureaujuridico.com.br/artigos/const/artigo-5.htm>.

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p.129. tomo II.

²¹ MIRANDA, Jorge. *op.cit.*, p.130.

Cabe transcrever as palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz a respeito de alterações constitucionais, *in verbis*:

Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre reforma constitucional e mutação constitucional, a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis (...). [sem sublinha no original]²²

Uadi Lammêgo diz que as mudanças constitucionais existem mesmo sem previsão formal. Lembra que estas modificações ocorrem para uma aderência às exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade trazendo um caráter dinâmico ao afirmar:

O caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, onde as Constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se e soluções, que, muitas vezes, não promanam de reformas constitucionais.²³

Como supracitado, a Carta Magna brasileira caracteriza-se por ser rígida e mutável em razão de um processo próprio – a chamada reforma constitucional – que busca introduzir aperfeiçoamentos e correções ao texto constitucional. Todavia, esta não é a única forma de mudança conhecida atualmente, pois existe a chamada mutação constitucional. Conforme os ensinamentos de Manuel García-Pelayo, percebe-se que desde o final do século XIX já existia interesse por esta distinção, pois Laband escreveu *Wandlungender deuschen Reicherfassung* (Mutações da Constituição Alemã) em 1895 e Georg Jellinek redigiu seu *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Reforma constitucional e mutação constitucional) em 1906, demonstrando que existem duas formas de modificação do texto constitucional, a formal que seria a reforma e a mutação em um processo informal através da própria realidade social:

²² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p.9.

²³ BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 129, jan./mar., 1996, p.25-43.

*Hemos visto las razones y las vías de las transformaciones constitucionales incluso en aquellos casos en que se trata de constituciones rígidas. Es, pues, claro que la constitución sufre cambios aunque permanezca inalterable su texto, y que, por consiguiente, no es el método de reforma previsto por la constitución el único camino para la transformación está estrechamente vinculada a la esencia de la constitución. Desde tiempos de Laband, la ciencia jurídica alemana se hizo problema de estas modificaciones constitucionales, que transcurrían al margen del método de reforma y distinguió al efecto entre *Verfassungänderung* y *Verfassungswandlung*. Traduciremos la primera por reforma constitucional y la segunda por mutación constitucional, entendiéndolo por tal aquella transformación constitucional en la que permanece invariable su texto, o dicho de otro modo, una incongruencia entre las normas escritas y la realidad jurídico-constitucional.*²⁴

Convém distinguir um procedimento estabelecido pela própria Constituição, *in casu*, pelo art. 60 do Estatuto Supremo, que resultará na ocorrência da mudança constitucional por um processo legislativo mais dificultoso de um processo informal de mudança do texto constitucional, pois não ocorrerá uma modificação nos aspectos gramaticais *stricto sensu* e sim haverá alterações que modificarão o sentido, o significado e até mesmo o alcance estipulado pela Carta Magna.

2.3.1 PODER CONSTITUINTE

Para melhor compreensão do assunto, torna-se indispensável recorrermos ao entendimento expresso no panfleto “Que é terceiro Estado?”, do abade francês Emmanuel Sieyès.²⁵ A obra expõe a situação do Terceiro Estado, às vésperas da Revolução Francesa, expõe todas as reivindicações deste estamento excluído. Esclarece que o verdadeiro possuidor do poder de movimentar a sociedade é o estamento em maior número, o Terceiro Estado. Entretanto, no Estado absolutista francês só o Primeiro e o Segundo Estados, monarquia e clero respectivamente, detinham os cargos lucrativos e dois terços do parlamento. Neste contexto, Sieyès busca uma representação condigna para o Terceiro Estado, isto é, que os Estados

²⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 6.ed. Madrid: Revista de Occidente, 1961. p.137-139.

²⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

votassem por cabeça e não por ordem. Assim, o poder deixaria de estar concentrado nas mãos do monarca e do clero para encontrar sua soberania com o povo, o legítimo detentor do poder, pois será por intermédio de sua vontade política que se possibilitará a formação de um Estado por meio de uma Constituição. Pois, “em toda nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é a própria Nação. Se precisamos de Constituição devemos fazê-la”.²⁶ Assim, Sieyès divide formalmente o poder constituinte em dois: poder constituinte e poder constituído, sendo que “Uma Constituição é obra do poder constituinte, não do poder constituído”.²⁷

O poder constituinte cria as principais regras jurídicas de Constituição de um Estado e de revisar o ordenamento constitucional. Toda atividade normativa, que o titular do poder constituinte põe em prática, só adquire legitimidade se a mesma responder perfeitamente aos anseios do próprio povo que fez depositário da soberania de sua vontade aquele poder. É importante considerar que qualquer produção normativa ou mudança da ordem jurídica fundamental consiste em uma atividade que sempre deve estar submetida e subordinada às exigências do bem comum, à vontade da sociedade que o poder constituinte representa e aos valores morais, éticos e culturais desta sociedade. Desta forma consiste a manifestação originária da soberania de todo um povo, expressão da vontade geral.

Conforme Alexandre de Moraes,²⁸ o poder constituinte classifica-se em originário ou de 1º grau e o derivado, constituído ou de 2º grau. O poder constituinte originário estabelece a organização e a criação de poderes de interesse da sociedade. Caracteriza-se por ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado. Ora, o poder constituinte originário é “a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado”.²⁹

Já o poder constituinte derivado divide-se em reformador e decorrente. Este se baseia na autonomia político-administrativa dos Estados-Membros, pois assim poderão organizar as próprias constituições estaduais observando sempre a Constituição Federal. Aquele é a possibilidade prevista na própria Constituição de alteração de seu texto, sendo esta característica inerente de uma Constituição rígida. Cabe transcrever os ensinamentos de Pinto Ferreira a este respeito:

²⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *op.cit.*, p.113.

²⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *idem*, p.68

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.53-55.

²⁹ MORAES, Alexandre de. *op cit.*, p.52.

O poder constituinte é um poder direito, que não tem limites no direito positivo anterior, porém apenas no direito natural, existente antes da nação e acima dela. O poder constituinte é inalienável, permanente, incondicionado e ilimitado, pois a nação não pode perder o seu poder de querer e de mudar o seu querer ou a sua vontade. Em contrapartida, os poderes constituídos são limitados e condicionados. (...) O poder constituinte é o poder de elaborar uma Constituição. É a expressão da vontade suprema do povo social e juridicamente organizado. É o "poder de construir e reconstruir o Estado", define Pontes de Miranda.

É um poder que cria inicialmente a ordem jurídica. É ilimitado, soberano e incondicionado. Pode ir de encontro ao direito adquirido, pois não há direito adquirido contra a Constituição nem contra as suas emendas.³⁰

2.3.2 REFORMA CONSTITUCIONAL

O poder de reforma constitucional, “por ser uma forma de poder constituído ou instituído, é poder regrado, condicionado e limitado”.³¹ O poder constituinte originário é ilimitado, incondicionado, sem regras ou pré-compreensões, pois decorre da vontade do povo que criará regras de acordo com a sua realidade.

O legislador constituinte de 1988 previu a possibilidade de alteração de normas constitucionais por intermédio de um processo legislativo diferente do ordinário por meio da revisão e de emendas.

A revisão foi prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT que estipulou um lapso temporal de 5 anos contados da promulgação da Constituição. A aprovação ocorreria perante maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em sessão unicameral. A revisão em 1993 teve seis Emendas Constitucionais e não poderá ser novamente utilizada em virtude da norma transitória já ter sido aplicada.

O poder constituinte derivado reformador recebeu a incumbência do poder constituinte originário de modificar a Carta Magna, em razão da constante evolução da sociedade. Todavia, deve-se ressaltar que este processo de mudança, em razão da rigidez constitucional, será mais solene que o processo legislativo ordinário.

³⁰ FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva: 1993. p.19.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.231.

Assim, o poder constituinte de 1º grau dispôs no seu artigo 60 a possibilidade de alteração do texto constitucional mediante a votação em dois turnos em cada do Congresso Nacional e a aprovação por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Destarte, nossa única maneira de reformar formalmente a Constituição é a Emenda Constitucional. Cabe ressaltar que se deve respeitar o disposto no artigo 60 e seus incisos, como as limitações expressas e implícitas ao poder reformador. Assim, a proposta de emenda não deve ferir cláusula pétrea alguma (limitação material), seguir rigorosamente o procedimento legislativo (limitação formal), não ocorrer na vigência de intervenção federal, estado de sítio ou de defesa (limitação circunstancial), nem suprimir os limites tácitos e não deve alterar o titular do poder constituinte (limitações implícitas).

O Brasil se deparou, nestes últimos anos, com uma necessidade intensa de reformar sua Constituição, como forma de modernizar a estrutura burocrática do País. Tal tendência reformadora se deixa perceber pelo número de Emendas aprovadas, bem como pelos Projetos de Emendas em trâmite no Congresso Nacional e em fase de elaboração. Nossa Constituição já foi emendada quarenta vezes, no total, sendo que apenas seis dessas emendas são do período revisional.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 DELIMITAÇÃO DO FENÔMENO

O poder constituinte originário estabeleceu um poder de reforma. Assim, para ocorrer uma mudança formal, atualmente, deve-se obedecer ao disposto no artigo 60 da nossa Carta Magna. Neste aspecto, diferencia-se da mutação constitucional em razão de esta ser uma modificação informal do Texto Maior.

A modificação é dita informal, em virtude de que em nenhum momento haverá alteração da letra e do espírito consagrados pelo poder constituinte originário, e sim haverá uma modificação em razão de mudanças históricas, políticas e sociais inerentes à sociedade. Desta forma, o texto constitucional mudará, pois terá novo sentido, significado e alcance. Como afirma Loewenstein, “as constituições não mudam somente mediante emendas, mas em maior volume, há mudanças imperceptíveis que a norma estabelecida sofre ou por efeito do ambiente político ou pelos costumes”.³² No entendimento de Uadi Lammêgo, “o caráter dinâmico e

³² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 4.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. p.165.

prospectivo da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, onde as constituições, sem revisão ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se”.³³

O fenômeno da mutação constitucional alia-se a uma necessidade de constante evolução social, pois, como afirma Uadi Lammêgo, a Constituição é um “organismo vivo, em íntimo vínculo dialético com o meio circundante, com as forças presentes da sociedade, como, entre outros, as crenças, as convicções, as aspirações e anseios populares, a economia, a burocracia”.³⁴

Optou-se no Brasil por termos uma Constituição rígida em que o processo de reforma, *in casu*, Emenda à Constituição terá um processo mais dificultoso em face do processo legislativo ordinário. Depreende-se que o real escopo de um processo legislativo mais solene é priorizar a hierarquia das leis e a supremacia constitucional. Assim, as reformas só poderão ocorrer conforme a previsão da própria *Lex Magna*. Saliente-se que a reforma constitucional é um processo formal, enquanto a mutação constitucional é um processo informal, que ocorre nos bancos acadêmicos, pelos usos e costumes, pela interpretação e pelas jurisprudências a respeito de um artigo constitucional que permanece intacto na sua redação. É mister ressaltar que este processo informal de alteração constitucional não modifica vocábulo algum contido no Estatuto Supremo, em virtude de as mudanças ocorrerem por meio difuso e sem gerar traumas inerentes a processos que possuem natureza fática.

Não se pode olvidar que as alterações diariamente sofridas nas relações políticas, econômicas, tecnológicas e sociais pelo Estado brasileiro irão influir na exegese da Lei Fundamental do País. Ademais, as Constituições deixam largo campo em aberto, para que possa atuar a interpretação constitucional, operando o que se denomina de mutação informal da Constituição conforme o entendimento de Celso Ribeiro de Bastos.³⁵

Percebe-se a necessidade de citar a ilustre doutrinadora Anna Cândida da Cunha Ferraz que busca uma conceituação para o tema em questão:

A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique a Constituição sem contrariá-la: as modalidades de processos que introduzem alteração

³³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.53.

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *op.cit.*, p.3.

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Modernas tendências para alteração constitucional*. Disponível em <http://www.ibdc.com.br>.

constitucional (...). Assim, em síntese, a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Essa a característica fundamental da noção mutação constitucional que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior.³⁶

Dissertando a respeito, Júlio Aurélio Vianna Lopes, com precisão, demonstra os fundamentos da mutação constitucional:

A Constituição-projeto é uma concepção dinâmica (ao contrário da estática concepção de Constituição-garantia) do fenômeno constitucional. Afinal, se a Constituição é um projeto histórico, sua interpretação não seria importante apenas para defendê-la de outras normas jurídicas que não observassem os parâmetros nela contidos, mas também afetasse o próprio texto constitucional, para que o mesmo se adequasse, sempre que necessário, às circunstâncias históricas. É por isso que os constitucionalistas admitem, facilmente, o fenômeno da ‘mutação constitucional’ – entendida como atribuição de novos significados aos conceitos presentes na Constituição, em virtude de mudanças na própria sociedade.³⁷

Em suma, percebe-se, a partir do que foi dito, a existência de uma alteração do sentido, do significado, do alcance exordial da letra constitucional. Depreende-se uma modificação, todavia não-organizada ou prevista. Inexiste uma expressão uniforme na doutrina para designar o fenômeno; também não existe um consenso no tocante ao conteúdo, às espécies, às modalidades e aos tipos de modificações. A expressão mais utilizada é mutação constitucional. Todavia, existem inúmeras outras, como processo informal de mudança,³⁸ processos de fato,³⁹ processos oblíquos,⁴⁰ vicissitude constitucional tácita,⁴¹ e transição constitucional.⁴²

³⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p.10.

³⁷ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.18-19.

³⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p.12.

³⁹ CHIERCHIA, Pietro Merola. *L'interpretazione sistematica della costituzione*. Padova: CEDAM, 1978. p.128.

⁴⁰ CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960. p.19.

⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.133.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1996. p.231.

3.2 NOÇÕES HISTÓRICAS

Oportuno ressaltar que a discussão a respeito deste assunto não teve seu início na atualidade. Conforme pesquisa bibliográfica, verificou-se que, desde o final do século XIX, como ensina García-Pelayo,⁴³ já existia interesse pela distinção entre reforma constitucional e mutação constitucional. A doutrina alemã percebeu a problemática das mudanças silenciosas na Constituição de 1871 que se alterava constantemente em relação ao funcionamento das instituições do *Reich*. Laband, ao examinar o Texto Magno, identificou a *Verfassungsänderung*, isto é, a reforma constitucional, e a *Verfassungswandlung*, a chamada mutação constitucional. Posteriormente, em 1895, escreveria o livro intitulado *Wandlungender deutschen Reichverfassung (Mutaçao da constituição alemã)* no qual demonstra a distinção dos dois institutos supracitados.

Em 1906, Georg Jellinek redigiu seu o livro – *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung – (Reforma constitucional e mutação constitucional)*, demonstrando que existem duas formas de modificação do texto constitucional: a formal, que seria a reforma, e a mutação em um processo informal por meio da própria realidade social, *verbis*:

*Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.*⁴⁴

Hsü Dau-Lin,⁴⁵ em 1932, compreende que a mutação constitucional é a separação entre o preceito da Lei Suprema e a realidade e constatou que as normas constitucionais são modificadas lentamente, sem interferência do poder de reforma.

Muitos outros autores interessaram-se pela questão, como Haug, Hesse, Franz Klein, Peter Härbele, Fiedler, Maunz-Dürig-Herzog, H. Krüger, Heydte, Peter Lerche, Tomuschat, Scheuner, Rudolf Smend, Bilfinger, Hennis, Friderich Müller, que compreendem a mutação como modificação lenta e gradual que traz novo significado para um texto constitucional que não se alterou.⁴⁶

⁴³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 6.ed. Madrid: Revista de Occidente, 1961.

⁴⁴ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. trad. Christian Förster, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p.7.

⁴⁵ Apud HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.124.

⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutaçao constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.55.

No Brasil, muitos manuais de Direito Constitucional citam o fenômeno, outros destacam a importância da questão, como o doutrinador José Horácio Meirelles Teixeira⁴⁷ e Milton Campos.⁴⁸ Somente em 1986, realizou-se um trabalho mais aprofundado sobre as mudanças informais da Constituição, por Anna Cândida da Cunha Ferraz⁴⁹ em seu livro *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*, que despertou o interesse da comunidade jurídica brasileira, proporcionando o surgimento de outros livros como *Mutação constitucional*, de Uadi Lammêgo Bulos,⁵⁰ e *Alterações constitucionais e limites do poder de reforma*, de Guilherme Calmon Nogueira da Gama,⁵¹ e outros estudos que tratam do assunto.

3.3 CARACTERÍSTICAS E MODALIDADES

De tudo que foi apresentado até o momento, fica evidente que a mutação constitucional apresenta-se como um processo informal, diferenciado da reforma constitucional. Inexiste um conceito único, mas peculiaridades destas modificações silenciosas. Oportuno esclarecer que a letra e o espírito da norma constitucional não sofrem mudança ou vilipêndio, como esclarece Canotilho: “muda-se o sentido sem mudar o texto constitucional”.⁵² A alteração consiste em novo significado, novo sentido e novo alcance das disposições constitucionais. As modificações ocorrem de forma natural, espontânea e sem previsão.

Segundo Biscaretti Di Ruffia,⁵³ as modificações podem ser agrupadas em dois segmentos: 1) as que decorrem de atos elaborados pelos órgãos estatais, como as derivadas de leis e regulamentos e as de natureza jurisdicional; e 2) as decorrentes de fatos revestidos de caráter jurídico, como os costumes, as de natureza político-social (normas convencionais ou regras de conduta) ou as práticas constitucionais.

⁴⁷ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. atual. org. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

⁴⁸ CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960.

⁴⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

⁵⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁵¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Alterações constitucionais e limites do poder de reforma*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

⁵² CANOTILHO. *op cit.*, p.112.

⁵³ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. trad. Hector Fix Zamudio. México: Fondo de Cultural Económica, 1975. p.347.

Manuel García-Pelayo e Pablo Lucas Verdú seguiram os ensinamentos de Hsü-Dau-Lin, que esquematizou quatro modalidades de mutação, concebendo que a mutação é a separação entre a norma constitucional e a realidade, pois a realidade é muito mais ampla.

A) *Mutación debida a una práctica política que no se opone formalmente a la constitución escrita y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional. Aunque no se oponga formalmente a ningún precepto concreto de lo derecho vigente surgido de la práctica puede, sin embargo, estar en oposición con los principios fundamentales o la intención general de la constitución; así, por ejemplo, la constitución norteamericana parte del principio de la división de poderes, de manera el Gobierno carecía de relación con el legislativo; sin embargo, la práctica dio nacimiento a comisiones parlamentarias correspondientes a los departamentos del Gobierno, y a través de las cuales se establece la relación entre el Congreso y los titulares de los departamentos. En éste, como en otros muchos aspectos de la misma constitución y del mismo principio, no se ha violado ningún precepto concreto, pero sí se ha modificado un principio sobre el que se asentaba la constitución.*

B) *Mutación por imposibilidad de ejercicio o por desuso de las competencias y atribuciones establecidas en la constitución, de tal manera, que los preceptos que las establecen dejan de ser derecho vigente. Ejemplo de ello son la pérdida del derecho de veto por los Jefes de Estado y, en general, la responsabilidad de los ministros ante el Parlamento; La pérdida del derecho de disolución y de reelección por parte del Presidente francés de la constitución de 1875; etc.*

C) *Mutación por una práctica en oposición a los preceptos de la constitución. Tal sucede, por ejemplo, con las leyes ordinarias a que ya hemos hecho mención.*

D) *Mutación a través de la interpretación de los términos de la constitución de tal modo que los preceptos obtienen un contenido distinto de aquel para el que fueron pensados. (Véase con respecto a Suiza y a los Estados Unidos, infra, cap.IX, P.S. II, 7 cap.XI, P.S. II, 4,A).⁵⁴*

⁵⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 6.ed. Madrid: Revista de Occidente, 1961. p.137-139.

Para Milton Campos,⁵⁵ as modalidades seriam a complementação legislativa, a construção judiciária e o consenso costumeiro. Meirelles Teixeira,⁵⁶ por sua vez, defende que, além da interpretação e dos costumes, torna-se necessário incluir a complementação legislativa, pois, por intermédio da norma infraconstitucional que irá complementar norma não auto-executável, modifica-se o sentido original do Texto Maior.

Outras modalidades de mutação constitucional são as que ocorrem por intermédio da interpretação dos tribunais, dos usos e dos costumes, da construção judicial ou em razão dos chamados grupos de pressão que contribuem para que haja modificação da *Lex Mater* de forma lenta gradual e sem alteração do texto.

Uadi Lammêgo abrangeu as seguintes modalidades de mutação constitucional:

- a) as mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos;
- b) as mutações decorrentes das práticas constitucionais;
- c) as mutações por meio da construção constitucional; e
- d) as mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais.⁵⁷

Conforme José Afonso da Silva,⁵⁸ pode-se considerar como válidas as mutações constitucionais decorrentes de atos de complementação constitucional, da interpretação, construções jurisprudenciais e das práticas político-sociais. Convém tratar sobre quais seriam os limites da mutação em razão de ser lenta gradual, silenciosa, permanente, pois não se deve descaracterizar o objetivo do poder constituinte originário.

3.4 LIMITES DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

As mutações constitucionais são alterações não-formais que modificam a Constituição para uma adequação político-social, dos costumes, de alterações de origem empíricas e sociológicas, cabendo oportunamente reafirmar que a letra da Lei Maior não será modificada. Caso não se coadunem com a norma constitucional são consideradas mutações inconstitucionais que não serão objetos do presente estudo.

⁵⁵ CAMPOS, Milton. *op.cit.*, p.19.

⁵⁶ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. atual. org. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p.146.

⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.71.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da Silva. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.288.

Para Hesse o limite da mutação só poderá ser compreendido com a alteração no interior da norma constitucional:

A mutação constitucional e seus limites só se consegue entender com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como mudança no interior da norma constitucional mesma, não como conseqüência de desenvolvimento produzido fora da normatividade da Constituição, e cuja mutação em normatividade estatal tampouco se pode explicar satisfatoriamente quando se parte de uma relação de coordenação correlativa entre normalidade e normatividade (...)

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto forma parte do âmbito normativo, se o programa normativo resulta a esse respeito determinante e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá ser modificado no interior do marco traçado pelo texto.

Onde a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma termina ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma, terminam as possibilidades da interpretação da norma e, com isso, as possibilidades de uma mutação constitucional.⁵⁹

Frisem-se as palavras de Pedro Vega, ao tratar dos limites de mutação, pois esclarece a necessidade da mutação constitucional não vilipendiar a supremacia constitucional:

Enquanto a tensão sempre latente entre o fático e o normativo não se apresenta em termos de conflito e incompatibilidade manifesta, as mutações constitucionais podem coexistir com o princípio da supremacia constitucional, sem que este sofra deterioração importante. O problema dos limites da mutação começa quando a tensão entre fatos e normatividade se converte social, política e juridicamente em um conflito que põe em perigo a, mesma noção de supremacia. É então quando aparece como única alternativa possível a de, ou bem converter a prática convencional (a mutação) em norma através da reforma, ou bem negar o valor jurídico da mutação em nome da legalidade existente.⁶⁰

⁵⁹ HESSE, Konrad. *op cit.*, p.99-102.

⁶⁰ VEGA, Pedro. *Estudios políticos constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1980. p.208-209.

4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

4.1 A HERMENÊUTICA E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A atividade hermenêutica refere-se à análise de meios interpretativos para se conseguir a extração dos significados, do conteúdo da norma, *in casu*, constitucional. Como preconiza Carlos Maximiliano,⁶¹ “a hermenêutica é ancila do direito, servidora inteligente que o retoca, aformoseia, harmoniza, melhora, sem lhe alterar a essência”. Assim, a interpretação busca explicar, explanar, aclarar o sentido ou representar, reproduzir, exprimir o pensamento. Como expõe de forma brilhante Emilio Betti:

*L'interpretazione Che interessa al diritto è una attività volta a riconoscere e a ricostruire il significato da attribuire, nell'orbita di un ordine giuridico, a forme rappresentative, Che sono fonti di valutazione giuridiche, o Che sifatte valutazione costituiscono l'oggetto. Fonti ddi valutazioni giuridiche sono norme giuridiche o precetti ad esse subordinate, posti in vigore in virtù di un 'apposita competenza normativa. Oggetto di valutazioni giuridiche possono essere dichiarazioni o comportamenti, Che si svolgono nella carchia sociale disciplinata dal diritto, in quanto abbiano relevanza giuridica secondo le norme e precettivo, siccome destinati a determinare una linea di condotta.*⁶²

Neste mesmo sentido, apresenta-se Vicente Ráo ao analisar a hermenêutica:

(...) a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios e as leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos neles contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.⁶³

A hermenêutica é o ramo da ciência que trata do estudo e da determinação das regras que devem presidir o processo interpretativo de busca do significado da lei. Deve-se esclarecer, no entanto, que interpretar não é criar nova norma

⁶¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951. p.10.

⁶² BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1990. v. II. p.801-803.

⁶³ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2. p.542.

jurídica e sim buscar seu significado e alcance. Como disse Pablo Lucas Verdú, “a interpretação da Constituição é imprescindível, porquanto antecede a própria aplicação das normas fundamentais que organizam a convivência política de um povo”.⁶⁴

A interpretação de disposição constitucional proporciona a atualização constante de seu sentido. Assim, qualificar a tarefa hermenêutica constitucional como operativa significa vincular à jurisdição constitucional a qualidade de “válvula de adaptação do Direito ao seu tempo”. Para o escritor de *A constituição e a hermenêutica constitucional*, Márcio Augusto Diniz, a interpretação constitucional apresenta-se:

Como técnica jurídica voltada à elaboração e às regras para a compreensão do conteúdo e do significado das normas constitucionais, a hermenêutica constitucional assume o caráter de *interpretatio*, cuja etimologia, radicada na práxis romana, significa mediação entre duas partes por meio da linguagem, comunicação do homem com o homem. O intérprete (inter-partes) é um terceiro imparcial que decide uma questão na qual estão envolvidas duas partes antagônicas (Joaquim Carlos Salgado). Assim sendo, a sua atividade, porque hermenêutica, é um modo de pensar pragmaticamente a realidade, dirigida à formulação de regras com fundamento nas quais ele interpretará as normas jurídicas em que se baseará para fornecer a solução do problema concreto que ele se coloca.⁶⁵

Aduz-se da doutrina em geral que a interpretação constitucional costuma ser classificada no tocante às fontes em orgânica e não-orgânica. A exegese resultante de atos elaborados por órgãos estatais de natureza legislativa (autêntica), judicial (judiciária) ou administrativa é, assim, espécie da interpretação orgânica, pois sua finalidade é aplicação da Constituição. Já a interpretação não-orgânica resulta dos estudos pelos juristas (doutrinária) e por todos os que possam ser intérpretes conforme Peter Harbele,⁶⁶ pois não possuem o objetivo da imediata aplicação da norma constitucional.

⁶⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. La interpretación constitucional. *Boletín de el Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, p.143.

⁶⁵ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998. p.231.

⁶⁶ HABÈRLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. trad. de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

Frise-se as palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao tratar de interpretação constitucional:

A interpretação constitucional é vista, em regra, como exigência prática para a atuação do texto, isto é, para a sua aplicação ou para “permitir sua correta aplicação” conforme salienta Antonio Pensovecchio Li Bassi.

Em regra, atribui-se, pois, à interpretação constitucional, uma função, qual seja, “aplicação do texto constitucional”. Quem é chamado a aplicar a norma constitucional deve necessariamente interpretá-la, já que a aplicação da norma exige, antes, a interpretação, momento essencial e pressuposto indispensável para aplicação, se por interpretação se entende o processo lógico mediante o qual se assinala e se põe em evidência o conteúdo da disposição legal ou constitucional.

Assim, a interpretação é *conditio sine que non* para aplicação da norma constitucional; sem ela, a dinâmica constitucional seria impossível.⁶⁷

A “mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional”.⁶⁸ A necessidade da interpretação da norma constitucional pelos magistrados, pelos doutrinadores, pelos acadêmicos de direito e pelos demais interessados (partes em litígio, acadêmicos e populares) deixa evidente a importância do intérprete e sua contextualização, pois disto depende a operação interpretativa. A interpretação vincula-se à atividade volitiva, pois o objetivo é extrair um significado do direito positivado, por intermédio de um intérprete que nunca poderá ter neutralidade absoluta. Todavia, a construção interpretativa possui princípios, diretrizes e objetivo que não pode ser desprezado. Neste sentido, as palavras de Inocêncio Mártires:

Se não existe interpretação sem intérprete; se toda interpretação, embora seja um ato de conhecimento, traduz-se, afinal, em uma manifestação de vontade do aplicador do direito; se a distância entre a generalidade da norma e a particularidade do caso exige, necessariamente, o trabalho mediador do intérprete, como condição indispensável ao funcionamento do sistema jurídico; se no

⁶⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p.24.

⁶⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *op.cit.*, p.57.

desempenho dessa tarefa resta insuprimível margem de livre apreciação pelos operadores da interpretação; se ao fim e ao cabo, isso tudo é verdadeiro, então o ideal de racionalidade de objetividade e, mesmo de segurança jurídica, aponta para o imperativo de se fazer recuar o mais possível o momento subjetivo da interpretação e reduzir ao mínimo aquele resíduo incômodo de voluntarismo que se faz presente, inevitavelmente, em todo trabalho hermenêutico.⁶⁹

Cabe transcrever as palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao descrever as possibilidades de mutação constitucional pela via interpretativa:

- a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentado-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades;
- b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional;
- c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional;
- d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição;
- e) quando há adaptação do texto constitucional para atender às exigências do momento da aplicação constitucional;
- f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.⁷⁰

4.2 MÉTODOS INTERPRETATIVOS

É mister sintetizar os principais métodos indicados pela doutrina, pois serão os instrumentos utilizados pelo intérprete para conseguir melhor exegese da norma constitucional que refletirá na possível alteração do alcance, limite ou sentido da norma constitucional sem modificação do texto legal.

O intérprete poder-se-á utilizar de um, alguns ou todos os métodos indicados para obter melhor hermenêutica da Carta Magna. Ressalte-se que todos os métodos possuem sua relevância e suas características diferenciadoras. O mestre Paulo Bonavides, ao analisar tais métodos, já demonstrou a ocorrência das mutações constitucionais: “O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas

⁶⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p.13-14.

⁷⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *op.cit.*, p.58-59.

constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional”.⁷¹

Segundo este autor, assim: “Mediante o emprego dos instrumentos de interpretação, logram-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais sem que todavia se faça mister modificar-lhe o respectivo teor”.⁷²

Entre os métodos indicados estão: o clássico ou jurídico, o tópico-problemático, o hermenêutico-concretizador, científico-espiritual e o normativo-estruturante que cabem ser citados resumidamente a seguir.

4.2.1 MÉTODO CLÁSSICO OU JURÍDICO

Os métodos clássicos remontam a F. C. von Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito. Criador do *System des heutigen römischen Rechts*, apreende da técnica romana a idéia de unidade e sistema na elaboração e na interpretação do direito. Em uma terminologia moderna, surgiram o método gramatical, o sistemático e o histórico. Mais tarde, seria acrescentado o método teleológico.

Leva-se em consideração que a Constituição, apesar de sua relevância, continua sendo uma lei, destarte, pode-se recorrer aos “cânones ou regras tradicionais da hermenêutica,” ou seja, por meio da análise do elemento filológico (literal, gramático), do lógico (sistemático), do histórico e do teleológico (finalidades) e do genético. Bockenforde resume o método com as seguintes palavras:

a) a Constituição deve ser interpretada conforme os mesmos métodos que uma lei. A compreensão da Constituição como lei é uma conquista do Estado Democrático de Direito e fundamento de sua evidente estabilidade;

b) a interpretação da lei está vinculada às regras da interpretação da hermenêutica jurídico-clássica, como foi desenvolvida por Savigny. A essas regras pertencem (somente) a interpretação sistemática, a histórica, a lógica e a gramatical. A particularidade, de modo algum negada, da Constituição diante de outras leis pode ser considerada como um elemento adicional. Mas não permite chegar a uma supressão do restante das regras de interpretação e a renúncia à restrita sujeição da interpretação das normas.⁷³

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.417.

⁷² BONAVIDES, Paulo. *op.cit.*, p.418.

⁷³ *Apud* PEIXINHO, Manoel Messias. *A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais – elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*.2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.70-71.

4.2.2 MÉTODO TÓPICO-PROBLEMÁTICO

O ilustre professor Inocêncio Mártires faz uma epítome do método como sendo o “caráter prático da interpretação constitucional, assim como a estrutura normativo-material aberta, fragmentária ou indeterminada da Constituição, impõe-se de preferência à discussão dos problemas, ao invés de se privilegiar o sistema, o que, afinal, transformaria a interpretação constitucional num processo aberto de argumentação”.⁷⁴

Conforme ensina o douto professor Manoel Messias, a tópica objetiva é uma técnica de pensar em foco, fornecendo vários caminhos para solução da questão. Na Grécia antiga, Aristóteles já compreendia a tópica “como uma investigação dirigida, conduzida por um número limitado de pontos iniciais, tanto na ciência como um todo, quanto em parte dela. Para o mestre grego, a tópica se organiza de acordo com ‘zonas de problema’, sendo aquilo que se percebe ser o objeto do raciocínio, nada mais é que o próprio problema.”⁷⁵

Em 1953, na Alemanha, com a publicação do livro *Tópica e jurisprudência (Topik und Jurisprudenz)* de Theodor Viehweg, desenvolve-se a técnica aberta de pensar os problemas, por processos dialéticos. Para melhor interpretação, tendo em vista os meios convencionais não serem suficientes para esclarecer o problema, poder-se-á utilizar de um *topoi*, isto é, pontos de vista, premissas que servem como auxiliares, norteadores da argumentação. Nesse sentido, Manoel Messias Peixinho explica os tópicos:

(...) diante da existência de um problema, pode-se atuar de maneira simples, buscando por meio de tentativas, pontos de vista de certo modo casuais e selecionados arbitrariamente, denominados de *topoi*, que se dividem em duas espécies. Há *topoi* que servem universalmente a qualquer aplicação – como os aplicados por ARISTÓTELES, CÍCERO e seus sucessores, e existem também os *topoi* que atendem a somente “determinado ramo”. Enquanto os universalmente aplicáveis representam generalizações bastante extensas, sendo admitidos em todos os problemas somente pensáveis, os que são aplicáveis de maneira determinada atendem a um “círculo de problemas”, embora, em ambos os casos, a função seja a mesma.⁷⁶

⁷⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p.89-90.

⁷⁵ PEIXINHO, Manoel Messias. *op.cit.*, p.72.

⁷⁶ PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.68.

O próprio Theodor Viehweg definiu a tópica como uma técnica do pensamento problemático. Um modo de pensar onde os limites serão estabelecidos pelos intérpretes, pois o objetivo é que o problema não fique sem solução. “O método tópico constitui a técnica de um pensamento que atua para solucionar problemas concretos, partindo de diretrizes que não são princípios, nem axiomas formulados aprioristicamente, mas ponto de partida – lugares comuns – revelados pela experiência”.⁷⁷ A tópica na interpretação constitucional nas palavras de Canotilho:

Os aplicadores intérpretes servem-se de vários tópoi ou pontos de vista, sujeito à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema. (...)

A concretização do texto constitucional a partir dos tópoi merece várias reticências. Além de poder conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas.⁷⁸

4.2.3 MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR

O método concretista considera a substância da Constituição e envolve três elementos básicos: o problema concreto a ser solucionado, a norma que se irá concretizar e a compreensão prévia do intérprete. A interpretação constitucional não é subsunção, mas concretização. Existe um caráter criador do conteúdo da norma interpretada, pois este será fixado conforme a interpretação. Consistindo em: “a) descobrir o resultado constitucionalmente ‘correto’, por meio de um procedimento racional e controlável; b) fundamentar de forma racional e controlável esse resultado; c) dotar o método jurídico de certeza e previsibilidade (*nicht etwa nur, um der Entscheidung willen zu etnscheiden*)”.⁷⁹ Cabe ressaltar as palavras de Manoel Messias:

A superioridade da norma jurídica sobre o texto significa que uma norma preexistente só alcança sua plenitude hermenêutica na própria concretização. A concretização não significa senão uma norma preexistente, na qual o caso jurídico particular seria individualizado,

⁷⁷ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *op.cit.*, p.249-250.

⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1996. p.214.

⁷⁹ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *op.cit.*, p.261.

ou seja, concretizado. Na verdade, o texto norma é apenas um desses elementos. Todavia, o positivismo jurídico, para o pensamento concretizador, comete, pelo menos, três erros. Em primeiro lugar, não faz distinção entre norma/realidade, ou seja, não compreende que o texto da norma, como qualquer texto, pode ser captado, sem se reportar ao modelo no qual ele se insere. Em segundo lugar, tem-se a incompreensão entre norma/espaco. O conceito de explicação consiste em que a interpretação jurídica seria tão-somente a reexecução de algo preexistente (...). Por último, o erro fundamental dos positivistas é a crença que têm de que a norma jurídica se identifica com o seu texto.⁸⁰

Como explica Uadi Lammêgo,⁸¹ para Konrad Hesse a pré-compreensão necessária para a concretização (*Konkretisierung*) consiste no trabalho de crítica que antecede a interpretação, pois o objetivo do exegeta é colocar o problema e a norma que pretende em estreita vinculação para determinar o conteúdo normativo correto de uma Constituição. O método invoca a necessidade da pré-compreensão do sentido pelo intérprete que por meio do movimento de ir e vir (dialético) concretizará a norma para (e a partir de) uma situação histórica igualmente concreta. Conforme Canotilho, este método vem realçar os pressupostos subjetivos (mediação do intérprete) e objetivos (contexto, como fundamento para a interpretação), bem como a dinâmica entre o texto e o contexto, em face do intérprete, que transforma a interpretação em um movimento de ir e vir (círculo hermenêutico).

É mister transcrever as palavras de Konrad Hesse no que tange à hermenêutica concretizante, *in verbis*:

A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez significa, negativamente, que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo.⁸²

⁸⁰ PEIXINHO, Manoel. *op.cit.*, p.81.

⁸¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.45-47.

⁸² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.61.

4.2.4 MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL

Objetiva compreender o “sentido e a realidade” da norma constitucional com o escopo da integração da norma com o chamado “espírito real da comunidade”. Considera o sistema de valores subjacentes à Constituição para interpretá-la. O método foi criado neste século por juristas alemães liderados por Rudolf Smend, o criador da concepção integrativa da Constituição.

Segundo Paulo Bonavides, “a concepção de Smend é precursoramente sistêmica espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta”.⁸³ A Constituição é o resumo do ordenamento estatal, na qual se desenvolve a vida Estado e processo de integração.

Para o criador do método, Rudolf Smend, existe a necessidade de se recorrer aos valores em uma busca do sentido axiológico da Constituição. A “interpretação constitucional não pode separar-se da idéia de Constituição como ordem de valores, cujo sentido só pode captar-se através de um método que tenha em conta não apenas o texto, mas também os conteúdos axiológicos últimos da ordem constitucional”.⁸⁴ A Constituição deve ser interpretada como um todo, captação de todos os sentidos e a percepção global.

Nas palavras de Canotilho, a “idéia de que a interpretação visa não tanto a dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente a compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com seus valores, com a realidade existencial do Estado)”.⁸⁵

4.2.5 MÉTODO NORMATIVO-ESTRUTURANTE

O método normativo-estruturante, por sua vez, é composto pelos métodos clássicos de Savigny (item 4.2.1) acrescidos pelos elementos técnicos de soluções adicionais, de elementos políticos e elementos político-constitucionais, conforme afirma Friedrich Muller. Nas palavras de Inocêncio Mártires:

⁸³ BONAVIDES, Paulo. *op cit.*, p.436.

⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *op.cit.*, p.200.

⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *idem*, p.215.

(...) na tarefa de concretização da norma constitucional, o intérprete-aplicador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, quanto os decorrentes da investigação do domínio normativo, a que correspondem, na doutrina tradicional, respectivamente, a norma propriamente dita e a situação normada, o texto e a realidade social que mesmo intenta conformar.⁸⁶

Com excelência Canotilho explica os postulados do método jurídico-normativo-estruturante:

(1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as *várias funções de realização do direito constitucional* (legislação, administração, *—, — jurisdição); (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa decisão prática (a metódica pretende-se ligada a resolução de problemas práticos); (3) a metódica deve preocupar-se com a *estrutura* da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria *hermenêutica da norma jurídica* que arranca da não identidade entre *norma e texto normativo*; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um domínio normativo, isto é, um pedaço de realidade social que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa).⁸⁷

⁸⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *op.cit.*, p.90.

⁸⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *op.cit.*, p.215.

5 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA HERMENÊUTICA JUDICIAL

5.1 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL JUDICIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

5.1.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como já foi ressaltado anteriormente, o sistema jurídico que a Constituição Federal de 1988 adotou foi o rígido, no qual as normas elaboradas pelo poder constituinte originário são superiores às normas elaboradas pelo poder constituído, consubstanciando a denominada Supremacia da Constituição, superioridade incontestável com as demais normas jurídicas. A Constituição, desta maneira, apresenta-se como o vértice do sistema jurídico do País, pois conforme a hierarquia das leis, as normas infraconstitucionais (leis complementares, leis ordinárias, decretos-leis, regulamentos, etc.) deverão ser compatíveis com a norma constitucional.

Depreende-se que, no caso de uma norma ordinária colidir com o texto constitucional, a *Lex Legum* deverá prevalecer, pois será o parâmetro de validade. *In casu*, a norma infraconstitucional em razão do vício insanável de inconstitucionalidade deverá ter sua nulidade declarada. Como bem observa Alexandre de Moraes,⁸⁸ nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Desta forma, nelas o fundamento do controle é que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.

Assim, percebe-se a necessidade de controlar a constitucionalidade das leis infraconstitucionais em face da *Lex Magna*, ou seja, haverá a verificação da compatibilidade. Existem duas possibilidades de controle preventivo: o realizado pelas comissões de Constituição e Justiça das casas parlamentares e do veto do chefe do Poder Executivo no processo legislativo, conforme o artigo 66 da Constituição Federal de 1988, o denominado veto jurídico. O controle repressivo pode ser realizado pelo Poder Legislativo com fulcro nos artigos 49, inciso V e LXII da Carta Magna e pelo Poder Judiciário.

Nosso sistema jurisdicional adotou um controle de constitucionalidade misto, ou seja, haverá dois modos distintos para se controlar a constitucionalidade, pela

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.558.

via de exceção e pela via de ação. O controle por via de ação, em tese, direto, abstrato e concentrado caracteriza-se pela competência para a aferição da constitucionalidade a um único órgão, no Brasil, exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça, nos Estados e Distrito Federal. Haverá a declaração de inconstitucionalidade em tese, pois o controle objetiva o exame da validade da norma em si e sua exclusão, se incompatível com a norma constitucional. As espécies de controle concentrado com fulcro na Lei nº 9.868 de 10.11.1999 são as seguintes: ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação declaratória de constitucionalidade.

Contrapondo-se o controle de constitucionalidade por via de exceção, via de defesa, direto, concreto, *incidenter tantum* e difuso pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal na análise do caso concreto. Na via de exceção, a alegação de inconstitucionalidade não será o objeto principal da ação, mas questão relevante e imprescindível para o julgamento do mérito. É mister frisar que qualquer interessado poderá invocar a constitucionalidade no juízo em que estiver, isto é, em qualquer processo seja qual for a sua natureza. Paulo Bonavides⁸⁹ sintetiza a ocorrência do controle concreto quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade de lei que se quer aplicar. Neste diapasão, as palavras de Alexandre de Moraes:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e, para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação.⁹⁰

Considerando que a norma tenha sido declarada inconstitucional, só terá validade *inter partes*, não possuindo força obrigatória contra terceiros, ou seja, não possuirá efeito *erga omnes*. A norma infraconstitucional não será aplicada ao caso concreto, destarte continua válida e eficaz para os demais, não-integrantes da lide, configurando a chamada relativização da coisa julgada, pois nada impede que outro seja julgado em sentido contrário.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.272.

⁹⁰ MORAES, Alexandre. *op.cit.*, p.566.

É importante ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade possui efeito *ex tunc*, o ato é considerado nulo juntamente com todos os efeitos retroativos. Frise-se que o verdadeiro escopo da invocação não é a constitucionalidade em si, mas uma relação jurídica que, por envolver a aplicação de uma lei que tem sua validade contestada, requer a apreciação do judiciário. Assim, a discussão sobre a inconstitucionalidade deve ser importante para a solução da lide.

Desse modo, compete ao Juiz de Direito, na via de exceção, pronunciar-se acerca de questão prévia de inconstitucionalidade, visto que seu deslinde é imprescindível ao julgamento do mérito.

5.1.2 O JUIZ SINGULAR PERANTE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE EXCEÇÃO

Ao aplicar a lei a um caso concreto, solucionando um litígio, incumbe ao órgão julgador aferir sua compatibilidade aos ditames da Lei Maior, da qual deriva a validade das demais normas de um ordenamento jurídico, deixando de aplicar o que se eiva de vício de inconstitucionalidade, seja formal, seja material no controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade é deduzida na causa de pedir, consubstanciando-se em questão prejudicial, da qual depende o desate da lide, não sendo alcançada pelos efeitos da coisa julgada.

A hermenêutica constitucional judicial é caracterizada como espécie orgânica de exegese em virtude de ser auferida pelo Judiciário composto por juízes singulares, Turmas, Câmaras, Colegiados e Plenários, conforme determina o Regimento Interno de cada Tribunal. Em virtude da abrangência do tema, restringiu-se a análise à atividade jurisdicional realizada pelo juiz singular de 1º grau no caso de controle difuso. Assim, outorga-se a parte interessada em buscar o direito de obter a declaração de inconstitucionalidade de uma disposição legal que, embora produzida em descompasso com a Lei Maior, permanece válida em relação a terceiros, no que se refere à sua força obrigatória ou o magistrado de ofício pode verificar tal incompatibilidade. Oportuno ressaltar que a matéria suscitada como inconstitucional pode ser rejeitada preliminarmente pelo juiz.

Aduz-se que, na existência de uma ação, um dos integrantes do conflito pode considerar que a norma infraconstitucional em litígio contraria a Carta Magna, invocando a inconstitucionalidade da lei. Somente no caso concreto pode existir o controle difuso. Desta forma, necessariamente, o magistrado deverá averiguar e analisar a compatibilidade da norma infraconstitucional com a norma constitucional. Sendo imprescindível utilizar-se da hermenêutica para almejar a melhor conclusão

diante do fato concreto, pois “o momento da interpretação vincula a norma geral às conexões concretas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema”.⁹¹

Neste contexto é que surge um dos grandes problemas da hermenêutica, no qual a subjetividade do intérprete confronta-se com a necessidade de um controle objetivo de sua atividade, *in casu*, jurisdicional. É fundamental que se alie compreensão, interpretação no ajuste entre norma e fato, pois na verdadeira aplicação o magistrado consubstancia generalidade da norma e singularidade do caso concreto. No controle de constitucionalidade difuso é necessária a verificação da lei questionada em face da Constituição, tendo-se de verificar a realidade social que cerca aquele caso concreto. Existe a necessidade de se fundamentar aquela declaração de inconstitucionalidade, o motivo daquela decisão e ter ciência que todos os atos originados da relação jurídica em lide serão declarados nulos. O magistrado pode compreender que aquela norma encontra-se totalmente constitucional e, ao fundamentar, percebe que houve alteração do sentido, do limite ou do alcance previamente compreendido para aquele artigo constitucional.

5.2 AS MUTAÇÕES EM FACE DO CONTROLE POR VIA DE EXCEÇÃO

Com a ocorrência da lide, surge a oportunidade de uma das partes litigantes suscitar a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional que rege aquela relação jurídica. Em razão da supremacia constitucional, todas as normas inferiores devem-se compatibilizar com o Texto Maior. Assim, o juiz deverá realizar o controle de constitucionalidade por via de exceção, pois o objeto principal da demanda é outro e a constitucionalidade está sendo invocada incidentalmente.

Deverá o magistrado analisar o caso concreto e por intermédio da hermenêutica e suas características chegar a uma solução do litígio, isto é, a norma será considerada, ou não, constitucional. Importante frisar que a interpretação constitucional não pode ser desvinculada da realidade vivida pela sociedade dinâmica e mutável. Desta forma, como ressalta o Ministro Carlos Menezes não se poderá excluir da prestação jurisdicional uma adequação da norma com a realidade por intermédio da interpretação:

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. *op.cit.*, p.399.

A hermenêutica ganha hoje sempre mais vigor diante da rapidez com que a realidade social se transforma.(...)

A força da decisão judicial é a sua compatibilidade com as condições concretas da sociedade, é a sua adequação ao critério do que é razoável, presente a lei, com que o julgado a sua consequência têm equilíbrio.

O que é, portanto, necessário é que juiz transforme a prestação jurisdicional em ponto de referência da sociedade.⁹²

A decisão judicial que verificará a constitucionalidade realizada pelo magistrado ao buscar a solução para o conflito não poderá olvidar a realidade das partes litigantes, pois a contextualização político-econômico-cultural e social poderá influenciar na interpretação da norma, dos princípios e das regras de direito que regerão o caso concreto. Com propriedade, pronuncia-se o Ministro Carlos Menezes “enquanto o magistrado não conhecer todos os fatos da causa, ele não estará em condições de emitir nenhum julgamento. Sem dominar as circunstâncias concretas dos autos o juiz não está preparado para buscar a disciplina jurídica própria (...) É necessário não esquecer nunca o juiz que a sua função é a de realizar a justiça (...)”.⁹³ Assim, cabe ao magistrado interpretar tanto as normas jurídicas como a realidade cambiante que nos cerca.

Com brilhantismo o Ministro Carlos Alberto de Menezes Direito apresenta excelentes reflexões sobre o tema da decisão judicial:

A decisão judicial não decorre da pura aplicação da lei considerando um dado concreto. A criação de um computador que, alimentado com a lide proposta e com as leis vigentes, seja capaz de emitir um julgado até pode ser idéia atraente, e, mesmo factível. Os cientistas têm condições de criar um *soft* adequado para tanto. Essa perspectiva não era fora de propósito, se pensarmos que a ciência já anda a passos largos para a invasão do código genético. O que se quer significa com isso é que a decisão judicial é, essencialmente, humana. Sendo uma decisão humana ela não está, por inteiro, no domínio da razão. O homem existe porque ele é razão e emoções, sentimentos e crenças. A decisão judicial é, portanto, uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional. E a independência do juiz está,

⁹² DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Disponível em <http://www.foreense.com.br/atualida/351dou02.html>

⁹³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Disponível em <http://www.foreense.com.br/atualida/351dou02.html>

exatamente, na sua capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social [sem sublinha no original].⁹⁴

Compreende-se que o processo de interpretação começa com um ser humano que possui a própria realidade e irá em virtude de sua função verificar uma lide, no caso em análise, onde se buscará verificar a constitucionalidade na via incidental de controle e, para isto, precisará ater-se à interpretação. Nas palavras do Ministro e Professor Carlos Menezes, “o trabalho do juiz repousa na interpretação. E vale mencionar que ele interpreta a regra jurídica, mas também interpreta a realidade fática, a práticas sociais”.⁹⁵

Depreende-se que, ao interpretar a norma jurídica questionada e a Constituição, o magistrado pode concluir pela constitucionalidade em razão das mudanças sociais ocorridas que levam a interpretar a norma constitucional de forma diferente e modificar o sentido, o alcance ou o limite sem alterar a letra da lei. Apresenta-se mudança silenciosa, invisível, característica da mutação constitucional. Como bem descreve Inocêncio Mártires:

Se é verdade que novas acepções atribuídas a um mesmo termo à criação de termos novos – tanto que devemos repetir as palavras idênticas quando utilizamos, proximamente, com sentidos diversos –, se isso for verdadeiro, então parece lícito concluir que, a rigor, quando juízes e tribunais emprestam sentidos novos ao mesmo enunciado normativo, em verdade estão a produzir novos enunciados, embora mantendo inalterada a roupagem verbal. Funcionam, então, como instâncias heterônomas de criação abreviada do direito.

Nesse particular, mesmo no âmbito da jurisdição ordinária, quem se der ao trabalho de compulsar os repertórios de jurisprudência e comparar as decisões divergentes extraídas de um mesmo texto legal, não terá dificuldade em chegar à idêntica conclusão.

Em sede de interpretação constitucional, essas transformações são denominadas mutações constitucionais, expressão que Anna Cândida da Cunha Ferraz entende deva ser reservada para designar somente os processos informais que alterem ou modifiquem o sentido, o significado ou o alcance da Constituição sem contrariá-la.⁹⁶

⁹⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Disponível em <http://www.foreense.com.br/atualida/351dou02.html>

⁹⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Disponível em <http://www.foreense.com.br/atualida/351dou02.html>

⁹⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *op.cit.*, p.39-40.

A parte ao invocar a inconstitucionalidade da lei ou o próprio juiz de ofício perceber o vilipêndio deverá exercer o controle de constitucionalidade difuso. Deverá verificar a veracidade do alegado, assim, para chegar a uma conclusão utilizará a hermenêutica constitucional, como vai haver uma prestação judicial. Caso perceba que a alegação de inconstitucionalidade seja apenas uma modificação informal do Texto Maior através de mudanças no sentido ou alcance da norma estará verificando a mutação constitucional.

Várias críticas surgem a respeito da mutação na interpretação constitucional judicial, como a de Canotilho⁹⁷ que, ao cuidar dos limites constitucionais, questiona

(...) se através da interpretação da constituição, podemos chegar aos casos-limites de mutação constitucional ou, pelo menos, a mutação constitucional não deve transformar-se em princípio “normal” da interpretação (K. Stern) Já atrás ficou dito que a rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional nos leva à exclusão de mutações constitucionais operadas por via interpretativa.

Ressalte-se que as mutações constitucionais, pela interpretação constitucional judicial, somente ocorrem em alguns casos pela modificação do contexto inserido das partes em litígio no controle de constitucionalidade difuso e não como a regra constante em todas as decisões judiciais. As mutações constitucionais são “uma constante na vida dos Estados, e as constituições, como organismos vivos que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no em substância, significado, alcance e sentido de seus dispositivos”.⁹⁸ Características descritas por Inocêncio Mártires no seu livro *Interpretação constitucional*:

No campo da experiência judicial – onde a criatividade do intérprete encontra soluções para os conflitos de interesses muito mais rápidas que as respostas formuladas pelo legislador –, nesse terreno as exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito sob a forma de novas leituras dos mesmos enunciados normativos (...).⁹⁹

Mas o próprio Canotilho afirma a existência e descreve a ocorrência da mutações constitucionais em face da hermenêutica judicial constitucional:

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *op.cit.*, p.1.153.

⁹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *op.cit.*, p.57.

⁹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *op.cit.*, p.37.

(...) a necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocada pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O reconhecimento destas mutações constitucionais silenciosas (*stillen Verfassungswandlungen*) é ainda um ato legítimo de interpretação constitucional.¹⁰⁰

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a melhor compreensão do estudo, será importante fazer breve resumo das idéias apresentadas:

1) Por meio dos inúmeros conceitos, depreende-se que Constituição apresenta-se como a Lei Fundamental para o ordenamento jurídico, pois representa a estrutura jurídico-política do Estado. Também é necessário evidenciar o caráter dinâmico da Constituição, sendo caracterizada de organismo vivo.

2) O caráter rígido da Constituição não pode ser compreendido como imutabilidade. A sociedade permanece em constante evolução e a norma constitucional não pode permanecer estática em face das mudanças ocorridas. A rigidez constitucional implica em um processo mais dificultoso e solene para se alterar o texto constitucional distinguindo-se do processo legislativo ordinário. Assim, na nossa Carta Magna a previsão de reforma da Constituição encontra-se no art. 60.

3) Houve a distinção do poder constituinte originário que decorre da vontade do povo e é ilimitado, autônomo e incondicionado do poder constituinte derivado que decorre do próprio poder constituinte originário. Sendo que o poder constituinte derivado distingue-se em reformador e decorrente. O poder de reforma caracteriza-se por ser limitado, regrado e condicionado.

4) Entende-se que a Constituição não pode ser intangível, pois estaria acorrentando as mudanças sociais. Nada pode permanecer intacto quando se trata de seres humanos em processo contínuo de evolução. Assim, as alterações constitucionais são divididas em duas: a reforma constitucional e a mutação constitucional. A reforma constitucional foi supracitada no item 2, pois cuida de

¹⁰⁰ CANOTILHO, J.J.Gomes. *op.cit.*, p.1.153.

um processo formal de mudança inserido no texto constitucional por intermédio do poder constituinte originário. O fenômeno mutação constitucional é um processo informal de mudança que objetiva alterar o sentido, limite ou alcance da norma constitucional, todavia não altera a letra da lei. Ocorre em razão das constantes mudanças históricas, políticas e sociais inerentes à sociedade.

5) Não existe um consenso de quais seriam todas as modalidades, mas evidenciam-se as mutações decorrentes da interpretação, dos usos e costumes, da construção judicial e da complementação legislativa.

6) A atividade hermenêutica se refere à análise de meios interpretativos para a obtenção dos significados e do conteúdo da norma constitucional. A mutação ocorre quando na análise ocorre a mudança do sentido, alcance ou limite. A interpretação possui inúmeros métodos que foram citados resumidamente para melhor compreensão do trabalho.

7) Quando o juiz precisa aplicar a norma ao caso concreto, na realização do seu trabalho se faz necessário que este interprete a norma constitucional a ser julgada. Assim ocorre a hermenêutica constitucional judicial. Delimitou-se a ocorrência da hermenêutica no controle de constitucionalidade difuso.

8) Existe a lide que objetiva uma prestação jurisdicional e questiona uma norma infraconstitucional. Todavia, alega-se que a norma discutida fere a Carta Magna. Assim, o juiz deverá exercer o controle de constitucionalidade por via de exceção e poderá verificar a constitucionalidade por via interpretativa e perceber a ocorrência da mutação constitucional

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

- _____. *Modernas tendências para alteração constitucional*. Disponível em <http://www.ibdc.com.br>.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano Giuffrè, 1990. v. II.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. trad. Hector Fix Zamudio. México: Fondo de Cultural Económica, 1975.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição 1988: Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais até n. 40*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 129, p.25-43, jan./mar., 1996.
- _____. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CHIERCHIA, Pietro Merola. *L'interpretazione sistematica della costituzione*. Padova: CEDAM, 1978.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- _____. *Interpretação constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- DAYARA, Flávia Rodrigues. Mutações constitucionais: revisão e emenda na constituição federal de 1988. Aspectos Jurídicos. *Revistas dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 06, n. 22, p.211-264, jan./mar., 1998.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Disponível em <http://www.foreense.com.br/atualida/351dou02.html>.

- DURKHEIM, E. O que é o fato social? *In: As regras do método sociológico*. trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. 6.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.
- ESTUDOS CONSTITUCIONAIS – XIX Congresso de Direito Constitucional. 10 anos de constituição – uma análise. Coordenação Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC; São Paulo: 1998.
- FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. 6.ed. Rio de Janeiro: FAE, 1994.
- FARIAS, Paulo José Leite. Mutação constitucional judicial como mecanismo de adequa o da Constitui o Econ mica   realidade econômica. *Revista de Informa o Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, p.213-231, jan./mar., 1997.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constitui o: muta es constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- _____. Muta o, reforma e revisão das normas constitucionais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, vol. 2, n. 5, p.5-24, out./dez., 1993.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Altera es constitucionais e limites do poder de reforma*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- GARC IA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 6.ed. Madrid: Revista de Occidente, 1961.
- HAB ERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constitui o: contribui o para a interpreta o pluralista e “procedimental” da Constitui o*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constitui o*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- _____. *Elementos de direito constitucional da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- KOSHIBA, Luiz; PEREIRA, Manzi Frayze. *História do Brasil*. 6.ed. São Paulo: Atual, 1993.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. 4.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.
- LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.
- MEDINA, Llewellyn Davies. A constituição: poder constituinte originário, poder constituinte derivado, direitos subjetivos, direitos adquiridos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 33, n. 131, p.109-114, jul./set., 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. tomo II.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- _____. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2.
- SABINO, Pedro Augusto Lopes. *Os limites ao reformador da constituição: legitimidade e Estado de Direito*. Disponível em <http://www.bureaujuridico.com.br/artigos/const/artigo-5.htm>.

- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa: que é terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Líber Juris, 1986.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. atual. org. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- VEGA, Pedro. *Estudios Políticos Constitucionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1980.
- VERDÚ, Pablo Lucas. La interpretación constitucional. *Boletín de el Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*.

LEGITIMIDADE DOS SINDICATOS PARA A DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS DA CATEGORIA (ARTIGO 8º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)*

Cláudio Gomes Carneiro

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem, como ponto central, estudar o tratamento legal e constitucional conferido à defesa dos direitos e dos interesses coletivos e individuais das diversas categorias profissionais existentes em nosso país pelos respectivos sindicatos, tendo por base o comando do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal.

A questão que se apresenta suscitou fervorosa controvérsia não apenas entre os doutrinadores, mas, também, na jurisprudência dos tribunais pátrios. As razões desse dissenso residem no fato de que o mencionado dispositivo constitucional não foi claro quanto à forma que se daria à defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria pelos sindicatos, se por representação ou substituição processual.

Além disso, a presente matéria desperta interesse de toda a sociedade, na medida em que afeta os interesses dos empregados assalariados do País, já que trata da defesa judicial e extrajudicial dos seus direitos.

Duas correntes se destacaram na interpretação do artigo 8º, inciso III, da Carta Magna.

A primeira entende que o referido dispositivo constitucional não autoriza a substituição processual ampla da categoria pelos sindicatos, que somente tem lugar mediante autorização legal expressa, como, v.g., nos conhecidos casos de adicional de insalubridade e periculosidade (artigo 195, § 2º, da CLT). Os adeptos desse pensamento posicionam-se no sentido de que, afora os casos de substituição processual previstos em lei, os sindicatos somente poderiam ingressar com ações trabalhistas na qualidade de representante dos trabalhadores, necessitando, portanto, de procuração dos trabalhadores.

* Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco

A outra corrente, no entanto, extrai do comando constitucional a inteligência de que o dispositivo consagra a ampla substituição processual pelos sindicatos na defesa dos trabalhadores integrantes da categoria e não apenas dos filiados, independentemente de autorização do legislador ordinário ou de outorga de poderes expressos pelos substituídos.

A polêmica, a princípio, parecia ter perdido força, tendo em vista a edição do Enunciado nº 310 do Colendo TST, que firmou posição no sentido da ausência de autorização constitucional para a substituição ampla pelas entidades sindicais, estando restrita às previsões legais existentes.

Não obstante, algumas decisões foram proferidas pelo excelso Supremo Tribunal Federal, adotando entendimento diametralmente contrário à tese do Tribunal Superior do Trabalho, assegurando a substituição processual de forma ampla com espeque no art. 8º, inciso III, da Carta Magna.

Tal fato, porém, ainda não colocou termo ao debate jurisprudencial, na medida em que pendem de julgamento no Plenário da Suprema Corte diversos processos sobre a presente questão, que se encontram conclusos ao Exm.º Sr. Ministro Nelson Jobim, com vista regimental.

Dessa forma, a controvérsia ainda continua viva, autorizando e motivando este estudo, especialmente por tratar de matéria de importante apelo social, já que envolve a defesa judicial de direitos da grande massa de trabalhadores de nosso país, com profundas repercussões no cenário político, econômico e social interno.

Outro fator que desperta a necessidade deste estudo é a substancial mudança na composição da Suprema Corte desde a prolação das primeiras decisões sobre a matéria, o que poderá influir no julgamento dos mencionados processos suspensos.

É preciso ter em mente que o tema é de grande complexidade, pois envolve questões historicamente polêmicas, tais como legitimidade ordinária e extraordinária, tocando, também, em institutos jurídico-processuais recentes e ainda em fase de experimentação, como, *v.g.*, a coletivização das ações para a defesa de direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos.

Diante disso, é importante situar o tema da substituição processual, abordando, mesmo que de forma superficial, alguns aspectos básicos de institutos jurídicos afins a essa matéria, tais como legitimação ordinária e extraordinária para provocar a jurisdição, capacidade processual, litispendência e coisa julgada nas ações coletivas, permitindo, assim, visão sistêmica da questão.

Essa complexidade requer dos operadores do direito, também, muita cautela na aplicação das técnicas de hermenêutica jurídica, sendo imprescindível a análise conjunta dos aspectos históricos, sociais e técnico-jurídicos pertinentes à entrega da prestação jurisdicional.

Outrossim, será enfocada a evolução experimentada pela coletivização das ações judiciais, diante da edição de diplomas legais que asseguram a defesa comum dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tais como a ação popular, as ações civis públicas e as ações civis coletivas, o mandado de segurança coletivo, entre outros instrumentos.

Tudo isso procurando contribuir para o esclarecimento dessa questão tormentosa, mas instigante, qual seja, a defesa judicial de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos da categoria pelos sindicatos, de que trata o art. 8º, inciso III, da Carta Magna.

2 JURISDIÇÃO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO

O caminho percorrido pela humanidade até encontrar meios civilizados para solucionar os conflitos imanentes ao convívio em sociedade não foi curto e muito menos chegou ao seu ponto final. Isso porque as necessidades sociais, assim como os valores quanto ao que venha a ser ideal, estão em constante mutação, demandando estudo permanente acerca do aperfeiçoamento da entrega da jurisdição.

A vida em sociedade provocou o surgimento dos conflitos de interesses entre os seres humanos, na medida em que os bens da vida, sabemos, muitas vezes, são insuficientes para atender a todas as demandas.

Quando duas pessoas pretendem o mesmo bem, surge, naturalmente, o conflito de interesse, que, se não resolvido pela renúncia de uma das partes ou mesmo pela composição desses interesses opostos, emerge o que a doutrina e a jurisprudência denominam de lide.

Nas civilizações primárias esses conflitos eram resolvidos pelas próprias partes, por meio da autotutela. Esse sistema, no entanto, não satisfazia os postulados de justiça, uma vez que, em geral, prevalecia a vontade do mais forte, indiferentemente da real titularidade do direito.

Diante da deficiência natural e evidente desse sistema, os conflitos passaram a ser resolvidos com a intervenção estatal, antes por meio da atuação do *praetore*, hoje pelos magistrados.

Na medida em que o Estado chama para si a responsabilidade de solucionar os conflitos, surge para os destinatários o direito subjetivo público, abstrato, de obter dele a solução desses conflitos, consistente no direito de ação.

Não obstante a existência do direito de ação, o seu exercício não se poderia dar de forma livre e desordenada, sob pena de gerar insegurança e injustiça. Assim, condicionou-se a atuação da jurisdição ao preenchimento de determinadas condições, conhecidas como condições da ação, a saber: *legitimatío ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

2.2 CONDIÇÕES DA AÇÃO – *LEGITIMATIO AD CAUSAM*

Entre as três condições que o nosso direito processual impõe para o exercício da jurisdição, a que interessa de perto para o nosso estudo é a legitimidade para a causa, pois sua compreensão importa diretamente para o entendimento do tema referente à substituição processual.

Humberto Theodoro Júnior, invocando as lições de Amaral Santos, esclarece que “legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão”.¹

O mesmo autor, na mesma obra, distingue, de forma objetiva, a legitimação ordinária da legitimação extraordinária, acrescentando que:

De par com a legitimação *ordinária*, ou seja, a que decorre da posição ocupada pela parte como sujeito da lide, prevê o direito processual, em casos excepcionais, a legitimação *extraordinária*, que consiste em permitir-se, em determinadas circunstâncias, que a parte demande em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio. Ressalte-se, porém, a excepcionalidade desses casos que, doutrinariamente, se denominam ‘substituição processual’, e que podem ocorrer, por exemplo, com o marido na defesa dos bens dotais da mulher, com o Ministério Público na ação de acidente do trabalho, ou na ação civil de indenização do dano *ex delicto*, quando a vítima é pobre etc.²

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I, p.54.

² *idem*, p.54.

A distinção entre legitimidade ordinária e extraordinária é de fundamental importância para a interpretação do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, objeto deste trabalho, pois a presente discussão dirige-se, justamente, a esclarecer qual o verdadeiro significado do mencionado dispositivo, ou seja, se ele confere às entidades sindicais a substituição processual ampla ou mera previsão de representação dos membros da categoria.

A regra que preside o processo tradicional é a de que a própria parte que se diz detentora do direito substancial deduza em juízo sua pretensão. Por isso e por se tratar de exceção é que o Código de Processo Civil atual, exige que a legitimação extraordinária esteja prevista expressamente em lei. Nesse sentido, vale transcrever o comando do artigo 6º do Código de Processo Civil que estabelece: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

No entanto, a aplicação do instituto da substituição processual, tal como experimentada pelo processo civil tradicional, assume contornos diferenciados quando se trata de processo coletivo.

Neste particular, mostra-se interessante o posicionamento adotado pelo professor Arruda Alvim acerca da evolução do instituto da substituição processual.

O referido autor, invocando as obras do Professor Waldemar Mariz de Oliveira Júnior e a de Ephraim de Campos Júnior, situa de maneira diversa a substituição processual no processo tradicional, por ser informado pelo exacerbado individualismo, e no processo coletivo, em que predomina a defesa coletiva de direitos e interesses em juízo.

Destacando que o legislador não prescinde da autorização legal para a substituição processual de que trata o artigo 6º do Código de Processo Civil, o aludido mestre aduz que a substituição processual no processo tradicional é, de fato, excepcional, pois o ordinário é que o titular do direito venha a juízo defendê-lo diretamente. Conclui, no entanto, que no processo moderno de coletivização de ações, cujo regime geral é fixado pelo Código de Defesa do Consumidor, a legitimação extraordinária deixa de ser exceção para se tornar regra, uma vez que os direitos e os interesses, em geral, passaram a ser defendidos por terceiros, em nome próprio, como ocorre nas ações coletivas.

Com efeito, assinala Arruda Alvim, comentando uma e outra obra, que:

Como se disse, a legitimação prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor se exerce, *exclusivamente*, no plano da ação coletiva, e, a individual, no plano do direito processual comum, sem que,

dizendo-se isso, queira-se afastar texto de proteções específicas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que especialmente proteja o consumidor, por estes igualmente invocáveis na ação individual.

Omissis

Se fosse possível dizer que a substituição processual era um caso de legitimação extraordinária, como afirmou o Prof. Mariz de Oliveira, já no processo coletivo, *para o fim de atuar coletivamente*, passou a ser o instituto a forma *normal* de atuação.³

De fato, como bem pontua o referido autor, a substituição processual, prevista como exceção no processo civil tradicional, idealizado no período em que as ações eram predominantemente individuais, passou a ser regra no processo coletivizado, já que as ações passaram a ser, na grande maioria das vezes, propostas pelos entes legitimados por autorização legal para atuar em juízo em nome da coletividade e não pelos próprios titulares do direito, em alguns casos indetermináveis.

Além das condições da ação, indispensáveis para o exame do mérito da controvérsia, é preciso que a relação processual seja válida e eficaz, com o preenchimento dos pressupostos processuais. Sem o atendimento dessas exigências, o processo é nulo, impedindo que o Estado solucione a lide.

2.3 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Conforme exposto anteriormente, quando o Estado assumiu como uma de suas funções essenciais a missão de solucionar os conflitos surgidos no seio da sociedade, entregando a jurisdição, surgiu, naturalmente, o direito de os administrados provocarem a jurisdição, por meio da ação.

Paralelamente, foi necessário criar um instrumento, com regras bem definidas, para viabilizar a solução desses conflitos, nascendo o processo. Neste, as partes deduzem suas pretensões, são produzidas provas e diversos outros atos processuais, com vistas em possibilitar o provimento judicial.

Sem a sistematização do processo e dos atos que nele são produzidos (procedimentos), provavelmente, as demandas se eternizariam e as injustiças seriam inevitáveis. A lei quando estabelece critérios para a entrega da jurisdição tem por finalidade proteger as próprias partes de eventuais arbítrios e injustiças, visando, justamente, a pacificar as relações sociais, que é o seu objetivo maior.

³ ALVIM, Arruda. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. *Revista de Processo – REPRO*, Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, p.18 *et seq.*

Da mesma forma que a legislação exige do jurisdicionado o atendimento das condições da ação, para que o Estado examine a sua pretensão e se manifeste sobre o direito discutido, para a formação e desenvolvimento regular do processo, em que se praticarão todos os atos tendentes à prolação da sentença judicial, é necessário o preenchimento de alguns pressupostos.

Os denominados pressupostos processuais dividem-se em objetivos e subjetivos. Os primeiros relacionam-se com a forma procedimental e com a ausência de fatos que impeçam a regular constituição do processo, tais como a existência de procuração nos autos, a inexistência de listispêndia, de coisa julgada, de compromisso ou de inépcia da inicial, entre outros. Já os pressupostos subjetivos dizem respeito ao juiz e às partes, como a competência do juiz, a capacidade civil das partes, etc.

No presente estudo, não cabe adentrar no âmago de cada um dos pressupostos processuais, mas apenas abordar de maneira perfunctória o requisito que tem ligação direta com o tema estudado, no caso, o relativo à capacidade processual das partes.

A capacidade processual das partes, em geral, coincide com a capacidade civil e consiste, basicamente, na possibilidade de a própria parte praticar os atos processuais, ou seja, participar diretamente da relação jurídico-processual, prescindindo de representante legal.

O titular do direito tem capacidade de uso e gozo, mas, algumas vezes, não pode atuar diretamente em juízo, como é o caso do incapaz. Nessa hipótese, os atos processuais não podem ser praticados pelo titular do direito, sendo indispensável que outra pessoa o represente em juízo. Nessa hipótese, o representante não é parte e sim mero gestor de interesses alheios, pois atua em nome alheio, defendendo direito de terceiro. Trata-se da representação *ex lege*.

A representação também pode ser voluntária, decorrente de negócio jurídico, em que o próprio titular do direito confere poderes a outrem para ir a juízo defender seus direitos. Nestes casos é indispensável a autorização expressa passada pelo representado ao representante.

3 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL – DIFERENÇAS BÁSICAS

Nesta altura, já podemos sublinhar algumas diferenças evidentes entre o instituto da substituição processual e o da representação, que ajudarão a compreender mais bem o comando do artigo 8º, inciso III, da Lei Maior.

O substituto processual quando atua em juízo o faz como parte, em nome próprio, defendendo interesse alheio. Na substituição processual, o direito de ação é do próprio substituto, prescindindo, por isso, de autorização expressa do substituído para ajuizar a ação, que decorre de autorização legal.

Já na representação o representante não é parte, pois atua em nome do representado, defendendo interesses deste. O representado é a parte processual, mas não pode agir, por si só, praticando os atos processuais, que serão realizados pelo representante. Mas os efeitos processuais e materiais decorrentes da atuação do representante são suportados pelo representado, que é a parte. Por isso, é indispensável a outorga de poderes pelo titular do direito ou, então, previsão legal expressa, como no caso dos incapazes, para validar a atuação processual do representante.

Calamandrei bem esclarece as diferenças entre os dois institutos, ensinando que:

(...) mientras el representante hace valer en juicio un derecho ajeno en nombre ajeno (es decir, un derecho del representado a nombre del representado), el sustituto hace valer en juicio un derecho ajeno en nombre próprio (es decir, un derecho del sustituido, en nombre del sustituto); lo cual significa, que, mientras en la representación parte en causa es el representado y no el representante, en la sustitución es parte en causa el sustituto, no el sustituido.⁴

Tais diferenças demonstram a importância e o alcance da correta interpretação do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal. Isso porque a corrente doutrinária e jurisprudencial que enxerga nesse dispositivo constitucional a substituição processual ampla, confere poderes bem mais vastos aos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, do que aqueles que entendem que a Carta Constitucional não reconhece a legitimação ampla dos sindicatos para atuar em juízo em nome próprio, na defesa de interesses dos membros de sua categoria.

4 EXEGESE DO ARTIGO 8º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

4.1 HERMENÊUTICA JURÍDICA

A hermenêutica jurídica tem por finalidade auxiliar o operador do direito a encontrar o verdadeiro sentido da norma legal.

⁴ SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.40.

Ao contrário do que se entendia em tempos remotos, toda lei requer interpretação jurídica, por mais clara que se apresente. Isso porque a simples afirmação de que uma lei tem esse ou aquele comando já enseja uma análise crítica, sempre buscando o seu real sentido.

O operador do direito, independentemente do ramo de atuação (magistratura, promotoria, advocacia, etc.), tem à disposição diversas técnicas para descobrir o âmbito de proteção da norma jurídica, especialmente daquelas normas imprecisas, cujo conteúdo não possibilita identificar, com segurança, o seu comando.

Nesse sentido, cabe enumerar e tecer breves considerações sobre os critérios mais comuns de interpretação das normas jurídicas e que são utilizados, indistintamente, para qualquer ramo do direito: interpretação gramatical, sistemática, histórica e teleológica.

Tais critérios serão úteis à interpretação do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, que é vago ao tratar da defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, sem precisar, com clareza, se autorizou ou não a substituição processual.

Pela interpretação gramatical, busca-se descobrir o real sentido da norma por meio da aplicação das regras da gramática, examinando cada vocábulo. Esse critério, geralmente, é insuficiente, na medida em que as palavras, muitas vezes, têm mais de um significado. Assim, a sua aplicação isolada, sem levar em conta outros métodos de hermenêutica pode levar a conclusões absurdas, a depender do significado que se escolha para determinada palavra.

A insuficiência da interpretação gramatical para desvendar o conteúdo da norma remete a outros métodos, entre os quais se destaca a interpretação sistemática. De acordo com o referido critério, a norma deve ser interpretada dentro do sistema legal que integra, analisando-se todos os preceitos legais que tratam da mesma matéria. Isso porque a exegese conferida ao texto legal deve harmonizar-se com os demais dispositivos que tratam da matéria, evitando ambigüidades.

Outro método importante para auxiliar o trabalho do hermeneuta é a interpretação histórica, que consiste em examinar as normas que antecederam o texto legal, as discussões travadas quando da sua elaboração, as emendas apresentadas. Por meio dessa análise, certamente, será identificada a vontade do legislador.

No entanto, não basta identificar apenas a vontade do legislador, sendo indispensável descobrir a vontade da própria lei, que, uma vez editada, passa a ter

vida própria. Neste particular, ganha destaque a interpretação teleológica, em que se verifica qual a finalidade da norma jurídica, o que ela procura proteger.

Esses critérios de hermenêutica não devem ser aplicados isoladamente, nem preponderam uns sobre os outros. Ao contrário, devem ser utilizados em conjunto, visando a bem entender o sentido da norma ao aplicá-la ao caso concreto.

Além desses critérios gerais de interpretação, existem regras específicas para interpretação das normas constitucionais, em virtude da característica peculiar dessas normas, concebidas de forma mais ampla, e, também, de sua importância, já que se encontram no ápice da pirâmide normativa do País.

De maneira objetiva e didática, Alexandre de Moraes aponta os diversos princípios enumerados por Canotilho, explicando-os:

- *da unidade da constituição*: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;
- *do efeito integrador*: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;
- *da máxima efetividade ou da eficiência*: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;
- *da justeza ou da conformidade funcional*: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;
- *da concordância prática ou da harmonização*: exige-se a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros; e
- *da força normativa da constituição*: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.⁵

O mesmo autor, invocando as sábias lições de Jorge Miranda, complementa a lista dos referidos princípios, *verbis*:

- a *contradição de princípios* deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios;

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.44-45.

- deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade;
- os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher-se seu verdadeiro significado.⁶

A referência a essas técnicas de interpretação neste trabalho tem por finalidade apenas resgatar, de forma simplificada, o conceito básico de cada uma delas para, a seguir, aplicá-las, concretamente, na exegese do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal.

Cabe lembrar que os critérios não são excludentes. Ao contrário, devem ser aplicados em conjunto, buscando esclarecer a *mens legis* do preceito constitucional em estudo.

4.1.1 APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS COMUNS E ESPECIAIS NA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 8º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Delineados os principais pontos de contato com o tema objeto deste estudo, que é a definição da forma de atuação dos sindicatos na defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, se, na qualidade de substituto processual ou de mero representante dos trabalhadores, chegamos ao cume do trabalho, que é a aplicação dos diversos métodos de interpretação, visando a elucidar o verdadeiro sentido do comando inscrito no artigo 8º, inciso III, da Constituição.

Com efeito, estabelece o referido dispositivo constitucional, *verbis*:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

omissis

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

Afinal, qual o âmbito normativo do mencionado preceito constitucional? Quis o legislador constituinte atribuir aos sindicatos a substituição processual ampla dos integrantes da categoria ou pretendeu conferir-lhe apenas o direito de

⁶ MORAES, Alexandre de. *op.cit.*, p.45.

representação? Essas são perguntas complexas que vêm ocupando a doutrina e a jurisprudência desde o advento da nova ordem constitucional.

A análise da literalidade do artigo 8º, inciso III, da Carta Magna não oferece resposta segura aos aludidos questionamentos. Isso porque, muito embora o legislador constituinte tenha conferido aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, o dispositivo não esclarece de que forma e em que dimensão se daria essa defesa em juízo.

Como vimos, a questão é relevante, na medida em que as duas possibilidades se diferenciam sobremaneira, tendo repercussão expressiva na amplitude do sistema de proteção dos trabalhadores conferido pelo novel texto constitucional.

A substituição processual possibilita aos sindicatos, na qualidade de parte processual, movimentar a máquina do Judiciário para reivindicar direitos dos trabalhadores integrantes de sua categoria, independentemente de autorização expressa dos substituídos. Seu âmbito de proteção é, por assim dizer, mais amplo, uma vez que a atuação autônoma da entidade sindical inibe a represália que os trabalhadores sofrem dos empregadores quando demandam judicialmente em busca da proteção dos seus direitos.

Já a via da representação processual é mais restrita, uma vez que os sindicatos passariam a integrar as lides na qualidade de gestor de interesses dos integrantes das respectivas categorias, necessitando de outorga de poderes para ingressar em juízo em nome dos representados.

Em primeiro lugar, mostra-se interessante ressaltar o contexto histórico em que surgiu o novo texto constitucional.

A Constituição Federal estabeleceu um marco entre o regime ditatorial e a democratização do País. O período ditatorial, em que predominava alto grau de intervencionismo estatal nas relações sociais, políticas e econômicas e forte cerceamento das liberdades individuais, teve como golpe mortal o advento da Carta Magna.

A ruptura com o regime anterior está expressa na própria conduta do legislador constituinte, ao regulamentar de forma exaustiva todos os assuntos relevantes ao bom funcionamento do Estado, adotando uma Constituição analítica e não sintética. Foi uma forma de assegurar aos cidadãos as liberdades e os direitos tão reivindicados, rompendo de vez com o sistema anterior.

Nesse contexto, o sistema sindical brasileiro delineado pela Consolidação das Leis do Trabalho, que antes sofria forte intervenção do Estado, experimentou

acentuada mudança. Muito embora tenham sido mantidos o antigo imposto sindical, atualmente com a roupagem de contribuição sindical, e a unicidade sindical, resquícios do período intervencionista, o fato é que a nova ordem constitucional procurou fortalecer as entidades sindicais, conferindo-lhes autonomia e liberdade de atuação, com o objetivo de mais bem proteger a classe de trabalhadores.

Diversos dispositivos constitucionais demonstram a modernização da estrutura sindical, a partir do Capítulo que trata dos direitos sociais. O artigo 7º, inciso XXVI, expressamente reconheceu as convenções e os acordos coletivos de trabalho, sendo complementado pelo inciso VI do artigo 8º, que obriga a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

O artigo 8º, inciso I, consagrou, expressamente, a vedação a qualquer intervenção estatal, consignando que “a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical”.

O fortalecimento da organização sindical brasileira fica evidente, ainda, pela constitucionalização das garantias dos dirigentes sindicais, conforme se evidencia do inciso VIII do mesmo artigo 8º, que estabelece: “é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”.

O direito de greve, assegurado pelo artigo 9º da Lei Maior, também demonstra o intuito de revigorar o funcionamento das entidades sindicais.

A regulamentação da organização sindical no Título que trata dos direitos e garantias fundamentais, especificamente no Capítulo dos direitos sociais, demonstra que o legislador constituinte quis dotar as entidades sindicais de poderes para, juntamente com as instituições públicas, velar pela observância dos direitos dos trabalhadores.

A análise sistemática dos diversos dispositivos constitucionais que tratam do sistema sindical indica que a intenção do legislador foi fortalecer as entidades sindicais e lhes outorgar uma função social relevantíssima no tocante à defesa judicial e extrajudicial dos direitos dos trabalhadores.

Assim, em atenção aos princípios da unidade da constituição, da máxima efetividade e da força normativa da constituição, que informam a hermenêutica constitucional, é de se concluir que o artigo 8º, inciso III, da Carta Magna, estabeleceu a substituição processual ampla pelos sindicatos na defesa dos interesses e direitos coletivos e individuais da categoria.

Essa postura do legislador constituinte já vinha sendo adotada pela legislação ordinária, que em inúmeros diplomas legais intensificou o papel social dos sindicatos quanto à tutela dos interesses dos trabalhadores.

Saliente-se, por exemplo, que a assistência judiciária gratuita dos trabalhadores é prestada pelos sindicatos, por determinação do artigo 14 da Lei nº 5.584/70, *verbis*:

Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato profissional a que pertencer o trabalhador.

Essa mesma lei conferiu nova redação ao § 1º do artigo 477 da CLT, condicionando a validade do pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho com mais de 1 ano de serviço à assistência do respectivo sindicato.

Por esse prisma, também se verifica que a interpretação que mais bem harmoniza os diversos dispositivos legais e constitucionais que tratam da matéria é, sem dúvida, a de que o artigo 8º, inciso III, outorgou aos sindicatos poderes amplos para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria.

A finalidade do legislador constituinte, no caso, que era fortalecer o âmbito de proteção do trabalhador, coincide com essa leitura conferida à norma inscrita no artigo 8º, III, da Magna Carta, especialmente nos dias atuais, em que a defesa coletiva de direitos em juízo vem ganhando importância ímpar.

Também é importante fazer uma interpretação conjunta do artigo 5º, incisos XXI e LXX, com o artigo 8º, inciso III, todos da Constituição Federal, de modo a expungir qualquer dúvida sobre o sentido da norma constitucional em exame.

Dispõe o inciso XXI, do mencionado artigo 5º, que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Já o inciso LXX, alínea “b”, do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que:

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
omissis

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;

Após acesa polêmica o excelso Supremo Tribunal Federal concluiu que o inciso LXX do artigo 5º, acima transcrito, instituiu hipótese de legitimação extraordinária, ou seja, substituição processual e não representação processual, como é o caso do inciso XXI do mesmo diploma constitucional. Concluiu, também, que este preceito, ao se referir a “entidades associativas” não compreende as organizações sindicais.

Essa interpretação foi conferida pelo Exm.º Sr. Ministro Carlos Velloso, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 182.543-0, conforme se depreende do seguinte trecho do seu voto, *verbis*:

Na verdade, cumpre distinguir a hipótese do art. 5º, XXI – caso de representação, em que se exige a autorização expressa dos filiados, certo que “entidades associativas” não compreendem organizações sindicais, mas associações – do mandado de segurança coletivo do inciso LXX do art. 5º da Constituição. Neste, tem-se substituição processual, o que parece ocorrer, também, na hipótese do artigo 8º, III, da Lei Maior.⁷

Nesse mesmo sentido, manifestou-se o Plenário do excelso Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Exm.º Sr. Ministro Néri da Silveira, nos autos do Mandado de Injunção nº 3475/400. Muito embora esse processo não tenha sido conhecido por impossibilidade jurídica, ao rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do sindicato, argüida pela douta Consultoria Geral da República, restou consignado pelo Relator que:

Estipulando o art. 8º, inciso III, da Constituição, que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, não parece, efetivamente, possível, na espécie, deixar de reconhecer-lhe legitimidade para pleitear, como o faz, na defesa do direito da categoria de servidores a que se refere a inicial, em ordem a lograrem condições de auferir as vantagens funcionais decorrentes da isonomia de vencimentos indicada na peça introdutória.

Em alusão ao disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal o ilustre Relator arremata que: “Distinta é a situação das entidades associativas, cuja legitimidade para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente, depende de expressa autorização”.

⁷ RE-182.543-0, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ-07.04.1995.

Mais uma vez, cumpre invocar o princípio da unidade da constituição, enumerado por Canotilho, para enfrentar o problema.

De acordo com as sábias lições de Alexandre de Moraes o referido princípio informa que “a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas”.⁸

De fato, não poderíamos imaginar que o legislador constituinte quisesse, ao referir a “entidades associativas” no artigo 5º, inciso XXI, incluir as entidades sindicais. Isso porque esvaziaria o conteúdo do artigo 8º, inciso III, que trata especificamente da defesa judicial ou extrajudicial dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria. A Constituição Federal não contém preceitos inúteis, não podendo ser admitida tal ilação.

Assim, conformando os dois dispositivos constitucionais, tem-se que o inciso XXI, do artigo 5º disciplina a atuação judicial e extrajudicial das associações em nome de seus filiados, sendo certo que, para tanto, elas precisam de autorização expressa de seus membros. Já o artigo 8º, inciso III, da Constituição atribui aos entes sindicais a missão de defender em juízo os direitos e interesses coletivos e individuais da categoria.

Outra ponderação que podemos fazer é que a análise sistemática dos incisos XXI e LXX, do artigo 5º e do inciso III, do artigo 8º da Constituição Federal demonstra que o legislador constituinte foi expresso quando quis tratar da hipótese restritiva da representação (art. 5º, XXI), não estendendo a condicionante aos incisos LXX, do artigo 5º e III, do artigo 8º.

A propósito, os debates da Assembléia Nacional Constituinte não deixam dúvida quanto à pretensão de se ampliar os instrumentos de defesa do trabalhador em juízo, consagrando a figura da substituição processual no inciso III, do artigo 8º da Carta Magna. A defesa do Deputado Paes Landim para a aprovação da Emenda nº 2T01390-6, do Constituinte Nyder Barbosa, que pretendia suprimir a expressão “ou individuais” do referido dispositivo constitucional, esclarece a questão:

(...) O que se quer, Sr. Presidente, através do dispositivo constitucional que a emenda pretende suprimir é evitar que, em nome da vontade coletiva, os sindicatos levem mais um instrumento de desestabilidade social, mais um instrumento de desorganização da própria estrutura social, ao pleitear judicialmente, ao demandar, sem mais nem menos, em nome do trabalhador. Às vezes esse não tem sequer conhecimento

⁸ MORAES, Alexandre de. *op.cit.*, p.44.

do que trata a relação judicial proposta pelo sindicato. Isto é uma violência cometida ao direito individual do cidadão, que é um trabalhador, que não pode ter substituída a sua vontade individual pela atuação coletiva do sindicato em ações, em procedimentos judiciais que nada têm a ver com a relação de emprego.⁹

Como se nota, os próprios defensores da Emenda restritiva acima citada tinham plena consciência de que a redação original do artigo 8º, inciso III, e que acabou por ser aprovada pela Assembléia, instituía a substituição processual ampla.

A intervenção do Senhor Luís Roberto Ponte também demonstra que os constituintes que se mostraram contrários à proposta de restrição contida na aludida Emenda estavam cientes da distinção entre a disposição restritiva do artigo XXI, do artigo 5º e o comando do artigo 8º, inciso III, optando pela manutenção da redação original deste artigo, *verbis*:

Sr. Presidente, o Sr. Relator mencionou que o inciso XXI já contempla o que aí está disposto. Ao ler o dispositivo, S. Ex.^a se referiu a “entidades associativas, quando expressamente autorizadas”, mas os termos “expressamente autorizada” não se encontram nos dispositivos referentes a sindicato. Portanto, o dispositivo é um pouco diferente e me parece que não é abrangente.¹⁰

Como se nota, a intenção do legislador constituinte era, de fato, conferir aos sindicatos a substituição processual dos trabalhadores, nos termos em que foi aprovado o artigo 8º, III, que não se confunde com o comando inserto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta Magna.

Esse, também, parece ser o entendimento que mais bem se harmoniza com a moderna organização sindical consagrada na Constituição Federal de 1988, que, indubitavelmente, pretendeu conferir papel de destaque às entidades sindicais na defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores, regulamentando-a no Capítulo dos Direitos Sociais.

A interpretação restritiva do artigo 8º, III, não atende, da mesma forma, o princípio da máxima efetividade, segundo o qual, tomando novamente as lições de Alexandre de Moraes, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda”.¹¹

⁹ Diário da Assembléia Nacional Constituinte, sexta-feira, 12 ago. 1988.

¹⁰ Diário da Assembléia Nacional Constituinte, sexta-feira, 12 ago. 1988.

¹¹ MORAES, Alexandre de. *op.cit.*, p.44.

Ao que parece, esse será o caminho a ser adotado pelo excelso Supremo Tribunal Federal. Isso porque, além dos inúmeros precedentes terem entendido que o referido dispositivo constitucional encarta a hipótese de substituição processual, a interpretação conferida ao inciso XXI, do artigo 5º da Constituição Federal também sinaliza nesse sentido, conforme demonstram os precedentes jurisprudenciais acima transcritos, da lavra dos Exm.^{os} Srs. Ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira.

Fatores sociais e de política judiciária também justificam esse posicionamento.

Os graves problemas sociais e econômicos vividos pelo Brasil, como demonstram os elevados índices de desemprego, de analfabetismo, de pobreza e de estagnação econômica, refletem diretamente no desempenho do Poder Judiciário Trabalhista, que não tem conseguido dar vazão ao crescente número de processos que, ano a ano, abarrotam os tribunais.

Uma das soluções para tentar restabelecer a prestação jurisdicional célere e qualitativa e que já vem refletindo uma tendência mundial é priorizar a defesa judicial coletiva dos direitos. E é, justamente, o que prevê o artigo 8º, III, da Carta Magna.

A coletivização das ações não apenas desafoga os tribunais, mas traz inúmeros benefícios para os jurisdicionados.

Em primeiro lugar, importa, inevitavelmente, em agilização da prestação jurisdicional, na medida em que uma única sentença põe termo a inúmeros litígios que seriam deduzidos em processos individualizados. Com isso, ganha o particular que não precisa ficar esperando anos e anos para ver solucionada a sua lide e ganha o próprio Poder Judiciário, que conseguirá desafogar os seus tribunais entulhados de processos.

Além disso, as ações coletivas importam em diminuição dos custos e democratização da jurisdição. Ocorre que aquelas demandas de pequeno valor e que jamais seriam deduzidas em juízo individualmente, em virtude do custo elevado da entrega da jurisdição, podem, perfeitamente, ser objeto de ações coletivas. Assim, direitos que jamais contariam com a proteção do Estado-Juiz, por impossibilidade técnica e financeira, serão tutelados por meio das ações coletivas, que facilitam o acesso à justiça.

Outro benefício evidente consiste no prestígio do Poder Judiciário, na medida em que as ações coletivas afastam um grande inconveniente dos processos individualizados, que é a prolação de decisões contrárias para um mesmo caso, gerando o descrédito da função jurisdicional.

Cabe, aqui, invocar o princípio de hermenêutica relacionado por Jorge Miranda e bem sintetizado por Alexandre de Moraes, segundo o qual “deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade”.¹²

De fato, não se admite no contexto histórico atual restringir o âmbito normativo do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, em descompasso com a evolução natural da jurisdição. O referido preceito constitucional consagrou a legitimação extraordinária dos sindicatos para a defesa dos interesses e direitos coletivos e individuais dos membros da respectiva categoria, visando, claramente, a instituir instrumento eficaz de proteção dos trabalhadores.

Cumprido ao hermenêutica do direito prestigiar o comando inscrito na aludida norma constitucional, de alcance social imensurável, dando-lhe o real sentido de suas palavras e não deturpando sua nobre finalidade.

5 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

A doutrina também se dividiu ao analisar o presente tema, parte compreendendo o comando do artigo 8º, inciso III, da Carta Magna como uma autorização ampla para a substituição processual dos membros da categoria pelos respectivos sindicatos, parte restringindo o seu conteúdo e exigindo autorização legal expressa para a legitimação extraordinária.

Nesta etapa, alinharemos as diversas tendências doutrinárias a respeito da matéria, de forma a mais bem compreender os fundamentos jurídicos que norteiam essas correntes conflitantes, para, afinal, fortalecer nosso convencimento sobre o tema.

Começaremos por aqueles que se posicionam no sentido de que o artigo 8º, inciso III, da Constituição não autoriza a substituição processual ampla.

A primeira e importante voz que citaremos e que adota a tese restritiva é a de Arnaldo Süssekind, ex-Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e um dos maiores expoentes do Direito do Trabalho. O referido autor, em sua obra *Direito constitucional do trabalho*, prende-se à interpretação histórica para negar a substituição processual dos trabalhadores pelos sindicatos de forma ampla,

¹² MORAES, Alexandre de. *op.cit.*, p.45.

salientando que foi suprimida da redação do artigo 8º, inciso III, a expressão “substituto processual”. Com efeito, esclarece o referido professor que:

(...) a expressão ‘substituto processual’ foi suprimida pelo Plenário da Assembléia, no 1º turno de votação, sendo que a emenda que tentou restabelecê-la foi rejeitada no 2º e último turno. Destarte, houve manifesta deliberação de não outorgar às associações sindicais, pela via constitucional, a condição de substituto processual em todos os casos de interesse da categoria representada. Essa circunstância tem evidente valor histórico na interpretação do inciso III do art. 8º da Carta Magna. E, com a propositada supressão das palavras ‘substituto processual’, o Constituinte fez prevalecer a doutrina tradicional, em virtude da qual essa legitimação extraordinária deve resultar de expressa previsão legal para cada hipótese.¹³

Não obstante o entendimento do respeitável mestre, a interpretação do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal não se pode dar apenas e tão-somente sob o prisma da análise histórica da votação do referido dispositivo constitucional. Esta deve ser sopesada com as demais técnicas de interpretação da norma constitucional para se descobrir o âmbito de proteção do preceito, especialmente quando os debates da Assembléia Nacional Constituinte, reproduzidos no tópico anterior, deixam claro que os constituintes tinham plena consciência de que a redação do dispositivo constitucional aprovada estabelecia a substituição processual ampla, independentemente da expressão suprimida, a que se reporta Sússekind.

O posicionamento acima reproduzido não é isolado. Ao contrário, encontra aceitação em parte da doutrina e na jurisprudência, valendo citar o posicionamento de Carlos Olavo Pacheco, Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Quando o sindicato postula em defesa de direitos individuais ou coletivos da categoria, ele o faz como *representante*, porque a categoria, apenas como tal, não teria identidade jurídica própria, não podendo representar-se em juízo a não ser e apenas por ele. Nesta hipótese, por simples autorização em assembléia geral da entidade, que, pelo princípio da autonomia sindical é a própria categoria formalmente organizada, tem o sindicato legitimidade para postular direito coletivo em nome próprio. Se, por outro lado, defende em juízo direitos pessoais de filiados, ou ele o faz *mediante autorização expressa de cada um*, ou em razão de *substituição processual* (legitimação extraordinária) criada por lei.¹⁴

¹³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.390.

¹⁴ MEDEIROS, Carlos Olavo Pacheco de. Substituição processual e sindicato (art. 8., III, da CF). *Revista do Tribunal Regional Federal – 1ª Região*, vol. 12, n. 1, p.17, jan./mar. 2000.

Josué Silva Abreu, Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 3ª Região, também é incisivo no sentido de que o artigo 8º, III, não autoriza a substituição processual indiscriminadamente, impescindindo de lei regulamentadora para os casos ainda não previstos em lei.¹⁵

Não obstante a expressão dos defensores da tese restritiva da substituição processual no direito processual do trabalho, a corrente doutrinária oposta também vem escudada em judiciosos fundamentos de ilustres professores, como é o caso do Exm.º Sr. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho José Luciano de Castilho Pereira, que defende a substituição processual para a defesa dos interesses individuais homogêneos, *verbis*:

No Processo do Trabalho, portanto, a substituição processual há de ter em conta esta fragilidade do trabalhador, permanentemente ameaçado pelo desemprego, ameaça que é imediatamente concretizada caso ele ajuíze uma ação na Justiça do Trabalho.

omissis

Estou entendendo que, em regra, a substituição se prestaria a defender os interesses individuais homogêneos, como até previsto no § 2º do art. 195 da CLT, com relação a pedido de adicional de insalubridade ou de periculosidade, ao fixar que o sindicato age em favor de grupo de associados.¹⁶

Pedro Paulo Teixeira Manus comunga do mesmo entendimento acima exposto, concluindo que:

Sob o plano jurídico, a nosso ver, não há como admitir outra conclusão a não ser a de que o artigo 8º, III, da Constituição Federal reconheceu ao sindicato amplos poderes de substituição processual dos interesses individuais de todos os membros da categoria que representa. Não se limita, assim, a substituição processual no processo do trabalho, por força constitucional, aos limites do artigo 6º do Código de Processo Civil. Embora subsista a regra do referido dispositivo legal comum, em Direito Processual do Trabalho o legislador constituinte entendeu de autorizar expressamente o

¹⁵ ABREU, Josué Silva. Da substituição processual, da representação e da assistência no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n. 57, p.57, jul./dez. 1997.

¹⁶ PEREIRA, José Luciano de Castilho. A constituição de 1988: o sindicato: algumas questões ainda polêmicas. In: PELLEGRINA, Maria; SILVA, Jane Granzoto Torres (coord.). *Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*. São Paulo: LTr, 2003. p.72-73.

sindicato a agir como substituto processual, de forma ampla, pelo texto expresso do artigo 8º da Constituição Federal.¹⁷

Também são valiosas as considerações de Raimundo Simão de Melo a respeito da diferença entre a substituição processual trabalhista e a prevista no processo comum, que de certa forma justificam o comando constitucional inscrito no artigo 8º, inciso III. Consigna o referido Procurador Regional do Trabalho que:

Quanto à substituição processual trabalhista – tema central dessa nossa reflexão – é necessário mostrar algumas importantes diferenças com relação ao mesmo instituto no processo comum. Neste, ela se justifica, fundamentalmente, em razão da comunhão de direitos ou conexão de interesses existentes entre substituto e substituído, partindo-se da idéia incrustrada no artigo 6º, do CPC (Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei) de que legitimados para agir e para contestar são as pessoas em cuja esfera jurídica o provimento jurisdicional demandado deve operar os seus efeitos; no processo trabalhista, ao contrário, a razão desse instituto está na necessidade de defesa do interesse social da coletividade que reclama respeito à ordem jurídica positiva, rapidez, barateamento e efetividade da prestação jurisdicional e, enfim, maior atuação da lei pelo Judiciário, o que representa, indubitavelmente, um rompimento com os dogmas do passado, pois os institutos do processo civil ortodoxo não mais atendem à necessidade de hoje, no campo dos direitos difusos e coletivos. Os sindicatos, na esfera trabalhista, são, indubitavelmente, os mais vocacionados para a defesa dos interesses coletivos e individuais das categorias representadas, cujo instrumento, dos mais importantes, é a substituição processual.¹⁸

Invocando as sábias lições de Wagner D. Giglio, o aludido autor, no mesmo artigo, acrescenta que:

Na substituição trabalhista, o sindicato não satisfaz interesse próprio algum, como ocorre com o substituto no processo comum, mas apenas cumpre sua missão precípua de defender os interesses e direitos dos integrantes da categoria, imperando na substituição processual

¹⁷ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Substituição processual no processo do trabalho. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Processo do Trabalho: estudos em homenagem ao professor José Augusto Rodrigues Pinto*. São Paulo: LTr, 1997. p.250.

¹⁸ MELO, Raimundo Simão de. Substituição processual, coletivização e efetividade da prestação jurisdicional. *GENESIS – Revista de Direito do Trabalho*, p.711, maio 2000.

trabalhista outro fundamento importantíssimo: a despersonalização do trabalhador-reclamante, contra represálias do empregador-reclamado.¹⁹

De fato, não há como se confundir a realidade do processo trabalhista com a do processo comum, sem desmerecer a importância deste. Ocorre que os direitos tutelados pelo Direito do Trabalho são de tal ordem de importância que se justifica, plenamente, a autorização de substituição processual ampla contida no artigo 8º, III, da Magna Carta. Basta lembrarmos a natureza alimentar do crédito trabalhista, que impõe, também, tratamento diferenciado pela ordem jurídica, no que tange a sua preferência ante todos os demais créditos da massa falimentar, entre inúmeros outros privilégios.

Alguns autores chegam a enunciar que a legitimação prevista no artigo 8º, inciso III, da Constituição não é extraordinária, mas verdadeira legitimidade ordinária. Um expoente desse pensamento é o mestre Arion Sayão Romita, que assim trata a questão:

A finalidade institucional do sindicato é esta: representar os interesses do grupo. Se o interesse em jogo for o interesse abstrato do grupo, será suscitado um dissídio coletivo; mas, se se tratar de um interesse supra-individual (assim entendido um conjunto de interesses individuais homogêneos e de origem comum), será proposta uma reclamação em que o sindicato não atuará como substituto processual, pois não defenderá em seu nome interesse alheio. Afinal, sindicato existe em função dos interesses dos indivíduos que o compõem, quer interesses coletivos abstratos de todo o grupo, quer interesses individuais ou supra-individuais homogêneos, pertinentes aos integrantes do grupo. A finalidade institucional do sindicato não é, primordialmente, assistencial (o sindicato pode ter, também, finalidade assistencial), mas sim reivindicatória. Ele pode, em consequência, agir em defesa destes interesses, independentemente da outorga de poderes.

Ao agir em defesa de tais direitos, o sindicato não pleiteia em juízo direito alheio. Defende direito próprio, já que pertinente a indivíduos que só se congregam na entidade por ser ela portadora dos interesses comuns àqueles indivíduos.

Diante desse quadro, a resposta à pergunta – trata-se de substituição processual? – só pode ser negativa, porque substituição processual só há quando o autor defende interesse alheio, e, neste caso, parece

¹⁹ *idem*, p.713.

claro que o interesse defendido pelo sindicato alheio não é: sua defesa insere-se na finalidade institucional do ente.

A hipótese não é de substituição processual, mas sim de legitimação ordinária. Não vem ao caso indagar, em consequência, se o sindicato está autorizado por lei para agir. Autorizado está ele, sempre, e não mediante previsão específica em cada caso. E independentemente de outorga de poderes por parte dos interessados (não ‘substituídos’), associados ou não, já que no direito brasileiro (ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos) o sindicato é portador do interesse da categoria, e não apenas de seus associados.²⁰

Não resta dúvida de que o sindicato tem interesse na defesa em juízo dos direitos dos membros de sua categoria, conforme salientou o supracitado autor. No entanto, esse interesse, digamos *lato sensu*, não justifica a legitimação ordinária dos sindicatos para ajuizar ações coletivas no campo, p.ex., dos direitos individuais homogêneos. Ocorre que os titulares diretos desses direitos são os próprios trabalhadores e não o sindicato respectivo. Não obstante, a finalidade dos sindicatos, bem destacada pelo eminente jurista, serve para reforçar a autonomia dessas entidades para propor ações coletivas visando a resguardar direitos coletivos e individuais homogêneos dos membros da categoria, mas, no nosso entender, na qualidade de substituto processual.

Não poderíamos deixar de mencionar neste trabalho o posicionamento adotado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery quanto ao presente tema ao analisar o Enunciado nº 310 do Colendo TST. Consignaram os mencionados doutrinadores que:

O TST 310 fere frontalmente a CF 8º III. Conquanto não mencione expressamente o instituto da substituição processual, a CF 8º III autoriza o sindicato a agir como tal, quando lhe confere legitimidade para defender em juízo os direitos individuais da categoria. Não pode a norma infraconstitucional, seja legal, administrativa ou pretoriana, limitar a ação do sindicato, quando o texto constitucional não o autoriza. A restrição contida no TST 310 é inconstitucional.²¹

As lições doutrinárias acima expostas confirmam as conclusões obtidas no item anterior, quando foram aplicadas as diversas regras de hermenêutica jurídica na análise do comando do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal. Os

²⁰ ROMITA, Arion Sayon. O sindicato e as ações coletivas: representação, substituição processual, legitimação ordinária. *GENESIS – Revista de Direito do Trabalho*, n. 53, p.608, maio 1997.

²¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 5.ed. São Paulo: RT, 2001. p.367.

fundamentos adotados pela segunda corrente doutrinária, que sustenta a tese da legitimação extraordinária ampla dos sindicatos para a defesa dos interesses e direitos coletivos e individuais da categoria, são, de fato, bem mais robustos do que aqueles adotados pela doutrina restritiva.

Negar a legitimidade extraordinária aqui enfatizada é retroceder no tempo, em prejuízo dos direitos sociais assegurados aos trabalhadores pela Constituição Federal. Se a interpretação ao texto constitucional restringe os meios judiciais de defesa dos direitos dos trabalhadores, como quer a tese restritiva, acaba por mitigar os direitos sociais consagrados pela Lei Maior, o que é inadmissível.

6 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

Conforme destacado no início deste trabalho, a presente matéria suscitou acalorado debate não apenas entre os doutrinadores, mas os próprios tribunais pátrios dissentiram quanto à exegese do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal.

A complexidade da matéria e, principalmente, a sua relevância dividiram o posicionamento dos operadores do direito. Para ilustrar a dimensão da controvérsia estabelecida em torno do presente tema, transcreveremos alguns arestos paradigmas originários do Tribunal Superior do Trabalho que espelham as duas correntes diametralmente opostas que inicialmente se formaram nas Instâncias Trabalhistas e em que sentido a mais alta Corte da Justiça do Trabalho estratificou o seu pensamento.

Como bom exemplo da corrente que enxerga no artigo 8º, inciso III, da Constituição a substituição processual ampla pelos sindicatos das categorias encontra-se o acórdão proferido pela Quinta Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho no ano de 1992, que bem sintetiza em sua ementa a tese adotada a respeito do tema:

Substituição Processual

Já é tempo de buscar-se acentuar uma autonomia seletiva do Direito Processual do Trabalho, afastando-o, sempre que possível, da tradição liberal-individualista civil que identifica – de regra – no titular do direito subjetivo, o único legitimado para reivindicá-lo judicialmente. A modernidade que se espalha no campo do Direito requer, ante a norma civilista do art. 6º do CPC, uma cuidada exegese quanto à aplicação ou não do princípio da subsidiariedade no campo do Direito Adjetivo do Trabalho, na forma prevista no art. 769 da CLT. É interpretação mais adequada aquela que, reconhecendo a função institucional do Sindicato como órgão de defesa dos direitos

e interesses individuais ou coletivos da categoria (Constituição Federal, art. 8º, inciso III), o tem como legitimado processualmente para representar ou substituir os titulares do direito subjetivo, sempre que fundado este em interesses comuns a uma dada coletividade. Por isso que se requer soluções homogêneas para a composição do conflito e em um só feito. Ademais, numa visão pragmática, interessa à boa prestação jurisdicional que ela, além de qualitativamente ideal, tenha em conta a necessidade da celeridade, da economia processual e a da coerente uniformização da jurisprudência. Estar-se-á, também, pois, num processo jurídico-seletivo, restringindo o número de reclamações trabalhistas com a mesma *causa paetendi*, atendendo-se ao interesse da contenção da avalançada de demandas que hoje assoberbam a Justiça do Trabalho, criando situação de fato quase caótica em todas as suas Instâncias. Substituição processual, portanto, que é de se admitir no interesse maior da realidade social e sem distanciar-se da preocupação com o conteúdo jurídico do entendimento.

Revista parcialmente conhecida, mas não provida.²²

A referida decisão, arrojada para aquele período de transição e consolidação da democracia brasileira, ressaltou, com inteira propriedade, a necessidade de se romper com o individualismo reinante no Código de Processo Civil, como forma de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, especialmente no campo do Direito Processual do Trabalho. Também enumerou relevantes benefícios da substituição processual, concernentes à celeridade e à economia processual, como forma de desafogar os tribunais trabalhistas, e, especialmente, a credibilidade das soluções uniformes proporcionadas pelas ações coletivas.

Também a Terceira Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho posicionava-se nesse mesmo sentido, valendo citar acórdão da lavra do Exm.º Sr. Ministro Francisco Fausto, atual Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, cuja ementa assim dispõe:

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – LEGITIMIDADE.

1 Com o advento da Constituição Federal de 1988, a figura do mandato legal presumível e revogável não foi descaracterizada, já que pelo art. 8º, inciso III, o sindicato adquiriu legitimidade para representar quaisquer membros da categoria sem procuração.

2 Revista desprovida.²³

²² RR-30.748/1991, Relator Ministro Armando de Brito, Quinta Turma, DJ-28.08.1992.

²³ RR-15.083/90.6, Relator Ministro Francisco Fausto, Terceira Turma, DJ-30.04.92.

Não obstante o entendimento acima citado, outras Turmas do Colendo Tribunal Superior do Trabalho posicionaram-se contrárias ao referido entendimento, conforme se depreende do seguinte acórdão, da lavra do Exm.º Sr. Ministro Vantuil Abdala:

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL PELO SINDICATO

O artigo 8º, III, da Constituição Federal, não tem o condão, de *per si*, de autorizar a plena e irrestrita substituição processual dos obreiros por seu sindicato.

Revista conhecida e desprovida.²⁴

No corpo do v. acórdão restaram explicitados os fundamentos da decisão retrocitada, *verbis*:

(...) o artigo 8º, III da Constituição Federal, de *per si*, não é autorizador da substituição processual pelo sindicato profissional de forma irrestrita. Isto porque a substituição em apreço constitui hipótese de exceção. Apenas se o ordenamento jurídico expressamente o determinasse, é que haveria de ser acatada a tese de ampla e irrestrita viabilidade de substituição processual dos obreiros por seu sindicato. Todavia, o texto invocado da Carta Maior apenas afirma caber ao sindicato “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais...” (CF, art. 8º, III). Nada cuida o artigo mencionado, especificamente, quanto à viabilidade de substituição processual.

Ressalte-se que, como se observa do artigo 5º, XXI, a viabilidade de representação judicial dos interesses de componentes de entidade associativa pela própria entidade está condicionada, como regra geral, à existência de autorização expressa.

Como se nota, a segunda corrente adotou um posicionamento mais tradicional, influenciada, talvez, pela orientação individualista do Código de Processo Civil, que vê a substituição processual como exceção à regra de que os legitimados para propor as ações judiciais são os próprios titulares dos interesses em conflito, devendo estar expressamente prevista em lei.

Esse posicionamento mais conservador e cauteloso talvez se explique, também, pelo impacto natural que institutos revolucionários causam no primeiro momento, como foi o caso das ações coletivas, que romperam com o sistema

²⁴ RR-21.758/91.7, Relator Ministro Vantuil Abdala, Segunda Turma, DJ-06.12.1991.

processual tradicional e individualista do Código de Processo Civil. Cautela, principalmente, quanto ao preparo das entidades sindicais para assumir, naquele momento, papel tão relevante, e a real eficácia do instituto da substituição processual ampla para a proteção dos direitos dos trabalhadores.

Tudo isso pode ter levado o Colendo Tribunal Superior do Trabalho a sedimentar sua jurisprudência no sentido de restringir a substituição processual aos casos expressamente previstos em lei e emprestar interpretação restritiva ao comando do artigo 8º, inciso III, da Carta Magna. Aliás, foi nesse exato sentido que a Corte Superior, no ano de 1993, editou o Enunciado nº 310, que assim estabelece:

Enunciado do TST Nº 310 Substituição processual. Sindicato

I – O art. 8º, inciso III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato.

II – A substituição processual autorizada ao sindicato pela Leis nº 6.708, de 30.10.79, e 7.238, de 29.10.84, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 3.7.89, data em que entrou em vigor a Lei nº 7788.

III – A Lei nº 7788/89, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria.

IV – A substituição processual autorizada pela Lei nº 8073, de 30.7.90, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.

V – Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.

VI – É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.

VII – Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento.

VIII – Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios. (Res. 1/1993 DJ 06-05-1993)

Verifica-se, que o Colendo Tribunal Superior do Trabalho interpretou, de fato, restritivamente o referido artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, entendendo que a substituição processual pelos sindicatos somente se poderia dar por autorização legislativa. Assim, somente nos casos expressos da Consolidação das Leis do Trabalho, como no trabalho insalubre e perigoso ou na ação de cumprimento, ou então, das leis extravagantes, é que havia autorização legal para a substituição processual dos trabalhadores. Fora dessas hipóteses, o sindicato somente poderia ajuizar reclamação trabalhista na qualidade de representante dos trabalhadores, devendo estar autorizado para tanto.

Tudo indicava que a edição do Enunciado nº 310 pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho pacificaria a discussão sobre a presente matéria. No entanto, por se tratar de tema constitucional, cuja última palavra compete ao excelso Supremo Tribunal Federal, inúmeras decisões foram proferidas em sentido contrário ao entendimento consolidado do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Entre essas decisões, podemos citar o julgamento do Mandado de Injunção nº 347, cujo Relator, Ministro Néri da Silveira, deixou assentado no corpo de seu v. acórdão o seguinte entendimento, *verbis*:

Estipulando o art. 8º, III, da Constituição, que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, não parece, efetivamente, possível, na espécie, deixar de reconhecer-lhe legitimidade para pleitear, como o faz, na defesa do direito da categoria de servidores a que se refere a inicial, em ordem a lograrem condições de auferir vantagens funcionais decorrentes da isonomia de vencimentos indicada na peça introdutória. Distinta é a situação das entidades associativas, cuja legitimidade para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente, depende de expressa autorização.²⁵

Outro posicionamento do excelso Supremo Tribunal Federal favorável à substituição processual ampla se deu nos autos do Recurso Extraordinário nº 202.063-0, acórdão da lavra do Exm.º Sr. Ministro Octávio Gallotti, em que restou consignado que:

²⁵ Mandado de Injunção n. 347, Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ-08.04.94.

O acórdão recorrido deu por contrariado o art. 8º, III, da Constituição, ao assentar que este dispositivo não conferiu a substituição processual ampla e irrestrita ao Sindicato recorrente e que, por isso, ao pretender a substituição processual de um grupo limitado de funcionários públicos da área de ensino, buscando direitos personalíssimos e individuais, sua ilegitimidade ativa *ad causam* apresenta-se manifesta.

Se os "interesses individuais da categoria", a que se refere a norma constitucional, fossem aqueles que dizem respeito à pessoa do sindicato, como propõe o acórdão recorrido, não seria necessário assim dispor a Constituição, pelo simples fato de que este, como pessoa jurídica, estaria legitimado para a defesa dos seus interesses individuais (legitimação ordinária).

Logo, a legitimação a que se refere o inciso III, do art. 8º, da Constituição, só pode ser a extraordinária, como veio a ser explicitada pelo art. 3º da Lei nº 8.073/90, quando dispôs que as entidades sindicais poderão atuar na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria, como substitutos processuais.²⁶

Também sinalizou nesse mesmo sentido o Exm.º Sr. Ministro Carlos Velloso, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 182543-0, *verbis*:

No que toca ao primeiro fundamento do acórdão recorrido – a exigência de autorização dos filiados, membros ou associados para a impetração coletiva – concordo com o eminente Relator, que dispensa tal autorização. Já sustentei, com base no art. 5º, XXI, da Constituição, que as organizações sindicais, as entidades de classe ou associações deveriam estar previamente autorizadas a representar os seus membros ou associados para o aforamento da segurança coletiva. Assim procedi logo que veio a lume a Constituição de 1988. Continuei, entretanto, a meditar sobre a legitimação coletiva, ordinária e extraordinária, que a Constituição de 1988 confere, amplamente, a entidades sindicais, entidades de classe e associações (C.F., art. 5º, XXI; art. 5º, LXX; art. 8º, III; art. 114, § 2º; art. 129, III, a recepcionar a Lei 7347/85 (ação civil pública); art. 103, IX).

Na verdade, cumpre distinguir a hipótese do art. 5º, XXI – caso de representação, em que se exige a autorização expressa dos filiados, certo que ‘entidades associativas’ não compreendem organizações sindicais, mas associações – do mandado de segurança coletivo do

²⁶ RE-202.063-0, Relator Ministro Octávio Gallotti, Primeira Turma, DJ-08.08.97.

inciso LXX do art. 5º da Constituição. Neste, tem-se substituição processual, o que parece ocorrer, também, na hipótese do artigo 8º, III, da Lei Maior.²⁷

Importante ressaltar a interpretação sistemática da Constituição Federal levada a efeito pelo Exm.º Sr. Ministro Carlos Velloso, ao destacar que a atual Carta Magna conferiu ampla legitimação coletiva, ordinária e extraordinária às entidades sindicais, e de cuja análise do artigo 8º, III não se pode distanciar.

A par desses inúmeros julgados e de outros existentes, a questão não está definitivamente sepultada no excelso Supremo Tribunal Federal. Ocorre que o Exm.º Sr. Ministro Marco Aurélio, em 1995, sobrestou o julgamento dos Recursos Extraordinários 193.645-2 e 197.029-4, para que o Plenário se manifestasse definitivamente sobre a matéria em análise.

Em 15 de outubro de 1997, após o voto do Exm.º Sr. Ministro Carlos Velloso, Relator, no sentido de ser legítima a substituição processual dos empregados pelo sindicato de classe, o julgamento dos referidos recursos extraordinários foi suspenso, em virtude do pedido de vista do Exm.º Sr. Ministro Nelson Jobim, pendendo a matéria de definição pelo Plenário da Suprema Corte até o presente momento.

Apesar de estarmos convencidos de que o artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal consagrou a legitimação extraordinária dos sindicatos para a defesa judicial e extrajudicial dos direitos e interesses coletivos e individuais dos membros da respectiva categoria, cumpre aguardar o posicionamento da Excelsa Corte sobre a matéria.

Aliás, a Corte Suprema deve-se posicionar o mais breve possível, pacificando de vez a controvérsia em torno desta matéria, que se vem arrastando por quase quinze anos.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho tem em pauta dois pedidos de revisão e cancelamento do Enunciado nº 310, um formulado pelo Ministério Público do Trabalho e outro por membros da própria Corte.

Seria de todo recomendável que o excelso Supremo Tribunal Federal se pronunciasse definitivamente sobre o tema, antes mesmo do julgamento desses pedidos de revisão, para evitar desencontros da jurisprudência dessas duas instâncias extraordinárias, especialmente por se tratar de matéria de índole constitucional, cuja última palavra será dada pelo Supremo Tribunal.

²⁷ RE-182.543-0, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ-07.04.95.

7 COLETIVIZAÇÃO DAS AÇÕES JUDICIAIS

A interpretação acima sugerida amolda-se, perfeitamente, à evolução histórica recente por que vem passando a entrega da prestação jurisdicional, com a coletivização das ações judiciais.

O individualismo que informa o direito processual comum, bem como o direito processual laboral, cedeu espaço, nos últimos tempos, à inevitável tendência de coletivização das ações judiciais.

E não poderia ser de forma diferente, pois essa coletivização não se deu por acaso, mas acompanha a evolução dos direitos de primeira, segunda e terceira geração.

Com a queda do absolutismo monárquico, surgiram os direitos de primeira geração, consistentes a assegurar as liberdades individuais e afastar a intervenção do Estado nas relações dos particulares, exacerbada no regime monarquista de então.

A crise do Estado Liberal, no entanto, veio a demonstrar que a ausência total do Estado gerava graves desequilíbrios sociais, surgindo a necessidade de intervenção estatal para garantir condições mínimas de vida digna. Nasce, então, os direitos de segunda geração, materializados, especialmente, pelos direitos sociais.

Mais recentemente, tomaram corpo os direitos de terceira geração, consistentes na solidariedade e fraternidade. São exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento econômico dos países, entre outros.

A jurisdição coletiva vem, logicamente, encarar essa profunda evolução e multiplicação dos direitos materiais, sendo certo que o modelo individualista do processo comum não mais atende, isoladamente, às necessidades atuais.

Foi nesse contexto que surgiram as ações civis públicas e coletivas, o mandado de segurança coletivo, entre outros instrumentos de defesa coletiva, que buscam, justamente, assegurar aos indivíduos a efetividade dos direitos acima referidos.

A propósito, cumpre ressaltar que o Direito do Trabalho é pioneiro em matéria de instrumentos processuais coletivizados, bastando lembrar a ação de dissídio coletivo, primeira ação disponibilizada para reivindicar direitos da coletividade.

É certo que o dissídio coletivo não se confunde com as ações coletivas, pelo menos do ponto de vista finalístico, pois naquele o que se busca, em regra, é a criação de novas regras jurídicas referentes às condições laborais, enquanto estas

têm por finalidade assegurar o cumprimento de direitos previstos no ordenamento jurídico. Não obstante, não é errado afirmar que sob o aspecto da reunião de pretensões o dissídio coletivo é uma ação coletiva, pois a sentença normativa nele proferida beneficia todos os membros da categoria das entidades sindicais suscitantes.

Nada mais justo, então, que o Direito Processual do Trabalho resgate a posição de vanguarda que sempre teve na tutela dos interesses dos trabalhadores, mesmo porque a natureza alimentar dos direitos trabalhistas justifica a aplicação da evoluída jurisdição coletiva prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública, em toda a sua dimensão.

Não se justifica a flagrante disparidade entre os instrumentos de defesa dos direitos dos trabalhadores e os colocados, atualmente, à disposição dos consumidores.

A legislação protetora dos consumidores superou em muito à processual trabalhista quanto à coletivização das ações judiciais. Aliás, essa legislação é, reconhecidamente, uma das mais evoluídas nesse ramo do direito e vem, há mais de uma década, transformando as relações entre fornecedores e consumidores.

Nada mais justo reivindicar para os trabalhadores idêntico tratamento, estendendo-lhes a mesma proteção conferida aos direitos dos consumidores por meio das ações coletivas.

Esse posicionamento, sem dúvida, alinha-se aos objetivos do legislador constituinte, que em várias passagens procurou destacar e proteger os direitos dos trabalhadores, chegando mesmo a capitular os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal.

A Constituição Federal, ao consagrar a substituição processual ampla para a defesa em juízo dos interesses e direitos coletivos e individuais da categoria, de que trata o artigo 8º, inciso III, pretendeu, efetivamente, consolidar no processo do trabalho a jurisdição coletiva, como forma de aperfeiçoar os instrumentos de proteção dos direitos e interesses dos trabalhadores e resolver os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, concernentes ao acúmulo dos processos nos tribunais e à insegurança provocada pela existência de decisões díspares sobre um mesmo tema.

8 CONCLUSÃO

Conforme se verificou ao longo deste trabalho, inúmeros e consistentes são os fundamentos que demonstram a previsão no texto constitucional, na redação do artigo 8º, inciso III, da legitimação extraordinária dos sindicatos para a defesa judicial dos direitos e interesses coletivos e individuais dos membros da categoria.

A aplicação dos diversos métodos de hermenêutica, especialmente daqueles destinados à interpretação da Constituição Federal, demonstra que as entidades sindicais de primeiro grau estão autorizadas a atuar em juízo na qualidade de substituto processual, reivindicando direitos coletivos e individuais homogêneos dos integrantes de sua categoria.

Esse entendimento é reforçado por aspectos sociais relevantes, na medida em que a atual Constituição Federal procurou ampliar os instrumentos de defesa dos trabalhadores e valorizar o trabalho, elevando este último a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A intenção do legislador constituinte de fortalecer as entidades sindicais e ampliar a sua participação na proteção dos direitos sociais dos trabalhadores também nos remete àquela conclusão.

Da mesma forma, a legitimação extraordinária conferida aos sindicatos pelo artigo 8º, inciso III, da Carta Magna, sintetiza a evolução natural que vem experimentando a entrega da prestação jurisdicional, com a coletivização das ações judiciais.

O reconhecimento da substituição processual ampla autorizada pelo texto constitucional pode ser considerada, também, como medida de política judiciária adotada pelo legislador constituinte, uma vez que representa uma das possíveis soluções para a crise vivida pelo Poder Judiciário, que não vem conseguindo dar vazão à avalanche de processos que asseverbam os tribunais do País, fruto da crise econômica e social vivida atualmente.

Além disso, a defesa coletiva de direitos está diretamente ligada à credibilidade da Justiça, uma vez que a sentença proferida em ação coletiva reduz, sobremaneira, os riscos de serem prolatadas decisões opostas sobre um mesmo tema, fenômeno natural quando as ações são ajuizadas individualmente e as questões são examinadas por magistrados diversos.

Como se nota, várias são as razões para se adotar uma posição de vanguarda na interpretação do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal. O individualismo exacerbado que informou o Código de Processo Civil não mais se coaduna com os modernos instrumentos de defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos existentes no ordenamento jurídico pátrio.

A natureza alimentar dos créditos trabalhistas requer tratamento diferenciado, como há muito já vem sendo reconhecido pela ordem jurídica, justificando, portanto, a defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos dos trabalhadores pelos respectivos sindicatos, independentemente de autorização expressa, pois esta já está consagrada no texto constitucional, conforme demonstrado.

Espera-se, assim, que o excelso Supremo Tribunal Federal se manifeste definitivamente sobre a presente matéria, confirmando o seu posicionamento inicial, no sentido de reconhecer a legitimidade dos sindicatos para atuar em juízo na qualidade de substituto processual dos membros da categoria, conforme preconiza o artigo 8º, inciso III, da Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Josué Silva. Da substituição processual, da representação e da assistência no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n. 57, p.43-58, jul./dez. 1997.
- ALVIM, Arruda. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. *Revista de Processo – REPRO 106*, ano 27, p.18-27, abr./jun. 2002.
- ANDRADE, Dácio Guimarães de. Substituição processual. *Decisório trabalhista*, p.9-14, set. 1998.
- BORGES, Raphael de Oliveira e Silva. Estudo sobre substituição processual. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 32, jun. 1999. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=803>. Acesso em 30 maio 2003.
- COELHO, Milner Amazonas. Da substituição processual. *Jornal trabalhista*, ano XV, n. 696, fev. 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- KOCHER, Eva. *A ação civil pública e a substituição processual na justiça do trabalho: “Verbandsklagen” no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998.
- LEAL, Ronaldo. Substituição processual do art. 8., III, da constituição federal: aplicação ao processo do trabalho das normas de procedimento das leis n. 7.347/85 e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). *Síntese Trabalhista*, ano XI, n. 130, abr. 2000.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira Manus. Substituição processual no processo do trabalho. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). *Processo do trabalho: estudos em homenagem ao professor José Augusto Rodrigues Pinto*. São Paulo: LTr, 1997.

- MEDEIROS, Carlos Olavo Pacheco de. Substituição processual e sindicato (art. 8., III, da CF). *Revista do Tribunal Regional Federal – 1ª Região*, vol. 12, n. 1, p.15-19, jan./mar. 2000.
- MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. Substituição processual, coletivização e efetividade da prestação jurisdicional. *Genesis – Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba, n. 89, maio 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NAHAS, Thereza Christina. *Legitimidade dos sindicatos*. São Paulo: Atlas, 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. A ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Édís. *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PEREIRA, José Luciano de Castilho Pereira. A constituição de 1988: o sindicato – algumas questões ainda polêmicas. In: SILVA, Jane G. Torres da (coord.). *Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Melo*. São Paulo: LTr, 2003.
- ROMITA, Arion Sayão. O sindicato e as ações coletivas: representação, substituição processual, legitimação ordinária. *Genesis – Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba, n. 53, p.601-612, 1997.
- SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SILVA, Danielle Souza de Andrade e. Legitimação extraordinária para a causa: substituição e representação Processual pelos Sindicatos. *Revista TRT 6 – Justiça do Trabalho*, Recife, vol. 2, n. 29, p.41-65, 2001.
- SOUZA, Sérgio Alberto de. Dissídio individual de categoria: substituição processual. *Revista do Direito Trabalhista – RDT*, n. 2, p.22-25.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PROVAS ILÍCITAS: CONFRONTO ENTRE AS LIBERDADES PÚBLICAS E A EFETIVIDADE DO PROCESSO JUDICIAL*

Frederico Sousa Barroso

INTRODUÇÃO

A questão da admissibilidade das provas colhidas ilicitamente é ponto crucial e controvertido no Direito pátrio e internacional, especialmente no processo penal.

Como se sabe, a história mostra a evolução ocorrida no campo dos direitos individuais, desde épocas longínquas, quando o Estado era representado na figura do príncipe, até o presente, com suas inovações tecnológicas e novos meios de comunicação. Em reação às arbitrariedades praticadas pelo príncipe, consolidou-se ao redor do cidadão uma esfera de direitos fundamentais, de cunho eminentemente individualista, com o objetivo de tutelá-lo contra ingerências indevidas do Poder Público. Estes direitos foram voltados contra ações do Estado, consubstanciando-se nos direitos de 1ª geração (liberdades clássicas, negativas ou formais) que visam a proteger liberdades de caráter individual. Posteriormente, diante de novos contextos sociais e das modernas relações subjetivas, surgiram novas gerações de direitos, sempre no resguardo do indivíduo ou da sociedade.

Por outro lado, vislumbra-se o dever do Estado de se estruturar adequada e modernamente a fim de colher as provas necessárias para o exercício de sua função jurisdicional sem necessidade de violar os direitos e as garantias individuais. A admissibilidade das provas ilícitas dentro de um processo judicial, com o escopo de instruí-lo para a obtenção de uma decisão judicial, aliados aos valores da personalidade, dignidade humana e intimidade, deve ser considerada com cautela e parcimônia. Desse modo bem explica José Rubens Machado de Campos:

Se, de fato, não é lícito desnudar a vida particular ou familiar de um indivíduo, seus hábitos e vícios, suas aventuras e preferências, *nulla necessitate iubente, a contrario sensu*, será legítimo desvendá-la, presentes determinadas justificativas. Não pode o princípio *la vie privée doit être murée* ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida uma verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente

* Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientador: Prof. Rogério Schiatti Machado Cruz

elasticidade. O homem, como indivíduo que integra uma coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais indivíduos, que bem poderão conflitar, ou penetrar por ela. Hipóteses se configuram em que o interesse público, justificando-se o sacrifício da intimidade, sendo que, como excludente de qualquer ilícito, aparece igualmente o consentimento daquele que tiver tido sua intimidade aparentemente violada, em suas duas espécies: tácito e expresso.¹

Nesse mesmo tom, o mestre José Carlos Barbosa Moreira ensina que:

(...) o problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro lado, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente se impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.²

Outro ponto que demonstra a relevância do tema refere-se ao vínculo indissolúvel existente entre a instrução probatória, a busca da verdade real no processo judicial e a finalidade do processo em realizar justiça. É imperioso a procura da verdade dos fatos para a perfeita aplicação da lei no caso concreto. Ressalte-se, todavia, que a busca da verdade não corresponde ao fim do processo nem está o juiz vinculado a decidir tão-somente quando a tiver encontrado, consoante os firmes ensinamentos de Marco Antonio de Barros.³

Vê-se, portanto, que este é um assunto de extrema relevância em nosso mundo e que invoca a emoção e o clamor público. O Poder Judiciário, na sua busca infundável de realização de justiça, anseia por respostas e conclusões quanto à discussão travada acerca das provas ilícitas.

¹ *op.cit.* in MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p.7.

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 03, n. 06, p.23, jul./dez. 1995.

³ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.21.

1 DIREITO À PROVA

1.1 A PROVA E SEUS FUNDAMENTOS

A Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, assegura ao cidadão que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consubstanciando-se esta norma constitucional no Princípio do Direito de Ação, ou da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Constitui o supracitado princípio no direito que detém cada indivíduo de exigir do Estado a prestação jurisdicional a fim de solucionar o conflito intersubjetivo. Este é um direito do cidadão e um dever do Estado que tomou para si o monopólio da função jurisdicional.

Contudo, a efetividade do Direito de Ação com a respectiva consecução da medida jurisdicional pleiteada depende da ampla produção probatória para demonstrar a veracidade do direito alegado e promover o convencimento do juiz. Assim, o direito à prova, embora não esteja expressamente previsto no texto constitucional, é decorrência de um desdobramento do direito de ação e de defesa, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, todos elencados no texto constitucional.

Antonio Magalhães Gomes Filho, em obra escoreita sobre o direito à prova, sintetiza bem o entendimento da doutrina:

O atual texto, além de consagrar as tradicionais cláusulas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), também assegura o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) e a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), dos quais também se extrai o direito de defender-se provando, que não somente é pressuposto de um processo justo e equitativo, mas também condição indispensável para que se possa obter, validamente, a prova da culpabilidade.

Na doutrina processual civil, o reconhecimento de um direito à prova, a partir dos princípios constitucionais, já foi salientado por Barbosa Moreira, Calmon de Passos e Nelson Nery Jr.; e, no processo administrativo, não é outra a conclusão de Odete Medauar:

“Para o processo penal, a igual entendimento chegaram Ada Pellegrini Grinover, ressaltando ser tal direito “aspecto insuprimível das garantias da defesa e do contraditório”, Rogério Lauria Tucci, que afirma ser ínsito à contraditoriedade da instrução criminal o ‘direito à prova legitimamente obtida ou produzida’ e Greco Filho, para quem o contraditório, como instrumento técnico para a

efetivação da ampla defesa, consiste praticamente em ‘(...) poder requerer a produção de provas que devam, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; (...)’⁴ (sublinhado)

Luiz Francisco Torquato Avolio escreve que o direito de ação e de defesa guarda íntima relação com o direito à prova, sendo aquele subordinado “à efetiva possibilidade de servir-se dos instrumentos apropriados, as provas, com as quais se procura verificar aquele determinado evento”.⁵

Portanto, podemos concluir que “o direito à prova insere-se dentro dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, dignidade humana, acesso irrestrito à jurisdição, entre outros, uma vez que permite às partes, titulares do direito de ação e de defesa, se manifestarem sobre as provas e contraprovas produzidas nos autos”.⁶

Em função do direito à prova, é facultado aos jurisdicionados todos os meios de prova hábeis a provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, nos termos dos artigos 332 do CPC e 157 do CPP. Prescreve o art. 332 do CPC: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Diante disso, sendo o direito à prova uma necessidade do processo e inerente aos princípios constitucionais vistos anteriormente, seria natural imaginar que o juiz gozasse da possibilidade de analisar e sopesar todas as provas que chegassem ao seu alcance, independentemente de sua origem lícita ou não, a fim de formar seu convencimento.⁷ A primeira idéia é que não haveria limites à admissibilidade dos mais variados meios de prova.

José Carlos Barbosa Moreira ensina que “o direito à prova implica o plano conceptual na ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis.

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.80 e 81.

⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.29.

⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.4.

⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6.ed. rev. atual. com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. I. p.351.

A regra é a admissibilidade das provas e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas”.⁸

Devis Echandia, citado por Ovídio Baptista, comenta que:

(...) o processo civil não é um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendor o emprego de todos os meios úteis e capazes de conduzir ao triunfo sobre o ‘inimigo’; ao contrário, o processo civil é instrumento destinado a tornar efetiva a observância e aplicação da lei e, em certos casos, é organizado para a solução de conflitos legais, de tal modo que seu emprego deve ser feito segundo padrões juridicamente válidos e legítimos, não sendo admissível que o magistrado – tanto no processo penal quanto no de qualquer outra natureza – se valha de expedientes e métodos ilegais, ou moralmente reprováveis, para assegurar o império da lei e do direito, movido pelo falso e universalmente recusado princípio de que ‘o fim justifica todos os meios’.⁹

Nasce, assim, a necessidade de se limitar a produção probatória em razão dos inúmeros valores e princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, com idêntica hierarquia constitucional e que se confrontam constantemente. Todavia, mister observar que “a limitação absoluta do direito à prova viola indiretamente a garantia constitucional do direito de ação”.¹⁰

1.2 O DOGMA DA VERDADE REAL

A prova penal é uma reconstrução histórica.¹¹ Daí surge a comparação que os processualistas fazem “entre as atividades do juiz e do historiador, ambos interessados em fazer reviver no presente acontecimentos ocorridos no passado, com auxílio de provas”.¹²

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 03, n. 06, p.11, jul./dez. 1995.

⁹ *op.cit.*, p.353.

¹⁰ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *op.cit.*, p.2.

¹¹ Neste ponto, coincidem os posicionamentos de Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio Scarance FERNANDES e Antonio Magalhães GOMES FILHO, em *As nulidades no processo penal*, p.129, e Luiz Torquato AVOLIO, *op.cit.*, p.39.

¹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *op.cit.*, p.44.

Buscando reconstruir fatos pretéritos, Bettiol preconizava que:

(...) um princípio fundamental do processo penal é o da investigação da verdade material ou substancial dos fatos em discussão, para que sejam provados em sua subsistência histórica, sem distorções, obstáculos e deformações. Isso compreende que o legislador tenha de eliminar do código toda limitação à prova, e que o juiz tenha de ser deixado livre na formação do próprio convencimento.¹³

O entendimento supracitado resume bem o ideal que regia o processo penal durante décadas passadas, quando a justiça era atingida quando a sentença efetivasse o princípio da verdade material. O juiz deveria armar-se de absoluta liberdade e de ilimitados poderes na sua atuação, visando a descobrir a verdade.

Explicam os mestres Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho que:

(...) a liberdade do juiz penal foi vista como instrumento essencial para a realização da pretensão punitiva do Estado: o juiz penal, diversamente do juiz civil, deveria ser dotado de poderes ilimitados, para efeito do acerto dos fatos, porque a descoberta da verdade, obtida de qualquer forma, é a premissa indispensável para alcançar o escopo ‘defesa social’. E é assim, que a busca da verdade se transmudou num valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual.¹⁴

O dito princípio era aplicado com o intuito de alcançar um porto seguro e superior em que se assentava a simples verossimilhança, pois, para o processo penal, nunca foi suficiente a mera aparência de verdadeiro, conforme os dizeres de Marco Antônio de Barros.¹⁵ Aqueles que sustentavam a supremacia do princípio da verdade material (igualmente chamado de verdade real ou substancial) no processo penal faziam-no com base na prevalência do interesse público e da “defesa social”.

Severas críticas foram feitas ao princípio supracitado. A crítica mais evidente é concernente à rígida aplicação da verdade-real no processo penal e a aplicação da verdade-formal no processo civil. Essa dicotomia não deve mais prosperar, eis que surgida com o errôneo pensamento da absoluta disponibilidade do processo civil e da intensa busca da “verdade” no processo penal.

¹³ *apud* Antonio Magalhães GOMES FILHO. *op.cit.*, p.39.

¹⁴ *op.cit.*, p.129.

¹⁵ *op.cit.*, p.28.

É um grave equívoco pensar que o processo civil satisfaz-se com a verdade formal, pois, além das ações de estado, de caráter indisponível, o direito processual moderno revela uma tendência publicista, com ampla intervenção judicial no feito a fim de garantir a paz social e a efetivação da justiça. Poderíamos citar enorme variedade de direitos e interesses indisponíveis inseridos no processo civil moderno, como questões de estado, interesse coletivos e difusos como o consumidor, o meio ambiente, patrimônio público, etc.

Também se vê que o processo penal moderno sofreu inúmeras transformações que denotam a perda de vigor da aplicação absoluta da verdade real e a viabilidade do emprego do princípio da verdade formal em algumas medidas, como, por exemplo, menciona Marco Antonio de Barros,¹⁶ o perdão do ofendido nas ações penais privadas, a possibilidade de transação penal nos Juizados Especiais Criminais e, ainda, em sentença absolutória transitada em julgado, quando do surgimento de novas provas que evidenciem a responsabilidade penal do réu absolvido, descabe falar em revisão criminal *pro societate*, eis que vedada pelo direito pátrio, que se satisfaz com a verdade formal operada na sentença que o absolveu.¹⁷ As hipóteses mencionadas demonstram o enfraquecimento do dogma da verdade material no processo penal pátrio.

Outra crítica apontada ao Princípio da Verdade Real é sintetizada nas palavras de Marco Antônio de Barros:

O princípio era fim e não meio, visto que importava descobrir a verdade, a qualquer custo. Hoje, tal não sucede, pois não se pode perder de vista alguns parâmetros que regem a busca da verdade no moderno processo penal.

(...) a investigação da verdade não pode invadir a órbita da imoralidade a pretexto de transformar-se, ela própria, no objetivo supremo do processo penal. (...) Na realização da justiça não se compreende a subversão de preceitos morais condizentes com os direitos e garantias individuais nomeados pelo Direito Constitucional.¹⁸

Assim, a verdade real não justifica mais a colheita de qualquer prova, já que o ordenamento jurídico, inserido em um Estado Democrático de Direito, exige o desenvolvimento do processo dentro de regras morais e das garantias individuais estabelecidas em âmbito constitucional, como instrumento de garantia do réu que é.

¹⁶ *ibidem*, p.35.

¹⁷ Igual lição nos é dada por Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO, em *Teoria geral do processo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.65.

¹⁸ *op.cit.*, p.36 e 37.

Segundo Luiz Francisco Torquato Avolio,

(...) a moderna doutrina processual entende que o juiz deve investigar a verdade material, não se contentando apenas com os fatos que a acusação e a defesa submetem à sua consideração, mas admite limites a essa atividade.¹⁹

A moral, a ética e os direitos e as garantias individuais impõem restrições à busca da verdade material, que prejudica a reconstrução fiel e integral dos fatos pretéritos. Contudo, esse é o preço a ser pago em benefício da preservação de direitos e garantias individuais proeminentes.²⁰

2 LIMITES AO DIREITO À PROVA

2.1. ASPECTOS PROCESSUAIS E EXTRAPROCESSUAIS

O direito à produção de provas no processo, não obstante o assento constitucional, não é absoluto.

Antonio Magalhães Gomes Filho diz que:

(...) o método probatório judiciário constitui, na verdade, um conjunto de regras mais amplo, cuja função garantidora dos direitos das partes e da própria legitimação da jurisdição implica limitações ao objeto da prova, aos meios através dos quais os dados probatórios são introduzidos no processo, além de estabelecer os procedimentos adequados às operações relacionadas à colheita do material probatório, ou mesmo, em certas situações, o valor da prova obtida.²¹

Assim, as restrições ao direito à prova de uma das partes assegura o direito da parte contrária a uma prova obtida, produzida e valorada corretamente. Desse modo, podemos concluir que ao direito à prova corresponde um direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento.²²

Os limites probatórios revelam aspectos de direito substancial (extraprocessuais, políticos ou materiais), como a constatação de violação aos direitos fundamentais esculpidos na Carta Magna; e de direito processual (lógicos, epistemológicos), referente à admissibilidade da prova no processo.

¹⁹ *op.cit.*, p.41.

²⁰ BARROS, Marco Antonio de. *op.cit.*, p.37.

²¹ *op.cit.*, p.92.

²² *ibidem*, p.93.

Outro aspecto relevante refere-se aos momentos da atividade probatória que se desdobram em quatro etapas: a) as provas são propostas (indicadas ou requeridas); b) admitidas (quando o juiz se manifesta sobre sua admissibilidade); c) produzidas (introduzidas no processo); e d) apreciadas (valoradas pelo juiz).²³

2.2 EXCLUSÃO DE PROVAS (*EXCLUSIONARY RULES*)

Como visto, em nosso ordenamento jurídico a produção de provas encontra algumas restrições determinadas por finalidades processuais (razões epistemológicas) ou extraprocessuais (razões políticas). Como exemplos dessas limitações, nosso Código de Processo Penal fornece algumas restrições:

a) quanto à pessoa que fornece a prova

Art. 206 – A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou o descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207 – São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

b) quanto ao objeto da prova:

Art. 155 – No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 62 – No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

c) quanto ao modo e o lugar da produção da prova

Art. 395 – O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.

Art. 406 – (...) § 2º – Nenhum documento se juntará aos autos nesta fase do processo.

Art. 475 – Durante o julgamento não será permitida a produção ou a leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária,

²³ Ada Pellegrini Grinover *et. al.* *As nulidades no processo penal*, p.133.

com antecedência, pelo menos, de 3 (três) dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo.

d) quanto à relevância ou pertinência da prova

Art. 212 – As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

Art. 184 – Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

O sistema anglo-americano apresenta regras de exclusão de provas que objetivam correta apuração da verdade e encontram fundamento no julgamento feito por populares, como é notório no *common law*, os quais poderiam ser facilmente iludidos e influenciados por provas inidôneas.

Este sistema apresenta duas categorias. A primeira é o *exclusionary rules of intrinsic policy*, que consiste na exclusão de provas determinadas por finalidades processuais; compor-se-iam de normas que tutelam a idoneidade da prova. Exemplificando, teríamos regras de exclusão sobre a capacidade de testemunhar de certas pessoas (crianças, doentes mentais, etc.), que não possuem testemunhos confiáveis; vedação às testemunhas auriculares, conhecedoras dos fatos “por ouvir dizer” (*hearsay rule*); vedação às provas relacionadas aos antecedentes do acusado, que poderiam levar o júri a reconhecer sua culpabilidade em função de outros fatos, e não por aquele que está sendo julgado; proibição da ouvida de opinião das testemunhas (*opinion rule*); entre outras.

Outra categoria é a da *exclusionary rules of extrinsic policy*, baseada na exclusão de provas por motivos políticos; compor-se-ia de normas que tutelam os direitos e as garantias do cidadão. Apresenta uma subdivisão em privilégios (*privileges*) e exclusões decorrentes de violação a direitos. Os privilégios são aqueles entre cliente e advogado, paciente e médico, fiel e clérigo, jornalista e fonte, marido e mulher, o privilégio da não-auto-incriminação, entre outros, que tutelam o sigilo e a esfera individual contra intromissões. Nosso CPP, em seu artigo 207, traz exemplo de tal privilégio limitador à liberdade de prova, ao proibir o depoimento de pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo. Entre as exclusões derivadas de violação a direitos, teríamos o direito à assistência de advogado, o direito à intimidade e inviolabilidade do domicílio e das comunicações.

2.3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS (LIBERDADES PÚBLICAS)

Ao lado do direito à prova, existem outros direitos e valores igualmente resguardados pela ordem jurídica constitucional.

Desse modo, podemos colocar a intimidade, a vida privada, a dignidade da pessoa humana, a honra, a imagem, entre outros, não só como direitos fundamentais do cidadão, mas também como barreiras limítrofes à atuação do Estado em sua atividade processual.

Contudo, pela extensa série de direitos e garantias constitucionais, tais direitos não podem ser tidos como absolutos, diante do constante choque a que se submetem. O princípio da convivência das liberdades obriga a uma relativização dos direitos, evitando-se que sejam exercidos de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.

Os direitos individuais são direitos do homem inserido na sociedade, portanto considerados em conjunto, dentro de um contexto social, não como um direito isolado e único. Por essa razão, vigora a relatividade dos direitos e dos princípios de nosso ordenamento, que ora tenderiam à preservação dos direitos e das garantias individuais, ora tenderiam à proteção da instrumentalidade do processo e da defesa social.

Ada Pellegrini Grinover ensina que

(...) se trata de um aspecto setorial de alguns dos grandes temas do processo penal, no quadro das liberdades públicas: o princípio da verdade real, o princípio do livre convencimento do juiz e seus poderes inquisitivos, de um lado; do outro lado, o direito à intimidade, as regras de exclusão, o problema da admissibilidade, do processo penal, das provas ilícitamente obtidas.²⁴

As liberdades públicas estão em permanente conflito com a atividade instrutória do Estado na sua busca da efetividade do processo.

Nesse tom é o pronunciamento do Ministro Celso de Mello dizendo que:

(...) não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente,

²⁴ citada por Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça. *op.cit.*, p.6.

a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição.²⁵

No âmbito internacional, as declarações de direitos humanos também expressam limitações aos direitos fundamentais, como o artigo 18 da Convenção de Direitos Civis e Políticos de 1966 da ONU – Pacto de Nova York, que tolera restrições a direitos individuais “que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros”.²⁶

Assim, demonstrado a relatividade de direitos e valores na ordem jurídica, desponta com destacada importância o Princípio do Respeito à Dignidade Humana (artigo 1º, III, Constituição da República). Não se trata de mera norma programática, conforme leciona o mestre Inocêncio Martirez Coelho, embora não exista hierarquia entre os diversos valores e/ou princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana surge como valor fonte de todos os valores, valor fundante da experiência ética ou mesmo como princípio e fim de toda ordem jurídica.²⁷

Na lição de Flávia Piovesan,

(...) considerando que toda a constituição a de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.²⁸

3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

3.1 TERMINOLOGIA

As provas ilícitas, conceitualmente, são as provas inaptas à formação do convencimento judicial por estarem inquinadas de vícios comprometedores da norma material, como também dos princípios constitucionais.²⁹

²⁵ STF MS n. 23669/DF *apud* MS n. 23452/RJ. Informativo STF n. 185,10, 21 abr. 2000, p.8-12.

²⁶ Artigo 18, aprovado pelo decreto legislativo n. 266, de 12/12/1991, determinando o Presidente da República seu cumprimento no decreto n. 678, de 06/11/1992.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes *et. al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.49.

²⁸ Citada por Aduino Suannes. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 31, p.82, jul./set. 2000.

²⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *op.cit.*, p.31.

Necessário mencionar os ensinamentos de Nuvolone, que coloca as provas ilícitas como espécie das provas vedadas, que compreendem, ainda, as provas ilegítimas como segunda espécie.³⁰

A prova legítima é aquela colhida com infringência das normas processuais, como as regras de exclusão de provas do direito processual vistas anteriormente neste trabalho (exemplo: artigos 206 e 207 do CPP, que tratam, respectivamente, da recusa de depor por parentes e a recusa de depor por sigilo profissional).

Em relação às provas ilegítimas, entendeu o STF que “as provas obtidas mediante decreto não-fundamentado de quebra do sigilo bancário e fiscal constituem provas ilegítimas e, em conseqüência, podem ser reproduzidas desde que observada formalidade processual que deu causa a anulação do ato”.³¹

A sanção para as provas ilegítimas encontra-se dentro da respectiva lei processual.

As provas ilícitas, propriamente ditas, são aquelas colhidas com infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, mormente porque intimamente relacionada com as liberdades públicas.³²

Diante dessa situação, quanto ao momento da transgressão e seus efeitos, podemos concluir que a prova ilegítima ocorre no momento de sua produção no processo, resultando em nulidade. Já a prova ilícita ocorre no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mais sempre externamente a este, resultando na inadmissibilidade da prova.³³

Determinadas provas podem ser ilícitas e ilegítimas ao mesmo tempo quando as normas de direito material e processual as vedarem.

3.2 DIREITO COMPARADO – QUADRO HISTÓRICO-EVOLUTIVO

3.2.1 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Inicialmente, em épocas passadas, as provas ilícitas não recebiam o realce que hoje possuem. Os dogmas do “livre convencimento do juiz” e da “verdade

³⁰ Ada Pellegrini GRINOVER *et al. op.cit.*, p.131.

³¹ STF, Pleno, HC n. 80.724/SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, 20 mar. 2001, Informativo STF n. 221, 19 a 23 abr. 2001, p.2.

³² Torquato AVOLIO. *op.cit.*, p.44.

³³ Estes são os ensinamentos de Luiz Francisco Torquato AVOLIO. *op.cit.*, p.44., e Antônio Magalhães GOMES FILHO. *op.cit.*, p.94.

real” eram as diretrizes maiores do processo, mesmo que fundadas em provas ilícitas e independentes dos meios de sua obtenção.

Prevalecia na Alemanha o interesse coletivo que sobrepujava qualquer procedimento antijurídico ou ilegal. No mesmo sentido, a doutrina norte-americana com Fleming sustentava que o mau comportamento da polícia não justificava afastamento da prova no processo; Wigmore entendia que as regras de exclusão levavam o oficial da lei a um demasiado zelo que constituiria um perigo maior para a comunidade do que o próprio assassino sem castigo.³⁴

Avolio conclui que

(...) esses autores, extremamente devotados à concepção da busca da verdade, colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando que prescindir de provas formalmente corretas pela tão-só existência de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo”.³⁵

Ainda hoje, no direito inglês, a regra prevalente é a irrelevância dos métodos de obtenção da prova, sob a fundamentação que seria um obstáculo perigoso à administração da justiça que as provas conseguidas de forma ilegal não pudessem ser utilizadas. Entende-se que a função dos tribunais é verificar o cometimento de crimes pelo acusado e não fiscalizar a atividade policial. Todavia, ainda assim, é reconhecido um poder discricionário ao juiz para excluir as provas tidas por irregulares ou desleais (*unfair*), ainda que não constitua a regra.

O direito italiano também reconhecia a admissibilidade das provas ilícitas no processo diante do axioma *male captum, bene retentum* (o que foi mal colhido no direito material, foi bem conservado no direito processual).

A admissão irrestrita das provas ilícitas reservava ao infrator apenas as sanções previstas em lei. As provas seriam inadmitidas somente quando a lei processual assim proscrevesse.³⁶

³⁴ AVOLIO. *op.cit.*, p.46.

³⁵ *ibidem*, p.46.

³⁶ Ainda hoje é dominante não apenas em países de regime autoritário, como do antigo bloco socialista, mas também em países liberais, como Inglaterra, Canadá, Austrália, Bélgica, Dinamarca, Suíça (*apud* José Carlos Barbosa Moreira, *op.cit.*, p.12, nota n. 06.).

3.2.2 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

O direito norte-americano precedeu aos demais ordenamentos jurídicos no tocante à inadmissibilidade das provas colhidas ilicitamente.

O descumprimento da IV Emenda³⁷ e da cláusula de exclusão de provas remontam à história inglesa e colonial. Todavia, até o início do século XX, pensava-se, como na Inglaterra, que nenhuma prova deveria ser excluída à apreciação dos juízes, resultando em simples punição àquele que obteve provas com violação das normas.

O caso Weeks, em 1914, foi o precursor na inadmissão da prova ilícita quando a Suprema Corte considerou um *prejudicial error* a admissão de documentos apreendidos na casa do acusado sem o respectivo mandado, com violação da IV Emenda. A partir deste julgado fixou-se a inadmissibilidade das provas colhidas com violação das garantias constitucionais.

A Suprema Corte observou que a mera previsão de sanções civis, penais ou administrativas não impedia a atuação ilegal da polícia, visto que os abusos são cometidos na maioria das vezes contra pessoas de classes menos favorecidas, sem recursos para promover ações de ressarcimento. Outro motivo seria que a repressão a esses abusos competiria aos mesmos órgãos da persecução penal que colheram as provas ilícitas, mormente em um sistema em que vige a oportunidade da ação penal.

O caso Mapp x Ohio, julgado pela Suprema Corte em 1961, é o responsável pela afirmação da vedação de provas colhidas ilicitamente nos procedimentos federais, como estaduais, dos demais estados-membros. Tratava-se de apreensão de material obsceno na casa da Senhora Mapp, sem mandado judicial, no estado de Ohio, em que mera posse desse material era proibida.

A Suprema Corte norte-americana, em diversos outros julgamentos, consolidou entendimento considerando ilegal a prova obtida com violação às Emendas IV, V, VI e XIV, que tratam, em síntese, da segurança das pessoas, dos seus documentos, suas casas e seus pertences contra apreensões desarrazoadas; do *due process of law*; do direito a um julgamento rápido e público perante juiz imparcial e natural.

³⁷ diz a IV Emenda: “o direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, papéis e efeitos contra exorbitantes buscas e apreensões, não poderá ser violado, e não se expedirão mandado, a não ser com base em *probable cause*, fundamentados em juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o lugar a ser procurado e as pessoas ou coisas a serem detidas”.

A aplicação da IV Emenda e das regras de exclusão de provas é dirigida à atividade estatal e seus agentes públicos. Entretanto, já se nota tendência da doutrina e da jurisprudência estadunidense em estender esta aplicação às violações praticadas por particulares.

Mesmo no ordenamento alemão, em que prevalecia o interesse público e a verdade real, que representam sérios obstáculos à aceitação das regras de exclusão, a partir da década de 60 o *Bundesgerichtshof* (BGH) firmou novos preceitos constitucionais, com especial enfoque ao valor da dignidade humana, para proibir o uso de provas ilícitas e quaisquer outras formas de maus-tratos, violência moral e promessas de vantagens ilícitas na descoberta da verdade.

Decisão de 1954 da Corte Federal Alemã (BGH) firmou o respeito à dignidade e à personalidade humana por qualquer pessoa, seja o Poder Público ou entre os próprios particulares. A partir daí, reconheceu-se a valoração unitária das provas ilícitas seja no processo civil ou no processo penal. Ademais, firmou a vinculação dos particulares às proibições probatórias, como também reconheceu explicitamente a possibilidade do juiz dessumir vedações probatórias diretamente da Constituição, independentemente da legislação ordinária.

A Itália esteve marcada pela grande relutância em aceitar a inadmissibilidade das provas ilícitas. Contudo, a Corte Constitucional, em 1973, assentou a impossibilidade da utilização de provas obtidas com violação de garantias constitucionais. Além disso, o novo código de processo penal italiano, de 1988, em seu artigo 191, confirmou a inutilização da prova ilegitimamente adquirida.

A Carta Portuguesa de 1976, em seu artigo 32, n. 6, dispõe que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

O direito francês cuida do tema diante de um sistema de nulidade disposto no código de processo francês. O artigo 172 do referido diploma fixa a nulidade nos casos de violação dos direitos de defesa e, ainda, no artigo 173, dispõe que o ato anulado é excluído dos autos, impossibilitando qualquer valoração por parte dos magistrados, sob pena de prevaricação. A abrangência da anulação é deixada a critério do Tribunal.

3.3 CORRENTES DOUTRINÁRIAS – TEORIAS

Preciosa classificação é feita por Ada Pellegrini Grinover que apresenta diversos posicionamentos.³⁸ Então vejamos:

3.3.1 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E A RESPONSABILIZAÇÃO DO INFRATOR

A prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na lei processual, punindo-se quem produziu a prova por crime eventualmente cometido (Cordero; Tornaghi; Mendonça Lima).

Esta teoria inadmite apenas as provas ilegítimas, admitindo as provas ilícitas. O responsável seria punido de acordo com apenação civil, penal ou administrativa prevista em lei. É a posição adotada no direito inglês e em países socialistas.

Todavia, o conteúdo da prova seria apreciado e valorado em juízo, tendo-se em conta que a transgressão de normas de direito material apenas afeta o modo de obtenção da prova, e não seu conteúdo, que permaneceria intacto e lícito.

A prova ilícita acarretaria a punição do infrator, enquanto a prova ilegítima, assim considerada pela lei processual, seria inadmitida no processo e afastada da apreciação judicial.

Vige o princípio *male captum, bene retentum* (mal colhido no direito material, bem conservado no direito processual) preconizado por Cordero. Esta tese exalta a independência entre o direito processual e o direito material.

3.3.2 INADMISSIBILIDADE DIANTE DA UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico é uno, assim não se pode aceitar que uma prova ilícita, vedada pela Constituição Federal ou pela lei substancial, seja admitida no processo (Nuvolone; Frederico Marques; Fragoso; Pestana de Aguiar).

Para esta teoria a inadmissibilidade de uma prova não se restringe às nulidades processuais, sendo vedada toda e qualquer prova que viole uma norma de natureza processual ou extraprocessual, especialmente se tratarem de direitos fundamentais.

³⁸ citada por Scarance Fernandes *apud* PENTEADO, Jaques de Camargo *et al. Justiça penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.50.

Nuvolone afirma que “o ordenamento não está constituído em compartimentos estanques; se a prova foi ilicitamente obtida, tal prova deve considerar-se ilegal e, se é ilegal, não pode ser utilizada”.³⁹

Qualquer violação a uma norma do sistema jurídico significa uma infringência ao ordenamento jurídico como um todo, diante de sua unidade e independentemente da categoria normativa.

3.3.3 INADMISSIBILIDADE DA PROVA INCONSTITUCIONAL

Os adeptos desta tese pugnam pela inadmissibilidade da prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional, porque será inconstitucional (Cappelletti; Vigoritti; Comoglio).

O enfoque é constitucional, e não mais a unidade do ordenamento jurídico. Esta posição tem como norte a tutela constitucional das liberdades individuais e da dignidade humana.

Portanto, toda a prova que violar tais preceitos constitucionais será tida como inconstitucional, devendo ser rejeitada de plano e inadmitida no processo mesmo que inexista norma processual que a vede.

3.3.4 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS POR UM CRITÉRIO DE PROPORCIONALIDADE

Por fim, esta última teoria procura contemporizar radicalismos e posições extremadas admitindo provas obtidas com violação das normas constitucionais em situações excepcionais, desde que vise a proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (Baur; Barbosa Moreira; Renato Maciel; Hermano Duval; Camargo Aranha; Moniz Aragão).

Visa a corrigir distorções da interpretação literal do texto constitucional e impedir a concretização de injustiças.

É uma tese variante que ainda não é unânime, nem majoritária, contudo vem ganhando espaço e força no meio jurídico.

Utiliza-se do sopesamento de valores constitucionais contrastantes, com o fim de se alcançar um equilíbrio entre estes, salvaguardando o interesse que se mostrar mais valioso.

³⁹ *apud* MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *op.cit.*, p.62.

Constitui-se no critério da proporcionalidade (Alemanha) ou da razoabilidade (EUA).

3.4 POSIÇÃO ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Diante da jurisprudência anterior à Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que preponderava a teoria pela admissibilidade das provas ilícitas, tanto no processo penal, como no processo civil. Contudo, o tema já era polêmico e dividia a doutrina.

À época, três significativas decisões do STF banindo as interpretações telefônicas clandestinas tanto em processo penal, como em processo civil (especialmente em casos de direito de família), já consolidavam a mudança de posicionamento da excelsa Corte para a inadmissibilidade das provas ilícitas.⁴⁰

Hoje, a Constituição Federal consolidou a posição do STF que se vinha formando, vedando expressamente as provas ilícitas do processo judicial brasileiro. Dispõe seu artigo 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A posição adotada pelo constituinte de 1988 optou pela teoria da ilicitude material e inadmissibilidade processual das provas ilícitas, diante da visão da inconstitucionalidade da prova. Entretanto, permanece o dissenso na doutrina e na jurisprudência quanto à abrangência da vedação constitucional, se absoluta ou relativa.

Barbosa Moreira explica o radicalismo do constituinte devido aos antecedentes de ilegalidades praticadas no período da ditadura militar, sendo a Constituição elaborada logo após tal contexto político.⁴¹

Conclui o citado mestre, criticando energicamente a postura radical do constituinte de 1988, que está surgindo um “individualismo exasperadamente anti-social” que não fará “boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada”.⁴²

Desse modo, não obstante o artigo 5º, inciso LVI, a doutrina vem atenuando a rigidez do dispositivo entendendo que nenhuma regra constitucional é absoluta,

⁴⁰ RE n. 85.439, 11/11/1977; RE n. 100.094-5, de 28/06/1984; HC n. 63.834, de 18/12/1986 *apud* Torquato AVOLIO. *op.cit.*, p.143/144.

⁴¹ *op.cit.*, p.22.

⁴² *ibidem*, p.23.

diante de seu convívio com outras regras e princípios também constitucionais. Assim, se faz necessário buscar soluções para o confronto e sopesamento entre os bens e os valores jurídicos, a fim de se admitir, ou não, a prova ilícita.

Cita-se, como exemplo, uma prova decisiva para a absolvição do réu, mas obtida por meios espúrios. A liberdade individual sobrepuja a regra do artigo 5º, inciso LVI, demonstrando que não há regras absolutas.

Visando a corrigir distorções que a rigidez das regras pode acarretar, a doutrina vem estudando e admitindo o emprego do princípio da proporcionalidade para admissão de provas ilícitas em caráter excepcional e em casos extremamente graves.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

4.1 ASPECTOS PRINCIPIOLÓGICOS

Dentro de um ordenamento jurídico, deve distinguir-se os princípios e as regras. Nesse sentido J. J. Gomes Canotilho em lapidar ensinamento:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigência de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos.

(...)

Os princípios são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite “ligar” ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional (...). O sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de otimização abertas há várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos.⁴³

⁴³ *apud* MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *op.cit.*, p.14 e 15.

Um sistema misto (ou aberto como diz Canotilho) de regras e princípios é uma necessidade do ordenamento jurídico, eis que dá a carga necessária de flexibilidade para a hermenêutica jurídica e serve à complementação das lacunas do sistema. Um sistema composto apenas por regras é rígido demais, exigindo exaustivo e contínuo trabalho legislativo, enquanto apenas os princípios seriam ineficazes para impor direitos e deveres, o que causaria insegurança jurídica. Em síntese, poder-se-ia concluir que os princípios são normas com um grau de abstração elevado (normas-princípio), enquanto as regras possuem um grau de abstração baixo (normas-regras).

Nos dizeres do professor Paulo José Leite Farias, “os princípios contribuem para a mobilidade do sistema jurídico, adequando o ordenamento às mudanças fáticas”.⁴⁴

As regras não possuem, como os princípios, um critério de ponderação, de dimensão de peso ou de importância. Quando há um conflito de princípios procede-se a uma valoração do peso e da importância dos valores em jogo, enquanto no conflito entre regras vigem os critérios de hierarquia (lei superior derroga inferior), de cronologia (lei posterior derroga anterior) e de especialidade (lei especial derroga a geral). O conflito entre regras resolve-se no âmbito da validade (ou invalidade, como se queira), enquanto a colisão de princípios é resolvida no campo do valor. Um princípio não pode ser declarado inválido, ele apenas recua ante o de maior peso dentro de um caso concreto. Um princípio constitucional precede a outro, tomando-se em conta as condições e circunstâncias que cercam o caso concreto (precedência-condicionada).⁴⁵

Desse modo, hoje, com o reconhecimento da normatividade dos princípios, diz Paulo Bonavides que “a Teoria dos Princípios é o coração das Constituições”⁴⁶ e afirma, ainda, que a “jurisprudência dos princípios” como “jurisprudência de valores” domina o momento atual da ciência jurídica e a idade do pós-positivismo.⁴⁷ Fábio Corrêa de Souza Oliveira coloca que “o pós-positivismo é precisamente uma

⁴⁴ FARIAS, Paulo José Leite. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 5, n. 9, p.158, jan./jun. 1997.Brasília.

⁴⁵ Robert ALEXYS *apud* Sérgio Domingos. Conflito de princípios e o princípio da proporcionalidade. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 9, n. 18, p.196, jul./dez. 2001.

⁴⁶ *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p.253.

⁴⁷ *ibidem*, p.256-257.

doutrina de resgate das potencialidades do Direito”.⁴⁸ Isso demonstra a grande importância dos princípios na integração do sistema jurídico. A dogmática dos princípios (ou direito de princípios ou uma teoria geral dos princípios) caracteriza o pós-positivismo jurídico e contribui imensamente para a concretização do direito.

Neste sentido assevera Luís Roberto Barroso que “é preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica fundada em valores, na ética e na razão possível”.⁴⁹ E continua o citado mestre: “pois os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”.⁵⁰

Paulo Bonavides explica que, diante do princípio aberto da constitucionalidade material, o Judiciário evoluiu, eis que

(...) o juiz não se prende tão-somente ao teor abstrato das normas ou sentido formalista que elas comportam. Todo um âmbito normativo transcende já o mero texto da lei para inserir-se na realidade do caso concreto e a partir daí, por inteiro, na dimensão unitária dos valores que regem a Constituição.⁵¹

Portanto, o reconhecimento da normatividade dos princípios trouxe grande avanço na proteção das liberdades constitucionais, constituindo o princípio da proporcionalidade em poderoso instrumento contra eventuais excessos legislativos ou administrativos e diante de uma colisão de valores constitucionais.

4.2 EVOLUÇÃO

Inicialmente, deve-se registrar que a idéia de proporção remonta à Antiguidade Clássica, na qual repousa substrato da proporcionalidade/razoabilidade. Aristóteles já vislumbrava “que o proporcional é um meio-termo, e o justo é o proporcional”.⁵² Fazia-se presente, também, na justiça vingativa taliônica (Lei de Talião), na noção de retribuição proporcional ao mal sofrido.

⁴⁸ *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.69-70.

⁴⁹ *op.cit.*

⁵⁰ Ao contrário de Kelsen com sua “pureza metódica”, que afirmava que não cabia ao direito fazer considerações teleológicas e axiológicas, retirando da apreciação da ciência jurídica quaisquer ideais políticos ou aspectos valorativos, relegando estes a outras ciências (ética, política, religião e filosofia). Ver a respeito *O problema da justiça*, Hans KELSEN.

⁵¹ *op.cit.*, p.385.

⁵² *apud* Fábio Corrêa de Souza OLIVEIRA. *op.cit.*, p.71.

A partir do século XVIII, com os ideais iluministas que destituíram o poder absolutista, surge e evolui na França o controle dos atos discricionários, em especial, o controle dos atos de polícia, por meio da teoria do desvio de poder (*détournement du pouvoir*). Portanto, é no campo do Direito Administrativo que o critério da proporcionalidade ganha dimensão, principalmente no poder de polícia, dispondo sobre a vedação da força policial exceder além do necessário e exigível para consecução da finalidade pública (proporcionalidade entre os meios e os fins). A aplicação da proporcionalidade ficou restrita, até a primeira metade do século XX, à seara do direito administrativo.⁵³

Contudo, espetacular revolução ocorre após a II Guerra Mundial, com a transposição da proporcionalidade do direito administrativo para o direito constitucional. O Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) desempenhou importante papel na constitucionalização e na sedimentação do princípio por meio de reiteradas decisões associadas à proporcionalidade e a correlata “proibição de excesso”.

Em 16 de março de 1971, célebre pronunciamento da Corte Constitucional Alemã elucidou, de forma clara e precisa, o conteúdo do princípio:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.⁵⁴

4.3 FUNDAMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO

É imperioso precisar-se a *sedes materiae* do princípio da proporcionalidade, mormente nos sistemas de direito em que não se encontra positivado, para respaldar sua aplicação e imposição.⁵⁵

⁵³ Neste período é lembrada a célebre frase de Jellinek que sintetiza proporcionalidade: “não se abatem pardais disparando canhões” (*apud* Paulo BONAVIDES. *op.cit.*, p.366.). Jellinek também teve o mérito de ressaltar que as leis não distinguem o poder discricionário do poder de polícia das demais funções estatais, ampliando a idéia de controle dos atos dos órgãos judiciais e legislativos (*apud* Torquato AVOLIO. *op.cit.*, p.60.).

⁵⁴ BVerfGE 30, 316, *apud* Torquato AVOLIO. *op.cit.*, p.61.

⁵⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.91.

A doutrina alemã⁵⁶ mostra que ficou sujeito a oscilações por algum tempo, sendo considerado, primeiramente, como uma decorrência do núcleo essencial dos direitos fundamentais; após, sua fundamentação foi dada ora a partir dos direitos fundamentais, ora a partir do Estado de Direito, prevalecendo este último ao final.

Assim, o direito constitucional alemão outorga ao princípio da proporcionalidade a qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito.

Posição diversa assumiu os EUA, em que o princípio da razoabilidade é decorrência da interpretação da cláusula do *due process of law*, que é muito elástico, possibilitando englobar as mais variadas formas de proteção aos direitos fundamentais e os mais diversos sentidos que lhe dão os juízes estadunidenses.

Partindo dessa interpretação, por via de uma atuação criativa da Corte Suprema dos Estados Unidos, foram extraídas tanto as regras de exclusão de provas, como a doutrina da razoabilidade, do conteúdo da IV Emenda, que prevê a garantia pessoal contra buscas e apreensões desarrazoadas.

Apesar de não ter sido nos Estados Unidos que a teoria da proporcionalidade encontrou sua maior expressão e evolução, competindo aos alemães a primazia na sua construção e formulação, a proporcionalidade é indiscutivelmente fruto da evolução jurisprudencial da razoabilidade da Suprema Corte estadunidense.

O STF já se posicionou em diversos acórdãos em favor do *due process of law* como fundamento da proporcionalidade (ADIN 106-3 DF, Relator Ministro Celso de Mello; ADIN 958-3 RJ, Rel. Min. Marco Aurélio; ADIN 855, voto do Min. Moreira Alves; ADIN 1407 DF, Rel. Min. Celso de Mello).

Paulo Bonavides afirma que “o princípio da proporcionalidade é (...) direito positivo em nosso ordenamento constitucional”, eis que flui do espírito do § 2º, artigo 5º, da Constituição Federal, que abrange a parte não-escrita ou não-expressa dos direitos e das garantias da Carta Magna, isto é, aqueles direitos que decorrem “da natureza do regime, da essência impostergável do estado de direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”.⁵⁷

⁵⁶ Maunz e Durig, citados por Paulo BONAVIDES, *op.cit.*, p.365.

⁵⁷ *op.cit.*, p.396.

A professora Suzana de Toledo Barros assevera que “o princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção”.⁵⁸ Dessa forma, seria decorrência da força normativa e da essência dos direitos fundamentais,⁵⁹ como o princípio da dignidade humana (art. 1º, III); da cláusula aberta do artigo 5º, § 2º; da aplicação imediata dos direitos e das garantias fundamentais (§ 1º, art. 5º); do princípio da reserva legal (artigo 5º, inciso II); da proteção judiciária (artigo 5º, inciso XXXV); do devido processo legal para restrição da propriedade ou da liberdade (artigo 5º, inciso LIV) e da cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, inciso IV, conclui a citada autora.⁶⁰

Maria Cecília Pontes Carnaúba compreende que o princípio da proporcionalidade está expressamente previsto no § 2º do artigo 5º, dele decorrendo, e, mesmo que aí não estivesse, seria dessumível de uma análise sistêmica da Constituição.⁶¹

Assim, todos esses argumentos lançados servem para fundamentar o princípio da proporcionalidade, sem se invalidarem.

Ademais, convém ressaltar que na Suíça, país com larga tradição no uso da proporcionalidade, este princípio é insito à organização política e social do país, em virtude do imperativo de se acomodarem vários grupos regionais, lingüísticos e religiosos de forma pacífica mediante um sistema de proporção.⁶² No direito português, o princípio da proporcionalidade foi erigido como princípio constitucional no artigo 18, 2º, do Texto Magno: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias dos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Antônio Magalhães Gomes Filho diz que o critério da proporcionalidade encontra agasalho nos textos legislativos destinados a dar maior severidade à repressão do crime organizado, do tráfico de entorpecentes e de outras expressões

⁵⁸ *op.cit.*, p.93.

⁵⁹ Diante do próprio caráter/estrutura de princípio imanente aos direitos fundamentais, segundo lição da própria autora.

⁶⁰ Afirma Gilmar Ferreira Mendes, citado por Suzana de Toledo Barros (*op.cit.*, p.94) que o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal (artigo 5º inciso II), entendido este como a submissão exclusiva à lei formal. Ao complementá-lo, a ele se incorpora, convertendo-se no princípio da reserva legal proporcional ou, ainda, do devido processo legal substancial.

⁶¹ *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.100.

⁶² Paulo BONAVIDES. *op.cit.*, p.374.

mais agudas da criminalidade. Cita, o eminente mestre, o exemplo da legislação antimáfia italiana (Decreto-Lei 306, de 08/06/92, convertido na Lei de 06/08/92) e da legislação antiterrorismo de diversos países da Europa Ocidental.⁶³

4.4 NUANÇAS TERMINOLÓGICAS

Muito oportuna é a conclusão de Xavier Phillippe que adverte que há princípios mais fáceis de se compreender do que se definir, enquadrando-se nesta categoria de princípio a proporcionalidade.⁶⁴

Como se vê, a terminologia enfrenta vacilações, entre as quais assinala algumas expressões afins, como “vedação de arbítrio” (*willkurverbot*), “princípio de avaliação de bens jurídicos” (*Guterabwagungsprinzip*), “princípio de avaliação de interesses” (*Grundsatz der Interessenbewagung*), “princípio de justiça” (*Gerechtigkeitsgrundsatz*), todos subjacentes ao princípio da proporcionalidade.⁶⁵

Os alemães utilizam, sem distinção, o termo princípio da proporcionalidade (*Verhältnismassigkeitsprinzip*) ou proibição de excesso (*Ubermass*).

Outro princípio convergente, aparentado com a proporcionalidade, é o princípio da concordância prática de Konrad Hesse, que se encontra implícito na proporcionalidade e prega a harmonização entre os direitos, a fim de que não haja sacrifício total de um direito em relação aos outros, reduzindo-se o alcance de cada direito proporcionalmente.

A doutrina e a jurisprudência pátrias adotam, majoritariamente, o termo proporcionalidade, pois revela a idéia de equilíbrio e harmonia. Registre-se, porém, que o STF já assentou a possibilidade de se utilizarem as expressões razoabilidade e proporcionalidade indistintamente.⁶⁶

4.5 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO

Como já visto, o princípio da proporcionalidade, em um primeiro momento, foi utilizado para preservar a liberdade individual diante das ingerências e dos excessos praticados pelo Estado, mormente na seara do poder de polícia estatal, com o escopo de impor medidas razoáveis e proporcionais aos atos da

⁶³ *op.cit.*, p.

⁶⁴ *apud* Paulo BONAVIDES. *op.cit.*, p.356.

⁶⁵ *ibidem*, p.367.

⁶⁶ ADIN 855, Cautelar, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Administração Pública. Posteriormente, já em um segundo momento, foi englobado pelo direito constitucional para solucionar o conflito de direitos fundamentais. Desse modo, apresenta duas funções nítidas: controle estatal contra a ação limitativa do Estado sobre os direitos fundamentais; e, ainda, como critério pacificador na colisão de direitos fundamentais por meio de juízos comparativos e de ponderação entre os interesses envolvidos no caso concreto.

Hoje, é também empregado no combate e no controle dos excessos legislativos que imponham limitações demasiadas ou inaceitáveis aos direitos fundamentais (excesso/desvio do poder legislativo), configurando-se em controle de constitucionalidade das leis e limites à liberdade de conformação do legislador.⁶⁷

Gilmar Ferreira Mendes, citado por Suzana de Toledo Barros, sintetiza bem o princípio, ensinando que a proporcionalidade permite aferir a compatibilidade das opções políticas do legislador com os valores e os princípios insculpidos na Carta Magna, pois o ato legislativo não é um ato livre no fim.⁶⁸

Exaltando ainda mais o aludido princípio, Ernesto Pedraz Penalva, publicista espanhol, diz que se trata de cânone de grau constitucional com que os juízes corrigem o defeito da verdade da lei, bem como as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídico-fundamentais.⁶⁹

Paulo Bonavides diz que a “proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar, todavia, a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes”.⁷⁰ Explica o excelso autor que a faculdade política decisória se mantém resguardada, mas sob a regência dos valores e princípios da Constituição Federal. Afirmar, ainda, que o “legislador já não é, porém, o soberano das épocas em que o princípio da legalidade se sobrepunha, por ausência efetiva de controle, ao princípio da constitucionalidade”. Diante da absoluta supremacia da Constituição sobre a lei, está a primazia da proporcionalidade, reconhecida como cânone constitucional.⁷¹

⁶⁷ A esse respeito, Suzana de Toledo Barros assevera que o princípio da proporcionalidade possibilita o controle de constitucionalidade das leis casuísticas, desarrazoadas ou desnecessárias, detectando-se situações inconstitucionais menos flagrantes (*op.cit.*, p.26 e 29).

⁶⁸ *ibidem*, p.24.

⁶⁹ *apud* Paulo BONAVIDES. *op.cit.*, p.359.

⁷⁰ *ibidem*, p.363.

⁷¹ *op.cit.*

No âmbito da prova, Luiz Francisco Torquato Avolio delimita a proporcionalidade nestes termos:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, uma construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.⁷²

A jurisprudência pátria já utilizou a proporcionalidade em diversos julgados e nas mais variadas áreas, aplicando-a ora como critério controlador da constitucionalidade das leis, ora como fator pacificador na colisão de direitos, sempre aliada aos princípios da unidade da constituição e da concordância prática. Na seara das provas ilícitas, estas foram admitidas em face do referido princípio nos HCs nº 4138/RJ, nº 3982/RJ, nº 6129 RJ, enquanto o STF pronunciou-se a favor da proporcionalidade no HC nº 75.338-8 e HC 70.814-5. Contudo, deve-se frisar que o tema ainda é discutido nas Cortes, não encontrando posição uníssona entre os Ministros, prevalecendo, ainda, a tese da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas. Vale transcrever a ementa do HC nº 3982/RJ, julgado em 5 de dezembro de 1995:

O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala que “são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito”, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar ou exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria constituição federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da “atualização constitucional” (*Verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norteamericana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o Princípio da “Razoabilidade” (*reasonableness*). O “princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas” (*exclusionary rules*) também lá pede temperamentos.

A mera admissibilidade da prova ilícita *pro reo* constitui a própria adoção do princípio da proporcionalidade para Ada Pellegrini Grinover.⁷³

⁷² *op.cit.*, p.64.

⁷³ *op.cit.*, p.135.

O princípio da proporcionalidade é composto por três elementos, três sub-princípios que, aplicados em conjunto, lhe dão funcionalidade. Assim são a adequação (*Geeignetheit*), a necessidade (*Enforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).

O princípio da adequação ou idoneidade pressupõe a adoção de medidas apropriadas à consecução dos fins da lei, isto é, o meio escolhido deve ser apto a produzir o resultado pretendido em lei, pois, do contrário, será inconstitucional. Trata-se da análise da relação de adequação meio-fim. A escolha do melhor meio, menos gravoso ao cidadão, já se refere ao princípio da necessidade.

O princípio da necessidade ou da exigibilidade compreende a verificação de se a medida tomada, entre as aptas à consecução do fim pretendido, é a menos gravosa para o indivíduo ou para a sociedade. Traduz-se na escolha da menor restrição possível. Suzana de Toledo Barros dispõe que “o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação”.⁷⁴ Apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado, conforme preceitua Gilmar Ferreira Mendes.⁷⁵

Por último, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe a aplicação da técnica de ponderação de bens na resolução de conflitos, pois, conforme brilhante lição da professora Suzana de Toledo Barros:

(...) muitas vezes, o juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada.⁷⁶

Deve-se analisar a possibilidade de se afastar, por via reflexa, outro direito também protegido constitucionalmente (colisão de direitos). Assim, exige-se o cotejamento e a ponderação entre as vantagens proporcionadas ao direito visado e o prejuízo auferido por um outro direito, diante da medida adotada como adequada e necessária ao primeiro direito. Trata-se de uma relação custo-benefício da medida ou decisão tomada. A escolha de precedência de um direito sobre outro é formada

⁷⁴ *op.cit.*, p.81.

⁷⁵ *apud* Suzana de Toledo BARROS. *op.cit.*, p.81.

⁷⁶ *ibidem*, p.82 e 83.

pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, fundada em um juízo de valoração do operador do direito.

Segundo Robert Alexy, citado por Suzana de Toledo Barros, a diferença básica entre os subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito está no fato de que este cuida de mandados de otimização no plano das possibilidades jurídicas, enquanto aquele cuida da otimização com relação às possibilidades fáticas.⁷⁷

Assim, observando-se esses três elementos na aplicação do princípio da proporcionalidade, poderão ser evitadas injustiças e distorções diante dos interesses jurídicos envolvidos.

Valiosa colocação do tema é feita por Maria Cecília Pontes Carnaúba, segundo a qual o julgador analisará qual o valor de maior importância na sociedade, se o violado pelo crime *sub judice* ou se aquele atingido pela forma ilegal de obtenção da prova. Se mais valioso o interesse atingido pelo crime, a prova será admitida, caso contrário, rejeitada. Assim, o Estado assegura proteção à privacidade e individualidade dos cidadãos, todavia, não tutela os abusos desses direitos. Utilizando-se do princípio da proporcionalidade, o Estado estará armado para sacrificar eventuais abusos de direitos individuais em benefício de interesses maiores da sociedade. O Estado de Direito moderno assim age por que tem a obrigação de não atentar contra os direitos sociais como também de dar satisfação a esses direitos.⁷⁸

4.6 CRÍTICAS À PROPORCIONALIDADE

Alerta Suzana de Toledo Barros que “estão em jogo questões ligadas à segurança jurídica e à transferência da valoração técnico-social do legislador para o juiz”.⁷⁹ Seriam os juízes, agora, legisladores?

Forsthoff emprega o termo degradação da legislação ao princípio da proporcionalidade.⁸⁰ Wolfram Zitscher teme ver o Direito dissolvido na justiça no caso particular. Hans Huber, drasticamente, chega a antever o rompimento da ordem jurídica diante de um princípio tão vasto, prevendo que os juízes se sintam desobrigados a guardar fidelidade aos mandamentos do direito vigente.⁸¹

⁷⁷ *ibidem*, p.83 e 84.

⁷⁸ *op.cit.*, p.93.

⁷⁹ *op.cit.*, p.25.

⁸⁰ *apud* Paulo BONAVIDES. *op.cit.*, p.25.

⁸¹ Citados por Paulo BONAVIDES. *op.cit.*, p.390 e 391.

A crítica geralmente feita encontra-se na alta carga de subjetivismo que se daaria o juiz. Contudo, Maria Cecília Pontes Carnaúba já bem observou que a parcela de subjetivismo na ponderação de valores não é maior que a constante em uma condenação privativa da liberdade, ou no deferimento de uma liminar ou cautelar, ou na dosimetria da pena, ou, ainda, na decisão sobre a suficiência ou insuficiência de provas para embasar o decreto condenatório. Tais fatos, explica a autora, ocorrem diariamente, tanto no campo penal como no campo civil (veja-se, por exemplo, o extremo subjetivismo na dosagem dos danos morais). Assim, é inevitável a constatação da forte carga de subjetivismo de muitas decisões judiciais. Nem por isso se entendeu que houvesse agressão à segurança dos cidadãos em virtude de decisões dessa ordem. Desse modo, o princípio da proporcionalidade, construído com rigorosos parâmetros objetivos, com maiores razões não ofende a segurança jurídica. Pelo exposto, conclui a autora que é conveniente que se deixe certa margem de discricionariedade ao julgador a fim de mais bem apurar a justiça no caso concreto.⁸²

Barbosa Moreira, em idêntica linha de pensamento, manifestou-se a respeito:

Às vezes se imputa a semelhante doutrina o risco de dar margem à excessiva influência de fatores subjetivos e, por conseguinte, a emergência do arbítrio judicial. Mas cumpre não perder de vista quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de ‘bons costumes’, o de ‘mulher honesta’ ou o de ‘interesse público’. A subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; se pretendêssemos eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso.⁸³

Ademais, os riscos ventilados não procedem diante das próprias limitações impostas à magistratura, tais como a necessidade de motivação de suas decisões, o duplo grau de jurisdição e a atividade do Ministério Público na função de *custos legis* ou como parte, exercendo importante papel fiscalizador.

Paulo Bonavides, rebate as críticas sustentando que todos os riscos mencionados são atenuados com a aplicação do princípio da proporcionalidade junto à interpretação conforme a Constituição. Diz o eminente mestre que

⁸² *op.cit.*, p.96 e 97.

⁸³ *op.cit.*, p.13.

(...) o princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição, move-se, pois, em direção contrária a esse entendimento e, ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor.

Nessa perspectiva, não há razão para temores, eis que não se trata de um “governo de juízes” que possa abalar a separação de poderes, mas sim, tratar-se-ia de uma doutrina concebida no uso jurisprudencial e para um fim de controle da constitucionalidade, do qual sai fortalecido o legislador e suas leis.⁸⁴

5 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

A questão das provas ilícitas por derivação prende-se ao fato de que, muitas vezes, as provas obtidas ilicitamente propiciam o conhecimento de outras provas, estas colhidas de forma lícita. É o caso de uma busca domiciliar ilegal, ou uma confissão extorquida, entre outros, que ensejam, posteriormente, uma busca e apreensão regular, feita com mandado judicial, de objetos do crime, ou a descoberta legal de novas provas que condenam o réu. O ponto crucial é saber se as provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo.

A Constituição pátria não elucidou o problema, não fazendo menção alguma ao tema em seu texto. Portanto, restou à doutrina e à jurisprudência a solução da questão que ainda não está pacificada.

A doutrina alemã adverte que a admissibilidade das provas ilicitamente derivadas poderia estimular as autoridades e as próprias partes a se utilizarem de provas ilícitas visando a atingir outras provas decorrentes destas. Seriam encorajadas a servirem-se de meios ilegais, na certeza de que as provas decorrentes, colhidas após, seriam admitidas lícitamente no processo.

No Brasil, grande parte da doutrina adota uma posição mais sensível às garantias da pessoa humana e mais intransigente com os princípios e as normas constitucionais, banindo as provas ilícitas por derivação.⁸⁵

⁸⁴ *op. cit.*, p.388-389.

⁸⁵ Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio SCARANCE e Antônio Magalhães GOMES FILHO. *op. cit.*, p.135.

Mirabete entende contrariamente, sustentando que

(...) como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a da que dela deriva”.⁸⁶

Mister ressaltar que o nosso Código de Processo Penal parece não autorizar derivação de provas, ao dispor no artigo 573, § 1º, que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”.

Enorme notoriedade assumiu a doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), formulada pela Suprema Corte norte-americana, a partir de 1920, no caso *SilverThorne Lumber Co. versus EUA* (251 U. S. 385), segundo a qual a árvore envenenada contamina seus frutos. Visa a excluir as provas derivadas de práticas ilegais, identicamente ao pensamento que concebeu a *exclusionary rules*, como forma de desencorajar a polícia a promover buscas e apreensões ilegais.

O STF, inicialmente, em dois importantes julgamentos (AP 307-3/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão e HC 69.912/RS, Rel. Sepúlveda Pertence), referentes ao ex-presidente Fernando Collor de Mello, rejeitou a doutrina dos frutos da árvore envenenada, determinando a validade das provas derivadas de provas ilícitas.

No HC 69.912-0, julgado em 30/06/93, o STF repeliu a citada doutrina por 6 votos a 5. Votaram pela licitude das provas derivadas os Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sidney Sanches, Néri da Silveira, Octávio Gallotti e Moreira Alves. Contra, os Ministros Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello que deferiram o *habeas corpus*.

Destaque-se o voto do Ministro Sidney Sanches que sustenta que não faz sentido ignorar toda a verdade descoberta sobre um crime, apenas porque uma das provas iniciais seria ilícita, contrapondo-se a todos os outros elementos do conjunto probatório. O Ministro Moreira Alves que chegou a dizer sobre o “absurdo da conclusão” desta doutrina, que levaria à impunidade de criminosos.⁸⁷ Em

⁸⁶ *apud* Torquato AVOLIO *op.cit.*, p.77.

⁸⁷ O Ministro chegou a concluir na ação penal 307-3 que a doutrina dos frutos da árvore envenenada não foi acolhida pela nossa Constituição.

contrapartida, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que a “doutrina da invalidade probatória do *fruit of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”.

Contudo, tal decisão restou anulada pela declaração de impedimento do Ministro Néri da Silveira, eis que seu filho havia atuado no feito como membro do Ministério Público.⁸⁸ Tal fato ensejou novo julgamento em 16/12/1993, sem a presença do ministro impedido, modificando-se a votação para 5 a 5, com a conseqüente concessão do *habeas corpus*, uma vez que o empate favorece o paciente, nos termos do artigo 150, § 3º do Regimento Interno do STF. Assim, nessa segunda votação, acolheu-se a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Apesar desse julgamento, a maioria (6 a 5) permanecia tendente a aceitar as provas derivadas da ilícita.

Entretanto, tal maioria perdurou até a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, adepto da posição majoritária. Ocupou sua vaga o Ministro Maurício Corrêa, adepto da inadmissibilidade das provas derivadas. Desse modo, o posicionamento da Corte inverteu-se, adotando a teoria da contaminação das demais provas decorrentes da ilícita.

Essa mudança foi sentida nos pronunciamentos posteriores da Corte. Vejamos um deles:

Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de formações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz – prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art. 5º, XII, da CF (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”) –, o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina dos “frutos da árvore envenenada”, concedeu *habeas corpus* impetrado em favor de advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, par. único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz de sua causa. Entendeu-se que o testemunho do cliente – ao qual se chegara exclusivamente em razão da escuta –, confirmando a solicitação feita pelo advogado na

⁸⁸ MS 21.750, de 24/11/1993.

conversa telefônica, estaria ‘contaminado’ pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiam o *habeas corpus*, ao fundamento de que somente a prova ilícita – no caso, a escuta – deveria ser desprezada. Precedentes citados: AHC 69912-RS (DJ de 26.11.93), HC 73351-SP (Pleno, 09.05.96; v. Informativo n. 30). HC 72.588-PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, 12.06.96.

Nesse mesmo sentido, foram proferidas as decisões no HC 73.351/SP, HC 73.461/SP e HC 73.510/SP, confirmando a atual posição do STF.

Todavia, nos Estados Unidos, a própria doutrina da árvore envenenada, bem como a *exclusionary rules*, não são tomadas em sentido absoluto, sofrendo mitigações. Algumas limitações são impostas, como: a Limitação da Fonte Independente (*The Independent Source Limitation*) que admite a prova ilícita no processo desde que haja outras provas do fato que não estejam diretamente ligadas à ilicitude; a Limitação da Descoberta Inevitável (*The Inevitable Discovery Limitation*), que aceita a prova ilícita se inevitável sua descoberta por outros meios; a Limitação da Descontaminação (*The Purge Taint Limitation*), que aceita a prova viciada se purgado o vício (veneno) pela intervenção de um ato independente (imunização dos frutos obtidos), como, por exemplo, posterior confissão espontânea colhida com observância dos direitos fundamentais, romperia o vínculo com árvore envenenada; e a Limitação da Boa-Fé (*The Good Faith Exception*), que admite a prova derivada diante da boa-fé dos agentes públicos que, ao empreender suas diligências, acreditavam agir de forma legal e em observância dos ditames constitucionais.

O STF e STJ já vêm empregando essas mitigações em seus julgados, como se observa a seguir:

(...) A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única ou a primeira produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não-contaminadas e dela não-decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e da materialidade do delito. (...) (STF, HC 74.081-2, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 22/04/1997).

Escuta telefônica redundante em prova inexpressiva, suplantada por elementos autônomos e suficientes, em que se veio a basear a condenação do paciente (STF, HC 73.461-8/SP, Relator Ministro Octávio Gallotti, julgado em 11/06/96).

1. Se as provas constantes dos autos são robustas e autônomas, autorizada está a prisão preventiva do réu.

2. Não há de se falar em nulidade quando a denúncia manejada pelo Ministério Público não elegeu a escuta telefônica como seu alicerce, eis que baseada em conjunto probatório variado e suficiente para sustentá-la.
3. A escuta telefônica é apenas uma das diversas provas capazes de dar ensejo à denúncia, não sendo única nem indispensável no caso concreto.
4. *Habeas corpus* denegado.
(STJ, HC 5292/RJ, Relator Ministro Anselmo Santiago, julgado em 09/04/97)

Em conclusão, são inadmitidas no processo as provas ilícitas e as derivadas destas, devendo ser desentranhadas dos autos a fim de que não influam na decisão. Outrossim, se o decreto condenatório está lastreado em fatos ou provas independentes, autônomos, distintos da prova ilícita, não há de se falar em contaminação, nem em nulidade do processo, eis que a observância absoluta e cega da doutrina da contaminação das provas acarretaria, inevitavelmente, a fraude processual, pois levaria os próprios acusados a forjarem alguma ilicitude na obtenção da prova com o intuito de nulificar todo o processo.

Por último, cabe ressaltar que a Comissão encarregada da reforma do Código de Processo Penal vigente, sob a presidência da professora Ada Pellegrini Grinover, aponta no sentido de inadmitir no processo criminal tanto as provas ilícitas, como as provas decorrentes da ilicitude. Vejamos então o texto do projeto:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

§ 2º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.

§ 3º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença.⁸⁹

⁸⁹ fonte sítio Ministério da Justiça (www.mj.gov.br).

6 A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA *PRO REO*

A prova ilícita *pro reo* é admitida unanimemente tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Apoiada nos valores supremos da liberdade humana e do ideal de justiça, e, em homenagem ao direito de defesa, a prova ilícita *pro reo* vem sendo acolhida, mesmo com a violação a direitos fundamentais seus ou de terceiros.

Constitui a adoção do critério da proporcionalidade diante dos valores contrastantes, isto é, ante os valores da liberdade e da justiça, em contraposição ao direito à intimidade, aqueles prevalecem por tutelarem bens jurídicos mais relevantes. Desse modo, não pode o Estado se insurgir contra esses valores supremos e condenar um inocente apenas porque a prova foi considerada ilícita.

Ensina Ada Pellegrini Grinover que se trata da “aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei”.⁹⁰

Exaltando o direito de defesa e demonstrando o jogo de equilíbrio entre o direito de defesa e o direito à intimidade, afirma inicialmente o artigo 233, *caput*, do Código de Processo Penal, que são vedadas as cartas obtidas por meios criminosos, entretanto é contundente seu parágrafo único, quando permite a exibição das cartas pelo destinatário, em defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

Em outro sentido, fundamenta-se a admissão das provas ilícitas *pro reo* com base na exclusão de ilicitude, justificados pelo estado de necessidade⁹¹ ou pela legítima defesa. Portanto, admite-se a gravação sub-reptícia realizada pela vítima que comprova o crime de extorsão do agente agressor, eis que este invadiu a sua esfera de liberdades públicas ao ameaçá-la e coagi-la. A vítima obteve prova ilícita, mas, em legítima defesa de suas liberdades públicas.⁹² Ainda poderíamos citar como exemplo uma interceptação telefônica, sem autorização judicial, que demonstre a inocência do acusado, ou a utilização de uma carta enviada

⁹⁰ Ada Pellegrini GRINOVER *et al. op.cit.*, p.135.

⁹¹ Apenas o estado de necessidade justificante exclui a ilicitude, e, portanto, presta-se a excluir a ilicitude probatória. Ao contrário, o estado de necessidade exculpante não resolve o problema das provas ilícitas, pois exclui apenas a culpabilidade, mantendo íntegra a antijuridicidade. Quando justificante, o bem sacrificado é menor, enquanto no estado exculpante o bem sacrificado não é menor (maior ou igual). Não é possível admitir uma prova ilícita quando o bem sacrificado for maior. Note-se a aplicação do princípio da proporcionalidade na ponderação dos bens em jogo. Vale ressaltar que ainda é discutida a existência do estado de necessidade exculpante no direito brasileiro.

⁹² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13.ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p.130.

por seqüestradores aos familiares do seqüestrado. Ambas produzidas ao arrepio da lei, mas em legítima defesa dos direitos fundamentais da vítima, os quais estavam sendo ameaçados ou lesionados por condutas criminosas.

A ausência de ilicitude dessas provas afasta a incidência do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal. Ademais, Alexandre de Moraes brilhantemente apontou que as liberdades públicas não podem servir de escudo protetivo de atividades ilícitas, nem tampouco afastar ou diminuir a responsabilidade civil ou penal de criminosos, sob pena de total consagração do desrespeito ao Estado de Direito.⁹³

Esplêndido é o parecer da Procuradoria Geral da República, citado no voto do Ministro Moreira Alves:

Evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu representou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.⁹⁴

É pacífica a jurisprudência a esse respeito:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. (STF, RE 212.081-2/RO, Relator Ministro Octávio Gallotti, julgado em 5 de dezembro de 1997)

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.

⁹³ *ibidem*, p.129-130.

⁹⁴ Parecer da Procuradoria-Geral da República citado no voto do Relator Moreira Alves no HC 74.678-1/SP, julgado em 10 jun. 1997 (folhas.79).

(STF, HC 75.338-8/RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, julgado em 11 de março de 1998)

Habeas Corpus. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade.

Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de conseqüência, ilícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).

Habeas Corpus indeferido. (STF, HC 74.678-1/SP, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 10 de junho de 1997)

Em síntese, demonstra-se admissível a prova ilícita colhida a favor do réu diante da proporcionalidade estabelecida em prol da ampla defesa do réu e em sacrifício da intimidade, valor de menor relevância ante os valores de justiça e de liberdade; e, também, diante da excludente de ilicitude na obtenção da prova.

7 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE*

Alguns doutrinadores defendem a utilização da prova ilícita em defesa do interesse público e da coletividade, eis que visaria tutelar não a um direito individual mas sim a um interesse maior composto por todos os membros da sociedade, diante das conseqüências que poderiam advir da impunidade de certos criminosos ou organizações criminosas.

Desse modo, visaria ao resguardo dos interesses de todos os indivíduos, considerados individual ou coletivamente, para consecução do bem comum em situações que envolvam bens jurídicos de grande magnitude.

A questão, apesar de controvertida, resolve-se, mais uma vez, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves para se admitir a prova ilícita, seja *pro reo* ou *pro societate*.⁹⁵ Deve-se sopesar os valores postos em jogo, tendo-se em conta que a sociedade é tão merecedora de proteção quanto o indivíduo.

⁹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 9.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p.261.

Leciona Fernando Capez que:

(...) o princípio da proporcionalidade deve também ser admitido *pro societate*, pois o confronto que se estabelece não é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal.⁹⁶

A própria Constituição de 1988 trata com extrema severidade crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos (artigo 5º inciso XLIII), constituindo-se em um dos objetivos orientadores do Estado brasileiro o combate a essas atividades criminosas, mormente em se tratando de organizações do crime. Mencione-se que a segurança é um dos direitos fundamentais (artigo 5º, *caput*, CF) que o Estado tem o dever de assegurar (artigo 144 da CF).

Isto posto, deve-se reconhecer que a norma do artigo 5º, inciso LVI, da Magna Carta, que veda o uso das provas ilícitas, deve ceder naquelas hipóteses em que sua posição intransigente levaria a lesão de um direito fundamental mais valioso,⁹⁷ especialmente diante de condutas de organizações criminosas e crimes contra o erário que atingem a coletividade e o bem-público, prejudicando os objetivos do Estado e seus serviços.

Lapidares são as palavras trazidas à baila por Barbosa Moreira em defesa da admissão de provas ilícitas *pro societate*:

Todavia, se a defesa – à diferença da acusação – fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penais dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, estar-se-á tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixa de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora

⁹⁶ *ibidem*, p.261.

⁹⁷ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *op.cit.*, p. 25

de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem isso suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o ‘poderoso Chefe’ local.⁹⁸

Em prol da sociedade foram julgados no STJ o *habeas corpus* nº 3972/RJ e nº 4138/RJ. Asseverando esse entendimento pronunciou-se o STF no valioso acórdão do HC 70.814/SP. Este último merece destaque:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação de correspondência remetida pelo sentenciado, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir um instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 01/03/1994)

Importante hipótese de valoração *pro societate* é demonstrada na administração da *res publica*. Alexandre de Moraes ensina que, em defesa da probidade na Administração Pública, a inadmissibilidade das provas ilícitas deve ser compatibilizada aos demais princípios constitucionais, especialmente a moralidade e publicidade, consagrados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Os agentes do Estado, no exercício de uma função pública, são investidos de poderes para o atingimento de uma finalidade pública. Portanto, as condutas dos agentes estatais devem ser pautadas pela máxima transparência, honestidade e publicidade de seus atos, eis que lidam com coisa alheia (*res publica*). Desse modo, não podem ser invocadas as inviolabilidades constitucionais para proteção de atividades ilícitas em cargos, funções ou empregos públicos como verdadeira cláusula de irresponsabilidade por seus atos ilícitos.⁹⁹ Vejamos, então, os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

(...) a conjugação dos princípios da moralidade e publicidade impede que o agente público utilize-se das inviolabilidades à intimidade e à vida privada para prática de atividades ilícitas, pois, na interpretação das diversas normas constitucionais, deve ser concedido o sentido que assegure sua maior eficácia, sendo absolutamente vedada a

⁹⁸ *op.cit.*, p.15.

⁹⁹ MORAES, Alexandre de. *op.cit.*, p.131-132.

interpretação que diminua sua finalidade, no caso, a transparência dos negócios públicos.

Portanto, deverá ser permitida a utilização de gravações clandestinas por um dos interlocutores, realizadas sem o conhecimento do agente público, que comprovem sua participação, utilizando-se de seu cargo, função ou emprego público, na prática de atos ilícitos (por exemplo: concussão, tráfico de influência, ato de improbidade administrativa), não lhe sendo possível alegar as inviolabilidades à intimidade ou à vida privada no trato da *res publica*; pois, na administração pública, em regra, não vigora o sigilo na condução dos negócios políticos do Estado, mas o princípio da publicidade.¹⁰⁰

Maria Cecília Pontes Carnaúba, em obra de grande reflexão, coloca que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso III, da Carta Magna), que ainda tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, conforme preconiza o artigo 3º da Constituição Federal. O artigo 6º estatui que a sociedade tem direito a saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados.

Assim, para a concretização dos objetivos previstos nos dispositivos acima citados, o Estado necessita de verbas, serviços e infra-estrutura para o atingimento dos valores insculpidos no Texto Maior. Dessa forma, em brilhante pensamento, Maria Cecília Pontes Carnaúba conclui que “quando há crimes lesivos ao erário que resultam impunes por causa da aplicação intransigente da regra de inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, são os próprios objetivos do Estado brasileiro que são atingidos e também os direitos subjetivos do cidadão, fixados pelo art. 6º, que são violados”.¹⁰¹ Isso porque compromete a prestação de serviços do Estado, como saúde, educação, moradia, segurança pública, entre outros, ocasionando a pobreza e a marginalização decorrentes da falta de assistência social em função da deficiência de recursos.

Acrescenta ainda a autora que:

(...) quando a impunidade, pela proibição de admitir provas ilícitas nos processos, se dá em crimes de tráfico de entorpecentes os danos para os cidadãos não são menos graves, pois resulta comprometido

¹⁰⁰ *op.cit.*

¹⁰¹ *op.cit.*, p.108.

o dever estatal de promoção da justiça e erradicação da marginalização, assim como pode haver comprometimento moral da estrutura administrativa do Estado em face da força corruptiva do comércio ilícito de entorpecentes e drogas afins.¹⁰²

Os exemplos citados demonstram que o sacrifício de valores constitucionais maiores, diante da imposição rigorosa da vedação de provas obtidas com qualquer violação aos direitos e às garantias individuais, prejudicam a materialização dos objetivos do Estado brasileiro, consubstanciando-se ao final em sacrifício do próprio cidadão e da cidadania.

Apesar dos nobres ideais da aceitação da prova ilícita *pro societate*, que visam ao interesse social, a realização de justiça e o atendimento dos anseios da comunidade, o tema ainda é extremamente controvertido.

8 EFEITOS DA ILICITUDE PROBATÓRIA

A Constituição Federal veda expressamente as provas ilícitas, sem, contudo, prescrever suas conseqüências caso ingressem no processo. Determina apenas a inadmissibilidade da prova.

Antônio Magalhães Gomes Filho traz importante diferenciação concernente à noção de nulidade e inadmissibilidade.¹⁰³ Assevera o ilustre autor que a nulidade é declarada em um julgamento posterior à realização do ato, momento em que reconhece a invalidade e ineficácia da prova. A inadmissibilidade, por sua vez, decorre de uma apreciação prévia feita pelo julgador, com o fim de evitar que elementos inidôneos tenham ingresso nos autos, sendo esta a razão de sua definição em termos negativos como inadmissibilidade, proibição da prova, *exclusionary rules*.

A necessidade dessa distinção reside em seus efeitos, pois a declaração de nulidade não é automática e o ato pode ser dado como válido e eficaz se ocorrerem os requisitos legais para sua convalidação (por exemplo, a inexistência de prejuízo ou a ocorrência de alguma causa de convalidação). A inadmissibilidade, por consistir em uma valoração prévia da prova, antes de seu ingresso no processo, impede a produção de qualquer efeito válido.¹⁰⁴

¹⁰² *op. cit.*

¹⁰³ *op. cit.*, p.94.

¹⁰⁴ Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, aproxima-se da idéia de inexistência do ato (*op. cit.*).

Posição majoritária da doutrina enquadra a prova ilícita como ato nulo, tratando-a como caso de nulidade absoluta. Porém, cabe frisar que a linha divisória entre a nulidade relativa e absoluta é, exatamente, o fato desta ser estabelecida em prol do interesse público, devendo ser decretada de ofício; enquanto aquela outra preserva o interesse da parte prejudicada e depende de seu requerimento, bem como da demonstração de prejuízo. Outrossim, é sabido que a doutrina menciona outras duas categorias de atos: atos inexistentes e atos irregulares. Os atos inexistentes são “não-atos”, aos quais não se cogita invalidação alguma, pois a inexistência antecede a qualquer juízo de validade. Já os atos meramente irregulares não comprometem os objetivos do ato, sendo mero desentendimento às prescrições legais.

Portanto, no tocante às provas ilícitas, caberia apenas verificar se se trata de ato absolutamente nulo ou inexistente, não havendo espaço para nulidade relativa (interesse das partes) nem para os atos meramente irregulares (sem sanção).

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho dizem que:

(...) a atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa sempre uma violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e às normas de ordem pública. (...) Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público (supra, n. 2), o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo (...). Resulta daí que o ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção nem para nulidade relativas.¹⁰⁵

Todavia, os citados autores fazem uma ressalva: “Mas aqui o fenômeno toma outra dimensão: as provas ilícitas sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas (v., *supra*, cap.II, n. 3). Daí sua total ineficácia”.¹⁰⁶ Desta forma, adotam os citados autores posição diferenciada, inserindo a prova ilícita no âmbito da inexistência jurídica.

¹⁰⁵ *op.cit.*, p.22 e 23.

¹⁰⁶ *op.cit.*, p.141. Em igual sentido comunga Torquato AVOLIO. *op.cit.*, p.94.

De qualquer forma, reconhecida a ilicitude da prova, quer como ato nulo ou inexistente, esta deverá ser desentranhada dos autos e entregue a quem as produziu.

Ademais, não há de se falar em nulidade do processo ou rejeição da denúncia quando estes encontrarem ressonância em outras provas coligidas nos autos que embasam a acusação ou o decreto condenatório. *Vide* farta jurisprudência a respeito:

A jurisprudência desta Corte tem-se manifestado no sentido de que a interceptação telefônica, autorizada judicialmente ou não, realizada anteriormente à Lei nº 9296/96, não acarreta a nulidade da condenação, quando esta se baseia em outras provas coligidas no curso da instrução criminal, seja, quando a prova ilícita não serviu de elementos de convicção decisivo para a condenação. (STJ, HC 23.432/SP, Relator Ministro Vicente Leal, julgado em 01/04/2003)

O conjunto probatório precisa ser analisado organicamente. A prova ilícita, sem dúvida, é vedada pelo Direito e não pode fundamentar restrição ao exercício do direito de liberdade. Em havendo, contudo, outros elementos, sem vício jurídico, legal a decisão do juiz que os considerou para explicitar a decisão. (STJ, HC 9128/RO, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 02/08/1999)

Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita. (STF, 2ª Turma, HC 75.892 -6/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 17/04/98)

Todavia, quando a prova ilícita for obtida durante o inquérito policial e for imprescindível para o oferecimento da denúncia, não havendo outros elementos que sustentem a acusação, o indiciado poderá requerer, por HC, o trancamento do inquérito policial por falta de justa causa e o desentranhamento da prova, seguindo-se do conseqüente arquivamento.¹⁰⁷

Se a despeito da prova ilicitamente colhida no inquérito houver denúncia, poderá o acusado manejar o *habeas corpus* para trancar a ação penal por falta de justa causa, desentranhar a aludida prova e obter o arquivamento do feito.

Bom lembrar que caso o *writ* seja indeferido pelo Tribunal, caberá novo exame da ilicitude da prova quando prolatada a sentença ou em sede de recurso de apelação.

¹⁰⁷ Scarance FERNANDES em Jacques de Camargo PENTEADO (coord.). *Justiça penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.66.

Se produzida em juízo a prova discutida, o tema será tratado em alegações finais (artigo 500, código CPP) ou em simples petição. Antonio Scarance Fernandes assevera que, em acolhendo a argüição de ilicitude, deverá o juiz desentranhar a prova dos autos a fim de que não influa no julgamento. Não acolhendo a ilicitude, deverá ser impetrado habeas corpus.¹⁰⁸ Cabe frisar que não há previsão de recurso para o Ministério Público, caso tenha requerido o desentranhamento da prova ilícita.

Permanecendo a prova nos autos e vindo a sentença, caberá apelação alegando em preliminar a ilicitude da prova. Transitada em julgado a sentença, viável a Revisão Criminal ou *habeas corpus*.

Se em virtude do reflexo do desentranhamento da prova atacada, em recurso da defesa contra sentença condenatória, o conjunto probatório mostrar-se frágil, deverá a sentença ser reformada. Em caso negativo, havendo outros elementos de prova que embasem o julgado, manter-se-á intacta a sentença (conforme jurisprudência vista anteriormente).

Em recurso da acusação ante a sentença absolutória, pugnando pela ilicitude da prova produzida pela defesa, o Tribunal deverá sopesar o reflexo do desentranhamento da prova. Se excluída a prova, existirem elementos para embasar a condenação, a sentença será reformada; caso contrário, apesar da exclusão da prova viciada, manter-se inalterada a situação, havendo outros meios que sustentem a absolvição, determina-se a manutenção da sentença absolutória.

Importante ressaltar que o tribunal indicará a prova viciada e as contaminadas por ela, se o caso.

A fase de pronúncia do réu no Tribunal do Júri não oferece dificuldades, seguindo o já exposto (apelação ou *habeas corpus* e o conseqüente desentranhamento). Pronunciado o réu, contudo, aí a complexidade ganha relevo, eis que nada poderá fazer o Juiz Presidente do Júri, a menos que a sentença de pronúncia não tenha levado em consideração a prova ilícita, hipótese em que o juiz presidente mandará desentranhá-las antes que delas tomem conhecimento os jurados. Entretanto, se esta prova for citada em plenário, o juiz dissolverá o Conselho de Sentença, conforme disposto no artigo 475 do Código de Processo Penal.

A questão torna-se intrincada diante da soberania dos jurados (artigo 5º, inciso XXXVIII) que não possuem o dever de fundamentar a decisão tomada, assim, nunca se saberá o grau de influência que a prova ilícita exerceu no

¹⁰⁸ *ibidem*, p.67.

juízo. Portanto, se a prova permaneceu nos autos até a sessão plenária ou, se apesar de desentranhada, foi mencionada no plenário, em sede de *habeas corpus* ou do recurso cabível, o tribunal deverá anular o julgamento, para que se realize um outro, e desentranhar a prova, tendo-se em conta a impossibilidade de mensurar a influência da prova no julgado. A ausência de motivação no júri impede o conhecimento das razões de julgar, fato que justifica a anulação do *decisum* dos jurados.¹⁰⁹

CONCLUSÃO

O tema das provas ilícitas é inegavelmente tormentoso, levantando a controvérsias e debates entre renomados juristas e a própria jurisprudência.

A questão coloca-se diante da atividade jurisdicional, que busca a efetividade do processo com a realização da justiça, a busca da verdade material e a aplicação do ordenamento jurídico pátrio ao caso concreto, e, por outro lado, temos as liberdades públicas, especialmente as inviolabilidades individuais como a intimidade e a vida privada do cidadão (art. 5º, incisos X e XII), que devem ser respeitadas e observadas pelo aparelho estatal. Portanto, interesses contrapostos são o cerne do confronto, o interesse individual *versus* o interesse público.

A Carta Magna consagra a inadmissibilidade das provas ilícitas no plano jurídico, constituindo-se em direito fundamental elencado no art. 5º, inciso LVI do texto maior. Contudo, o direito à prova constitui-se em decorrência natural de outros direitos fundamentais elencados constitucionalmente, como o direito de ação e de defesa, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

A convivência dos direitos fundamentais exige a relatividade desses, sob pena de se tornar insustentável e desarmonioso o entendimento entre os valores pregados pela Constituição. Nenhum valor pode receber conotação absoluta, eis que traria resultados repugnantes e contrários ao senso de justiça. Uma interpretação rígida e meramente formal do art. 5º e seus incisos X e XII, que asseguram as inviolabilidades à intimidade, à vida privada e aos meios de comunicação, juntamente com o preceito também constitucional da vedação das provas ilícitas no processo (art. 5º, inciso LVI), constituirá em um fator gerador de injustiças, resultando no enfraquecimento dos valores constitucionais e no descrédito do Judiciário. A relatividade dos valores constitucionais não significa enfraquecer

¹⁰⁹ Ada Pellegrini GRINOVER *et al. op.cit.*, p.142.

os direitos fundamentais, mas, sim, preservá-los, mantendo sua força normativa dentro de seus respectivos espaços e limites cabíveis a cada situação.

Diante desse contexto, surge no cenário jurídico o Princípio da Proporcionalidade como pacificador das eventuais colisões entre direitos e valores fundamentais. Sua destacada projeção no cenário jurídico deve-se a grande elasticidade com que se acomoda às mais diversas circunstâncias. Essa é uma das características dos princípios, que não se prendem à rudeza de um sistema de validade ou invalidade, como a que estão submetidas as regras. Os princípios curvam-se ou dobram-se às necessidades e exigências do caso concreto, amoldando-se conforme a conveniência da situação e harmonizando-se com os outros princípios ou valores presentes ou em proximidade.

A adoção do critério da proporcionalidade é observada na admissibilidade da prova ilícita *pro reo* e *pro societate*. Em favor do réu sua aplicação é uníssona, enquanto em favor da acusação possui tímida aplicação na jurisprudência.

Controvérsia maior se revela a teoria da contaminação das provas decorrentes das ilícitas. Assentou o Supremo Tribunal Federal entendimento pela acolhida da teoria estadunidense do *fruits of the poisonous tree*, após uma guinada de posicionamento da excelsa Corte que possuía, anteriormente, posição contrária à referida tese.

A impunidade de certos criminosos e organizações voltadas às atividades ilícitas é nociva à coletividade como também prejudica os serviços do Estado. É inegável também que os direitos individuais merecem ampla proteção, consistindo em uma das maiores conquistas contra as intromissões ilegais na esfera íntima do indivíduo. Todavia, a aplicação de qualquer dispositivo constitucional deve ocorrer de forma a preservar a unidade da Constituição, promovendo a integração com as demais normas constitucionais. Sob essa perspectiva demonstra-se a necessidade de mitigação à aplicação intransigente do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, por outro lado, firma-se o princípio da proporcionalidade como fator solucionador.

Na ponderação dos valores em jogo com a aplicação do princípio da proporcionalidade por meio de parâmetros rígidos e critérios objetivos, para decidir-se acerca da admissibilidade ou não da prova, parece repousar a solução para o desate de intrincadas questões sobre o conflito entre a efetividade do processo judicial e as liberdades públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência*. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 9.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 12, p.162-200.
- CASTILHO, Maria Augusta de. *Roteiro para elaboração de monografia em ciências jurídicas*. 2.ed. rev. São Paulo: Sugestões Literárias, 2000.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. Sessenta dias de prisão temporária é razoável? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 17, p.153-160, jan./mar. 1997.
- _____. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.
- DOMINGOS, Sérgio. Conflito de princípios e o princípio da proporcionalidade. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 9, n. 18, p.187-207, jul./dez. 2001.
- FARIAS, Paulo José Leite. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 5, n. 9, p.156-199, jan./jun. 1997.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. Prova ilícita no direito pátrio e no direito comparado. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 3, n. 6, p.231-325, jul./dez. 1995.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 17, p.112-126, jan./mar. 1997.
- _____. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, p.71-79, jul./set. 1999.
- _____. A reforma do código de processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 31, p.65-73, jul./set. 2000.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. *Revista do MP*, Rio de Janeiro, n. 11, p.264, jan./jul. 2000.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. trad. João Batista Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1994.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13.ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 03, n. 06, jul./dez. 1995.

- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5.ed. rev. ampl. atual. com a Lei das Interceptações Telefônicas (9296/96), Lei da Arbitragem (9307/96) e a Lei dos Recursos nos Tribunais Superiores (9756/98). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. v. 21.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PENTEADO, Jaques de Camargo *et al.* *Justiça penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6.ed. rev. atual. com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. I.
- SLAIBI FILHO, Nagib. Razoabilidade *versus* proporcionalidade. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: Consulex, ano VII, n. 145, p.44-45, 31 jan. 2003.
- SUANNES, Adauto. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 31, p.75-101, jul./set. 2000.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v 3.
- VASCONCELLOS, Roberto Prado de. Provas ilícitas (enfoque constitucional). *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol. 791, p.456-486, set. 2001.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE DE CIGARROS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR*

Izabela Padilha Santos

1 INTRODUÇÃO

De um lado, a polêmica sobre o tabaco e o hábito de fumar é bastante complexa e desperta profundas indagações, uma vez que se trata de um direito do cidadão fumante cultivar um hábito que não é novo e que tem origens bastante remotas. Acontece que, por ser o cigarro um agente tóxico atraente de fácil e barato acesso, o tabagismo pode ser comparado a uma epidemia crônica e constante de difícil controle. Difícil, porquanto inegável a importância que a indústria do fumo tem na realidade socioeconômica de um país, com significativo recolhimento de impostos, maciça geração de empregos e expressivo fomento da atividade empresarial.

Por outro lado, sob o ponto de vista do interesse público e coletivo, note-se que, entre as conseqüências do consumo do cigarro para os cofres públicos, estão os gastos da Seguridade Social e da Previdência com o tratamento de saúde de suas vítimas e eventuais aposentadorias precoces, respectivamente, além de despesas com a divulgação de dados e informações para alertar os consumidores dos riscos e tentar prevenir sua ocorrência. Todos esses gastos impedem, assim, investimentos reais, práticos e concretos na saúde.

Assim sendo, o presente trabalho volta os olhos para o maior peso que tem o direito e a garantia fundamental à saúde e à qualidade de vida, constitucionalmente assegurados, em contraposição ao direito de livre comércio e liberdade de expressão. Afinal, existe um ciclo dentro do qual a indústria tabagista, aliada ao trabalho das empresas publicitárias, atrai novos fumantes que trazem lucro, que é aplicado em novas propagandas, e assim por diante.

O uso de cigarros pode ser uma das primeiras manifestações de problemas comportamentais. A utilização do tabaco é considerada a “porta de entrada” para o uso de drogas ilícitas. Apenas um trabalho educativo, em conjunto com uma vontade política para controlar o tabagismo, fará reduzir tal epidemia. Dentro de

* Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do Curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público e Territórios. Orientador: Héctor Valverde Santana

um pensamento um tanto utópico – por vivermos em uma sociedade eminentemente capitalista –, entende-se que os ganhos econômicos deveriam ser reavaliados, uma vez que o lucro obtido por meio da comercialização do produto em tela traz doença e morte aos que o consomem, revolvendo, dentro desse pensamento, matéria de conteúdo ético.

A importância e o dever da prevenção acerca dos riscos trazidos pelo consumo são claros na medida em que, colocado o produto no mercado e maciçamente induzido o seu consumo, experimentado por uma gama infindável de consumidores, surge o vício derivado da dependência química, que torna o consumo não uma questão de opção, de livre escolha, mas de necessidade física e psíquica, já que a abstinência gera uma série de distúrbios que a maioria das pessoas não demonstra capacidade de controlar e submeter ao seu arbítrio consciente. Não se pode, assim, ignorar os riscos à integridade física dos fumantes advindos do consumo do cigarro.

Na esteira desse entendimento, Leandro Adiers faz interessante e pertinente comparação entre o interesse público e a conveniência pessoal na esfera das políticas protetoras aos consumidores de cigarro.¹ Lembra-nos de que, quando o assunto é a obrigatoriedade de uso de equipamento de segurança no trabalho, os limites de velocidade nas rodovias, a obrigatoriedade da utilização de cinto de segurança, as contribuições para a Seguridade Social, etc., a conveniência pública sobrepõe-se à autonomia privada, em função de um interesse social. Essas medidas, sem dúvida, minimizam a ocorrência de danos, mesmo que à custa da mitigação da autonomia da vontade dos indivíduos, onde prevalece um bem maior, uma relevância social em detrimento do interesse individual.

Em relação ao cigarro – que segundo o autor é um bem de consumo inútil a qualquer finalidade construtiva, que só gera consequências nocivas –, medidas de prevenção sobrelevam o interesse individual, a autonomia da vontade.

Não nos deixa esquecer o ilustre causídico que, a título de exemplo:

(...) nos EUA, país dito desenvolvido, com sólida tradição legal e reconhecido respeito às liberdades e garantias individuais, dos quais fazem intransigente defesa, bem como dos princípios do livre mercado, da livre iniciativa, a propaganda de cigarros e bebidas alcólicas já foi há muito banida da mídia e os fabricantes de cigarro tentam em vão negociar um fundo de amparo para as vítimas de seus

¹ ADIERS, Leandro. Responsabilidade civil do fabricante de cigarros. *Revista Jurídica* 257, p.21. mar. 1999.

produtos em troca da limitação dos valores das indenizações e permissão para a continuidade de sua atividade nociva.²

Assevera que:

(...) inobstante o nível de escolaridade, alfabetização e acesso a informações dos norte-americanos, sua fé na liberdade de escolha e capacidade individual, além de rígida fiscalização dos órgãos oficiais a proteger o consumidor, nenhum destes itens serve para isentar os fabricantes; no Brasil, todavia, país de analfabetos e miseráveis, famosos pelo descaso estatal com seus cidadãos, a culpa é do consumidor, que sabe o que faz.³

Já que, *a priori*, inviável a pretensão de se inibir totalmente a fabricação e a venda do cigarro, o que se espera, pelo menos, é que o fabricante indenize seus consumidores, ante os danos provocados pelo fumo, contribuindo, desse modo, para a conscientização da sociedade acerca dos males físicos e dependência psíquica por ele provocado.

Em apertada síntese, o presente estudo aponta, então, a responsabilidade civil do fabricante do cigarro que, por meio de publicidade abusiva e enganosa, nos moldes no CDC, induz os consumidores ao vício de fumar. Esse vício provocado pela dependência física e psíquica é causado pela nicotina, devendo-se ressaltar que essa informação atingiu os consumidores apenas recentemente.

1.1 DOENÇAS ASSOCIADAS AO USO DO CIGARRO

Uma vez que o presente trabalho envolve o dever de indenizar do fabricante do cigarro ante um dano ocorrido ao consumidor, far-se-á um breve estudo, com base em dados extraídos de pesquisa feita pelo Ministério da Saúde/Instituto Nacional do Câncer – INCA e pela Associação em Defesa da Saúde dos Fumantes – ADESF, no intuito de deixar consignado que o consumo de produtos fumíferos é a causa de graves doenças sofridas por aqueles que os têm como vício.

Primeiramente, é de extrema relevância informar que, consoante revelou a pesquisa do Ministério da Saúde, durante o consumo de cigarros, o indivíduo introduz no organismo mais de 4.700 substâncias tóxicas, incluindo nicotina, monóxido de carbono, alcatrão, agrotóxicos e substâncias radioativas.⁴

² *ibidem.*

³ *ibidem.*

⁴ <http://www.inca.org.br/prevencao/tabagismo/prtabagismo.html>

O estudo do ente governamental assim descreve quais são essas substâncias e como agem nocivamente no organismo humano:

A fumaça do cigarro possui uma fase gasosa e uma particulada. A fase gasosa é composta, entre outros, por monóxido de carbono, amônia, cetonas, formaldeído, acetaldeído e acroleína. Algumas destas substâncias produzem irritação nos olhos, nariz, garganta, além de levar à paralisia dos movimentos dos cílios dos brônquios. A fase particulada contém nicotina e alcatrão, que concentra 43 substâncias cancerígenas. Entre elas podemos citar o arsênico, níquel, benzopireno, cádmio, chumbo, sem contar os resíduos de agrotóxicos nos produtos agrícolas, como por exemplo o DDT e substâncias radioativas.⁵

Na continuação sobre a ação química do cigarro, o Ministério da Saúde afirma que a fumaça do tabaco, durante a tragada, é inalada para os pulmões, distribuindo-se para a circulação sistêmica e chegando rapidamente ao cérebro, entre 7 e 19 segundos. Essa rápida absorção é facilitada pelo grande número de alvéolos pulmonares, pela pequena espessura das paredes alveolares e pela irrigação capilar abundante. Ademais, nos diz que o fluxo sanguíneo capilar pulmonar é rápido e todo o volume de sangue do corpo percorre os pulmões em um minuto. Dessa forma, as substâncias inaladas pelos pulmões espalham-se pelo organismo com uma velocidade quase igual à de substâncias introduzidas por uma injeção intravenosa.⁶

A Associação em Defesa da Saúde dos Fumantes (Adesf) traz um elenco contendo 56 possíveis males de que pode vir a sofrer um fumante. Entre todos os registrados, tem-se, ilustrativamente: infarto do miocárdio; hipertensão; aterosclerose; câncer de pulmão; câncer de boca; câncer do estômago; úlcera do duodeno; estomatite; bronquite; pneumonia; otite; amidalite; sinusite; aborto; diabete; aneurisma da aorta, etc.⁷

O Ministério da Saúde, em um estudo mais detalhado, apresentou os principais grupos de doenças relacionadas ao tabaco, revelando a estatística fatal de cada um deles.⁸ Antes, convém salientar que, consoante esse órgão, a nicotina causa dependência da mesma forma que a cocaína, a heroína e o álcool.

⁵ *ibidem.*

⁶ *ibidem.*

⁷ <http://www.adesf.com.br/doencastr.htm>.

⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Falando sobre tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. (<http://www.inca.org.br/prevencao/tabagismo/doencassoc.html>)

Segundo a pesquisa elaborada por aquele órgão, o fumo é responsável por 30% das mortes por câncer e 90% das mortes por câncer de pulmão. Relaciona, também, outros tipos de câncer como o de boca, laringe, faringe, esôfago, pâncreas, rim, bexiga e colo de útero. Revelou que 25% das mortes causadas pelo uso do cigarro provocam doenças coronarianas, tais como angina e infarto do miocárdio. O mesmo percentual foi constatado para causas das mortes por doenças cerebrovasculares, entre elas o derrame cerebral.

Ademais, afirma o Ministério da Saúde que as doenças pulmonares obstrutivas crônicas, tais como bronquite e enfisema, representam 85% das mortes causadas pelo consumo do cigarro. Por fim, ressalta que outras doenças, também relacionadas ao uso do cigarro, ampliam a gravidade das conseqüências de seu uso, tais como aneurismas arteriais, úlceras do trato digestivo e infecções respiratórias.

1.2 OS DISTÚRBIOS CAUSADOS PELA NICOTINA

Baseando-nos no artigo de Leandro Adiers que, por sua vez, baseou-se na obra *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*, traduzido por Dayse Batista, divulgaremos as informações técnicas sobre os males e os distúrbios que a nicotina provoca na saúde mental e física do indivíduo que a consome.⁹

Quanto à dependência química, em síntese, está expresso que a cessação do uso da nicotina produz uma síndrome bem definida de abstinência, a seguir descrita:

Um dos muitos indivíduos que usam a nicotina podem consumi-la para aliviar ou evitar sintomas de abstinência ao despertarem ou ao saírem de uma situação onde o uso é restrito. Os indivíduos que fumam e os que utilizam a nicotina de outra forma tendem a verificar que esgotam seu suprimento de cigarros ou outros produtos contendo nicotina mais rapidamente do que de início pretendiam. Embora mais de 80% dos fumantes expressem um desejo de deixar de fumar e 35% parem a cada ano, menos de 5% obtêm sucesso em tentativas de abandonar o hábito sem auxílio externo. O melhor exemplo do longo tempo gasto usando a substância é representado pelo hábito de fumar um cigarro atrás do outro. Uma vez que as fontes de nicotina estão prontas e legalmente disponíveis, é raro um indivíduo dispende muito tempo tentando obter a nicotina.

⁹ ADIERS, Leandro. *op.cit.*, p.32-33.

No que se refere ao sofrimento e às alterações de estado de espírito de humor, deixou assim registrado:

A característica essencial da Abstinência de Nicotina é uma síndrome característica de abstinência que se desenvolve após a cessação abrupta ou redução do uso de produtos contendo nicotina após um período prolongado (de pelo menos algumas semanas) de uso diário (Critérios A e B). A síndrome de abstinência inclui quatro ou mais dos seguintes sintomas: humor disfórico ou deprimido; insônia; irritabilidade, frustração ou raiva; ansiedade; dificuldade para concentrar-se; inquietação ou impaciência; frequência cardíaca diminuída e aumento de apetite ou ganho de peso. Os sintomas de abstinência causam sofrimento significativo ou prejuízo no funcionamento social, ocupacional ou em outras áreas importantes de funcionamento (Critério C). Os sintomas não devem ser decorrentes de uma condição médica geral nem mais bem explicados por outro transtorno mental (Critério D).

1.3 PERFIL DE CONSUMO

Segundo pesquisa também realizada pelo Ministério da Saúde,¹⁰ o consumo do cigarro estabelece uma relação inversamente proporcional ao rendimento familiar *per capita*. Assim, mostrou que há um menor consumo nas classes de maior rendimento e, obviamente, observa-se maior consumo nas classes sem nenhum rendimento, apresentando uma estatística de 25,4% dos indivíduos dessa última fumando. Acredita-se que a causa dessa disparidade seja, exatamente, a falta de informação e educação constatada nas classes economicamente mais pobres.

Importante e curiosa observação feita pelo órgão estatal da saúde segundo a qual, entre a população de menor renda, grande parcela dos rendimentos é gasta com cigarros, em detrimento de outros itens prioritários, como, por exemplo, a alimentação. Acertadamente, afirma que esse consumo maior, somado a outras condições às quais este grupo está submetido, como desnutrição, doenças infecciosas e do trabalho, leva a um adoecimento mais freqüente, considerando ainda que os ambientes confinados das pequenas moradias favorece, em muito, a inalação passiva das substâncias tóxicas por crianças, gestantes e pessoas doentes.

¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Como implantar um programa de tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. (<http://www.inca.org.br/prevencao/tabagismo/perfil.html>)

Pelo exposto, conclui-se que, quanto mais pobres, menor acesso ao sistema de saúde, menor informação, maior exposição a fatores de risco, entre eles o tabagismo, significando piora progressiva na qualidade de vida.

1.4 A PUBLICIDADE DO CIGARRO SOB A ÓTICA GOVERNAMENTAL

Será feita, agora, breve exposição sobre o tratamento dado à publicidade na visão do órgão governamental envolvido nas questões voltadas para a proteção da saúde e qualidade de vida social.¹¹

O Ministério da Saúde reconhece a existência da atividade publicitária patrocinada pelas indústrias do tabaco nas modalidades direta e indireta. Com relação à primeira, partindo do pressuposto de que os fabricantes de cigarro têm consciência de que a nicotina gera dependência orgânica, o Ministério vê que a publicidade é dirigida principalmente para o jovem, uma vez constatado que o fumante habitual da vida adulta é aquele que se iniciou no vício ainda na juventude. A final de contas, o cigarro apresenta-se como um passaporte para o mundo adulto, um resumo de sucesso, *glamour*, liberdade e independência.

Ainda no âmbito da publicidade direta, é clara a preocupação do governo no que tange à escolha do público feminino como alvo de promoções específicas, numa afirmação implícita de que se trata de espécie mais vulnerável, merecendo maior proteção contra anúncios que trazem imagens de mulheres bonitas, revelando destacada sensualidade no ato de fumar, por ser aquela marca somente para “elas”.

Já no que concerne à forma indireta, o que chama a atenção daquele órgão ministerial é o modo pelo qual ela deixa evidente o quanto o tabagismo é comum e socialmente aceito, manipulando psicológica e prioritariamente a população jovem, quando da promoção de eventos esportivos e culturais, além da oferta, no mercado de consumo, de produtos como roupas, sapatos, bolsas, bonés, etc., carregando o logotipo de marcas de cigarro.

Traduzindo esse entendimento para uma situação real, tem-se o grandioso evento *Carlton Arts*, realizado recentemente na capital paulista, onde representantes da música, dança, moda, entre outros, ganharam espaço para

¹¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Falando sobre tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Como implantar um programa de tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. (<http://www.inca.org.br/prevencao/tabagismo/publdir.html>)

mostrar seu trabalho, tendo como patrocinador uma marca de cigarro. Ora, não há como discordar do pensamento de que, numa situação como essa, o fabricante do produto se beneficia, porquanto resta embutido na mente das pessoas a idéia de que o tabaco é normalmente relacionável a atividades física e mentalmente saudáveis, o que, na realidade, não é. Um adolescente pode, sem dúvidas, dar início ao hábito do fumo também influenciado por esse tipo de circunstância.

A necessidade de restringir a publicidade do cigarro veio como alarme disparado pelos enormes gastos no setor da saúde direcionados aos doentes do tabaco, aliados à estatística alcançada pelo governo de que metade de todos os fumantes regulares no país morre por usar produtos fumíferos, sem contar a afirmação de que fumar mata mais do que a soma das mortes por acidentes de trânsito, uso do álcool, homicídios, uso de entorpecentes e suicídios combinados.

Em contrapartida, existem aqueles que podem entender tais restrições como um cerceamento da liberdade de expressão e do livre comércio. No entanto, em um Estado Democrático de Direito, ante um conflito de direitos e garantias, aparentemente nivelados no mesmo grau, entende-se que deve prevalecer aquele que preza pela garantia individual da saúde e qualidade de vida em oposição à divulgação de um produto que mata metade de seus consumidores.

Enquanto a publicidade do cigarro não havia sido atingida pelas restrições legais, é certo que os investimentos nesse setor eram bem mais intensos. Aliás, em resposta a uma indagação que, eventualmente, pode ocorrer na mente dos leitores, qual seja, a que tipo de publicidade se refere a presente monografia, uma vez que tal publicidade já foi quase que totalmente abolida, quer se deixar claro que a tese vem comprovar que a responsabilidade do fabricante de cigarros pela publicidade como defeito de informação decorre de toda e qualquer publicidade, incluindo aquela que não sofria restrições, tendo em vista que muitos que hoje adoecem e morrem iniciaram seu vício por ela influenciados.

Para se ter uma idéia, de acordo com pesquisa feita pelo Ministério da Saúde, no Brasil, entre 1985 e 1994, os investimentos em publicidade efetuados pela indústria cigareira aumentaram 74,3% em termos acumulados. Em 1994, estes gastos foram 3,6 vezes maiores do que os relativos a 1985. Dentro desses percentuais, a televisão aparece como veículo favorito na época. Mostra-nos, também, que a relação de gastos com publicidade é inversamente proporcional ao consumo de cigarros, isto é, quando o consumo é alto, o gasto é baixo. Assim concluiu porque a participação do setor fumageiro no período 1991–1994, no Brasil, é de 1% dos gastos totais em publicidade, sendo o 16º anunciante desde 1992.

1.5 TABAGISMO E LEGISLAÇÃO

O Instituto Nacional do Câncer (Inca) promove um complexo, amplo e bem desenvolvido projeto, o Programa de Controle do Tabagismo e Outros Fatores de Risco, que visa à promulgação de uma política pública em prol da não-influência do tabaco na coletividade. Efetua a aplicação de medidas preventivas, educativas e informativas, além de estratégias econômicas, com o fim de promover o desenvolvimento e o crescimento de uma sociedade dotada de elevada qualidade de vida.

Nesse âmbito, a lei é tratada como fator indispensável para estabelecer e tornar efetivas tais medidas e estratégias sem, contudo, ser encarada como elemento isolado, mas sim um componente inserido no programa. O entendimento exposto no trabalho publicado pelo instituto é de que, independentemente da forma de legislação vigente, fundamental é o grau de aplicação das medidas legislativas, para um eficiente controle do tabagismo.

Assim sendo, o estudo do Inca espousa o pensamento de que se torna ineficaz uma norma que restringe o uso do tabaco, mas que não é respeitada pela população. E, para que o controle se torne efetivo, declara que o espaço existente entre a letra da lei e sua real aplicação no cotidiano das pessoas deve ser reduzido. Entende-se, no entanto, que essa redução só será plenamente concretizada com políticas educativas mais eficazes, o que não se observa em nossa sociedade atual.

Será exposto, a seguir, breve histórico da legislação para o controle do tabagismo no Brasil. Antes, entretanto, há de se ressaltar que tais dispositivos normativos por mais direcionados e restritivos que sejam, principalmente quanto à publicidade do produto em questão, não tomam o lugar do nosso moderno Código de Defesa do Consumidor.

O que se pretende deixar bem claro é que essa lei específica que rege as relações de consumo deve ser prioritariamente aplicada sobre qualquer outro estatuto referente ao tema, posto que os sujeitos, objeto e natureza da relação entre eles encontram tratamento tipificado como relação de consumo, com trato minucioso em lei própria. Ou seja, antes de se aplicar qualquer outra legislação sobre medidas antifumo, restrição quanto à publicidade e consumo, deve ser observado e aplicado o disposto no CDC.¹²

¹² “Nessa linha, a Lei 9.294, de 15.7.96 (Lei Murad), disciplinadora do art. 220, § 4º, dispõe que sua aplicação se dará sem prejuízo do CDC (art. 9º, *caput*). Logo, um anúncio, ainda que em conformidade com os parâmetros da Lei 9.294/96 e do Decreto 2.018, de 1.10.96, pode vir a ser considerado enganoso ou abusivo, por desrespeito ao CDC e ao espírito da norma constitucional”. (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.302.)

É, por isso, considerado um microsistema que, respeitando a Magna Carta, não cede espaço às demais legislações. Não pode, portanto, ser diferente o tratamento dado à responsabilidade civil do fabricante de cigarros perante o sofrimento dos consumidores de algumas das doenças elencadas. E, nessa ótica, vem o presente trabalho provar a hipótese supradescrita.

1.5.1 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO PARA O CONTROLE DO TABAGISMO NO BRASIL

Seguindo o quadro legislativo divulgado pelo Inca,¹³ faremos a exposição da legislação existente relacionada ao controle do consumo e divulgação dos produtos tabagistas, cada qual acompanhada de um sucinto relato sobre seu conteúdo.

A primeira lei federal para o controle do tabagismo no Brasil foi a Lei nº 7.488 de 11/6/86, instituindo a criação do Dia Nacional de Combate ao Fumo, no dia 29 de agosto. A partir daí, uma série de disposições legais que tratam da matéria foi estabelecida.

Em seguida, veio a Portaria Interministerial 3.257, que recomenda medidas restritivas ao fumo nos locais de trabalho, além de estabelecer a criação de fumódromos e conferir certificados de honra ao mérito às empresas que se destacarem em campanhas antitabagismo.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, surgiram restrições à publicidade do tabaco, especificamente, em seu art. 220, no capítulo referente à Comunicação Social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – disciplina, em seu art. 81, inciso III, a proibição da venda à criança ou ao adolescente de produtos que causam dependência física ou psíquica. Prevê, também, as penalidades – art. 243 – a serem aplicadas no caso de descumprimento de tal norma.

Na seqüência, vem o Código de Defesa do Consumidor, trazendo as mais variadas normas aplicáveis à espécie. Como é esse o estatuto que alicerça o presente trabalho, sobre ele não serão, agora, tecidos maiores comentários.

¹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Falando sobre tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Como implantar um programa de tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. (<http://www.inca.org.br/prevencao/tabagismo/tableg.html>)

A próxima e uma das mais importantes, no que diz respeito à restrição do uso da publicidade, é a Lei nº 9.294/96, regulamentada pelo Decreto nº 2.018/96, que dispõe sobre as restrições do uso da publicidade de produtos fumígenos, instituindo a obrigatoriedade de mensagens rotativas, tais como “fumar causa enfisema pulmonar” e “fumar causa câncer de boca”. Entre outras providências, proíbe o uso de produtos fumígenos em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento.

Os hábitos tabagistas recebem um pequeno, mas importante tratamento até mesmo no Código Nacional de Trânsito – Lei nº 9.503/97 –, por meio do qual é vedada a condução de veículo sob a influência de qualquer substância que determine dependência física ou psíquica (art. 165), além de trazer a proibição de dirigir com apenas uma das mãos – *in casu*, para aqueles que fumam na direção, exceto quando deva fazer sinais regulamentares de braço, mudar a marcha do veículo, ou acionar equipamentos e acessórios do veículo.

A Portaria nº 2.818 do Ministério da Saúde, de 28/5/98, proíbe fumar nas dependências do Ministério da Saúde. Em 1999, pela Lei nº 9.782, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, com o objetivo de determinar o controle e a fiscalização de cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco.

Depois disso, a Medida Provisória nº 1.814, alterando o art. 3º da Lei Federal nº 9.294/96, trouxe novas advertências a serem inseridas nas embalagens e publicidade do referido produto.

A Resolução 320, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), regulamentou o registro anual dos produtos fumígenos, exigindo a apresentação periódica de relatórios por parte das indústrias fumageiras.

Já o Decreto nº 3.136, de 13/8/99, criou a Comissão Nacional para a preparação do Brasil nas negociações internacionais com vistas na elaboração da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco.

Em 13/9/2000, a Consulta Pública do Ministério da Saúde 01 estabeleceu o prazo limite para apresentação de contribuições relativas à proposta da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco.

Foi sancionada em 27/12/2000 a Lei nº 10.167, que restringe a propaganda de produtos fumígenos. Eventos culturais e esportivos internacionais que contenham esse tipo de anúncio terão até janeiro de 2003 para se enquadrar na nova lei.

A Consulta Pública nº 5, da Anvisa, de 11/1/2001, estabeleceu o prazo-limite para apresentação de contribuições relativas à proposta de regulamentação dos teores máximos de nicotina, alcatrão e monóxido de carbono contidos nos cigarros.

Em 1/2/2001, a Portaria do Ministério da Saúde designou novos membros para compor a Comissão Nacional encarregada da preparação da posição do Governo nas negociações internacionais com vistas na elaboração de uma Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, no âmbito da Organização Mundial da Saúde.

A Resolução nº 104, de 31/5/2001, estabeleceu que todos os produtos fumígenos derivados do tabaco devem trazer, na embalagem e na publicidade, advertência ao consumidor sobre os malefícios decorrentes do uso desses produtos. Cumpre ressaltar que, apenas nesta ocasião, pela primeira vez, foi informado pelo fabricante que a nicotina é substância viciante.

No dia 28 de março de 2001, foi publicada a Resolução nº 46, da Anvisa, estabelecendo os teores máximos permitidos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros comercializados no Brasil. Além disso, a medida acabou com a classificação dos cigarros em “ultra baixos teores”, “suave”, “*light*”, “*soft*”, “leve”, “teores moderados”, “altos teores”, etc., porquanto, segundo a resolução, tais expressões levam o consumidor a uma interpretação equivocada quanto aos malefícios das substâncias contidos nos cigarros.

Por fim e recentemente, a Resolução nº 14, de 17 de janeiro do corrente ano [2003], veio para alterar dispositivos da Resolução nº 104 de 31/05/2001. Na mesma data, foi editada a Resolução nº 15 também regulamentando disposições insertas na Lei nº 9.294/96.

2 O DEVER DE INFORMAR

O estudo da responsabilidade civil do fabricante pelo defeito de informação requer o exame prévio do chamado dever de informar. Faremos, então, a análise desse dever básico e norteador de todo e qualquer fornecedor/fabricante, no que tange ao direito do consumidor de seus produtos de contratar, estando bem informado sobre todos os elementos e características acerca do produto a ser adquirido. Trata-se de um dever de bem informar o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles. O intuito, aqui, é não viciar a liberdade de escolha da parte hipossuficiente.

“Quem fabrica ou põe à venda no mercado determinado bem ou produto tem o dever de indicar o seu modo de utilização e qual o seu emprego correto, além de prevenir contra os possíveis perigos que sua utilização possa acarretar ao consumidor”.¹⁴ Com efeito,

(...) para a proteção efetiva do consumidor não é suficiente o mero controle da enganosidade e abusividade da informação. Faz-se necessário que o fornecedor cumpra seu dever de informação positiva. Como conseqüência, o Estado intervém para assegurar, em face da falha de funcionamento do mercado, que os consumidores recebam informações adequadas que os habilitem a exercer, de maneira consciente e livre suas opções de consumo.¹⁵

O fabricante, além de dever indicar o modo de emprego do produto, deve advertir o consumidor, do modo mais claro possível, acerca dos eventuais danos que o simples consumo do produto ou utilização indevida pode, eventualmente, causar. Assim, verifica-se que a informação como dever do fabricante para com o consumidor é revelada por duas formas, que devem subsistir simultaneamente. A primeira diz respeito à mera informação sobre a utilização do produto. Já a segunda – e que interessa ao nosso trabalho – trata da advertência a respeito de eventuais perigos ou sobre a natureza, caso traga, em si mesma, o risco de mácula à integridade física e moral do consumidor.

Como, então, o fabricante efetua, isto é, cumpre com o dever de informar? A indagação refere-se às características que deve carregar a informação, seja ela veiculada pela publicidade direta de qualquer espécie ou nas embalagens dos produtos, para que o fabricante não cometa falhas no exercício desse aclamado dever. Em resposta, no intuito de que a informação atinja a finalidade de evitar, de prevenir qualquer que seja o dano pelo fato do produto, faz-se necessário que se apresente de forma completa, explícita, inteligível e incorporada ao produto, pois os instrumentos de informação não configuram meros meios de promoção de vendas, mas elementos que vinculam o fornecedor/fabricante, ainda na fase pré-contratual.

A regra geral desse dever está insculpida no art. 4º, inciso IV, do CDC, o qual traz, no capítulo destinado ao tratamento da política nacional de relações de consumo, “a educação e a informação de fornecedores e consumidores, quanto

¹⁴ JACOB, Vera Maria. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*, ano 79, p.53, jun. 1990.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.240-241.

aos seus direitos e deveres, com vistas na melhoria do mercado de consumo”, no intuito de atender “às necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

A especificidade do princípio vem na redação do art. 6º, incisos II, III e IV, do mesmo estatuto, como direito básico do consumidor, *verbis*:

Art. 6º – São direitos básicos do consumidor:

(...)

II – a educação e a divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

Antônio Herman afirma que não há um dever legal, imposto ao fornecedor, de anunciar seus produtos e serviços. O que existe, na verdade, “é uma obrigação de informar positivamente o consumidor, nos termos do art. 31”, ressalvando que esta incumbência não precisa ser cumprida por meio de mensagens publicitárias (*stricto sensu*).¹⁶

Ora, de fato, o código não obriga o fornecedor a anunciar, ou seja, não existe regra alguma que imponha um dever de anunciar dirigido ao fornecedor/fabricante. Sob esse prisma, a publicidade é vista como um direito e não um dever. Todavia, cuida-se de um direito exercitável por conta e risco daquele que dela se utiliza para expandir suas vendas e auferir lucro. Duas exceções a esse princípio, no entanto, aparecem no CDC. Uma, quando o fornecedor toma conhecimento dos riscos do produto após sua colocação no mercado (art. 10, §§ 1º e 2º) e a outra, na hipótese de contrapropaganda (arts. 56, XII e 60).

De antemão, podemos afirmar com firmeza que nenhuma das situações retro-explicitadas encontra encaixe no caso das informações devidas sobre o cigarro, tendo em vista que os riscos que traz seu consumo, há muito, já são

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.259.

conhecidos, não devendo o fabricante torná-los públicos apenas em sede de contrapropaganda ou sob a alegação de conhecimento tardio dos eventuais prejuízos que vem a originar.

Reiterando a afirmação que se faz no início deste capítulo, a conclusão a que se chega é que o dever de informar representa, sem dúvida, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial e básico, para que constante harmonia e transparência paire sobre as relações de consumo. Concordamos com a professora Cláudia Lima Marques, quando afirma que essa transparência é traduzida por veracidade e respeito, por meio de maior troca de informações entre o fornecedor/fabricante e o consumidor na fase pré-contratual. Assevera a autora que, como reflexo do Princípio da Transparência, temos o novo dever de informar imposto pelo CDC que se concentra, inicialmente, nas informações sobre as características do produto ou do serviço oferecido no mercado.¹⁷

Nos dizeres da autora, “o dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor”.¹⁸ Logo, aquele que decide utilizar-se de publicidade carrega consigo, de imediato, a obrigação de fazê-lo respeitando os princípios do CDC.

2.1 A AMPLITUDE DO DEVER DE INFORMAR DO ART. 31

No contexto atual do CDC, ao contrário do tratamento anteriormente dado,¹⁹ esse dever assume proporções de dever básico, verdadeiro ônus imposto aos fornecedores/fabricantes. Agora, existe como uma obrigação legal, cabendo ao art. 31 determinar quais os aspectos relevantes a serem obrigatoriamente informados. Todo e qualquer produto ou serviço tem de respeitar o dever de informar do art. 31. Não se trata de listagem facultativa. É obrigatória.

O art. 31 do CDC, ao regular o dever de informar, dispõe o seguinte:

Art. 31 – A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras e precisas, ostensivas e em

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3.ed. São Paulo: RT, 1999. p.325.

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *op.cit.*, p.325.

¹⁹ Segundo Cláudia Lima Marques, enquanto tratado como simples dever secundário pela doutrina contratual, o dever de indicação e esclarecimento tinha sua origem somente no princípio jurisprudencial de boa-fé e só atingia determinadas circunstâncias consideradas pelo Judiciário com relevantes contratualmente. Era um dever de cooperação entre contratantes, portanto, restrito pelos interesses individuais e comerciais de cada um. *Ibidem*, p.325-327.

língua portuguesa, preço, garantia, prazos de validade e origem do produto, bem como informar sobre os riscos que o produto apresenta à saúde e à segurança do consumidor. (sublinha nossa).

Segundo a norma disposta nesse artigo, o fornecedor deve cuidar para que sua oferta, assim como a apresentação de seu produto, assegure ao consumidor informações claras, precisas e ostensivas sobre as características principais do produto. A doutrina não diverge ao afirmar que o rol de características destacado pelo art. 31 é meramente exemplificativo.²⁰

Corroborar-se, no entanto, com o entendimento de que o Código fixa algumas informações que, necessariamente, devem constar de produtos e serviços, quais sejam, características, qualidades, quantidade, composição, prazos de validade, preço, garantia, origem e riscos, devendo qualquer referência ao produto ou serviço estar coberta pela correção, clareza, precisão e ostensividade.²¹

Ademais, no caso de produtos perigosos ou que possam trazer algum risco à saúde e à segurança do consumidor, o dever geral de informar sobre as características do produto, instituído pelo art. 31, é complementado pelo dever de informar ostensiva e adequadamente, a respeito da nocividade ou periculosidade do produto, como dispõe o art. 9º, do CDC.

Alvim Arruda e outros, no comentário ao art. 31,²² assegura que o legislador procurou disciplinar o conteúdo da oferta e a apresentação de produtos e serviços, em prol do consumidor, tendo em vista sua vulnerabilidade. Não diferente do que já afirmado, corroboram com a idéia de que devem elas ser corretas, claras, precisas, ostensivas e inteligíveis, além de obrigatória a disposição sobre as características do produto ou serviço, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem. Nesse sentido, asseveram que o que determina o CDC é que, sendo a informação precisa, nos termos do art. 30, passa a ser considerada como oferta e esta vincula o ofertante, que deverá dar cumprimento a ela, sob pena de incidência do art. 35, do Código do Consumidor.

²⁰ “Tem o fornecedor o dever de informar quanto a todos os riscos que os produtos ou serviços possam vir a apresentar à saúde e segurança dos consumidores. Esse dever existe quando oferece ou apresenta o produto ou serviço, quando presta informações e também na propaganda que se consubstancia em oferta”. (ARRUDA, Alvim *et alli*. *Código do consumidor comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p.192.)

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.243.

²² ARRUDA, Alvim *et alli*. *Código do consumidor comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p.191.

3 A PUBLICIDADE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Para introduzir o tema, pertinente se faz a seguinte transcrição:

A publicidade tornou-se ato típico da sociedade massificada, conduzindo o consumidor ao momento culminante da contratação. O direito não pode tratá-la ingenuamente, condicionando sua eficácia a requisitos formais ou tomando-as em consideração apenas quando consumada a sua finalidade. Os efeitos obrigacionais para o anunciante devem decorrer objetivamente do fato do anúncio, independentemente do seu resultado efetivo, porque a mensagem publicitária visa justamente a persuadir o público-alvo, muitas vezes em detrimento dos seus legítimos interesses. Trata-se de proteger o consentimento dos consumidores antes da contratação, na fase pré-negocial.²³

3.1 A RELEVÂNCIA DA PUBLICIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Em primeiro lugar, far-se-á breve comparativo entre as eras do consumo, no intuito de se entender a aplicação da expressão “sociedade de consumo” para esta que vivenciamos. Num primeiro momento, com o advento da Revolução Industrial e conseqüente ascensão da burguesia, o mercado lucrava com a venda de produtos, em razão de sua eminente necessidade e utilidade. A segunda fase, marcada pela produção em série – instituída por Henry Ford –, proporcionou a confecção de produtos que, além de úteis, acobertaram-se de conforto/agradabilidade. Hoje, com o *boom* da tecnologia informatizada, não basta serem os produtos úteis, necessários e agradáveis; devem eles carregar um *plus*, ou seja, um fator capaz de trazer algo que surpreenda, que inove e apto a gerar expectativas no consumidor.

A sociedade de consumo à qual nos referimos é essa última, ávida por gastar, na expectativa de experimentar novas sensações, obter reconhecimento com a aquisição de determinado bem, representar um ideal com o consumo de outro, entre outros objetivos. Assim sendo, para que um produto desperte interesse nos consumidores, necessário se faz um implemento nas atividades empresariais, no intuito de que tal produto seja projetado com o maior número de atrativos possíveis.

²³ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. 1.ed. São Paulo: RT, 1997. p.58.

Pode-se dizer que a publicidade figura como um dos principais, senão o principal fator desse implemento, pois, como há tempos se diz na sociedade capitalista: “a propaganda é a alma do negócio”. Essa tão difundida expressão mostra que a publicidade tornou-se o caminho de acesso entre o consumidor e o produto, qualquer que seja ele.

Hoje, aquela característica de avidez pelo consumo pode, facilmente, ser detectada, porquanto o que se observa é que produtos de primeira necessidade, como alimentos básicos (arroz, feijão, carne, leite, etc.) ocupam lugar de menor interesse à publicidade. A própria necessidade humana já existe para esse tipo de produto, o que significa dizer que é quase que desnecessária uma campanha publicitária para que os consumidores sintam a necessidade de adquirirem aqueles elementos, sendo útil apenas no tocante à concorrência de preços. Por outro lado, a aquisição de um novíssimo equipamento de som, ou o aparelho celular com trinta tipos de toques de chamada, medidas cada vez menores, entre outros atributos, não dispensa uma boa estratégia de *marketing*, em que se inclui a publicidade.

Merece destaque o comentário de Adalberto Pasqualotto sobre o assunto:²⁴

Na sociedade contemporânea, a existencialidade desprende-se do conceito de essencialidade, porque a produção em massa traz em si mesma a idéia de consumo em massa, não só do necessário, mas também do supérfluo. Não se consome apenas o que se precisa. Há um insuflamento a cargo da publicidade, que produz necessidades artificiais e simultaneamente oferece o meio de satisfazê-las, atuando como elemento lógico do sistema: novas necessidades = novos produtos = maior oferta = maior consumo.

A publicidade é um fenômeno onipresente. Segundo Celso Coccaro,²⁵ ela acompanha o consumo de massa. Ao contrário, entende-se que o consumo de massa é que é guiado pela publicidade. Essa se irradia de forma global. É indiscutível a sua importância. Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “não há sociedade de consumo sem publicidade”. Cita Guido Alpa, para quem “a publicidade pode, de fato ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna”.²⁶

²⁴ *idem.*

²⁵ COCCARO FILHO, Celso A. Publicidade e direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 42, p.51, dez. 1994.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.259.

E é esse o objetivo da publicidade do cigarro. Sugere sucesso, bem-estar, *status*. Ela incute valores, sendo que, na verdade, traz uma série de malefícios, conforme já demonstrado. Não que o consumidor do tabaco seja ingênuo suficiente para acreditar que, fumando, vá ter uma vida de aventuras; mas porque, então, não colocar modelos e atores com dentes amarelados e respiração cansada para figurar nos anúncios?

Trago à colação trecho do artigo publicado na *Revista do direito do consumidor* por Heloísa Carpena Vieira de Mello, “Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva”, cujo conteúdo é de enriquecer o presente trabalho, no sentido de reiterar a extrema relevância da publicidade na sociedade contemporânea: “Importa destacar apenas que a publicidade expressa a massificação, característica marcante dos tempos atuais, na área da comunicação. O modelo de produção pós-fordista não prescinde da publicidade como forma de comunicação no mercado, sendo certo que o anonimato imposto às relações de consumo conduziu inexoravelmente ao predomínio da comunicação de massa”.²⁷

Para finalizar a breve apresentação acerca da importância da publicidade nos tempos de hoje, oportuno é o comentário de Antônio Carlos Alencar Carvalho:

De todo o caso, o fato é que a publicidade exerce significativa influência sobre o componente psicológico e emocional de seres humanos e, não, de meros consumidores autômatos. E tudo que interessa ao homem conclama o manto normativo do direito. *Ubi societas, ibi jus*. Daí a razão de a matéria ter sido regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor.²⁸

3.2 A FUNÇÃO DA PUBLICIDADE: INFORMAÇÃO X ESTÍMULO DE COMPORTAMENTOS

Há muito, a publicidade perdeu sua natureza eminentemente informativa, visando, quase que exclusivamente, ao interesse das empresas patrocinadoras, ou seja, deixou de ser um mero meio de informação ao consumidor, para tornar-se forte instrumento de estímulo ao consumo, criando e inculcando necessidades, na maioria das vezes, desnecessárias e até mesmo prejudiciais, como é o caso do produto em questão.

²⁷ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. *Revista de direito do consumidor*, v. 9, 35, p.123, jul./set. 2000.

²⁸ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A disciplina civil da publicidade do código de defesa do consumidor. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, 13, ex. 2, p.11, 1999.

O CDC valoriza e protege toda e qualquer informação dirigida ao consumidor. Carrega clara e amplamente em suas normas este direito básico, a saber, o de ser adequadamente informado sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado, suas características, qualidades, riscos, garantias, tudo visando à qualificação do ato de escolha.²⁹ A proteção do consumidor está ligada diretamente ao direito que cada pessoa humana, que cada cidadão, tem de escolher e de ser informado corretamente; direito esse amparado pela Carta da República em seu art. 5º, inciso XIV.

Ora, quanto mais bem informado estiver, mais condições terá de exercer bem o direito de escolher. Assim sendo, pode-se afirmar que as disposições que versam sobre a publicidade, impondo deveres – decorrentes do princípio da boa-fé – aos fornecedores e fabricantes, ainda que na fase pré-contratual, revestem-se de caráter preventivo, porquanto prevêem, até, sanções ante seu descumprimento.

Pelo CDC, a publicidade é tomada sob o ponto de vista da enganosidade e da abusividade em seu artigo 37. “Disciplina a propaganda enganosa, no fito de tutelar um interesse econômico do consumidor, enquanto pela proibição da publicidade abusiva tem em mira a observância de valores fundamentais da sociedade, como será visto em detalhe adiante”.³⁰

A publicidade abusiva, por exemplo, uma vez não tendo função precipuamente informativa, possui notável destaque no âmbito cultural, agindo como estimuladora ou reprodutora de comportamentos, ainda que não perca de vista seu compromisso com a venda de um produto ou serviço. Basta observar o quanto são freqüentes peças publicitárias em que o produto anunciado sequer aparece, predominando imagens que refletem o estilo de vida associado ao seu uso, como é o caso do cigarro.

Dentro da sociedade de consumo, observa-se a existência de grupos delimitados por tendências, gostos e hábitos bem definidos. A partir de hábitos de consumo comuns, tais como a maneira de vestir, o gosto musical ou o carro preferido, os indivíduos identificam-se e agrupam-se em verdadeiros nichos. Acredita-se que essa, também, não deixa de ser a visão – a de um mercado segmentado – do fabricante/fornecedor, que passa a adequar sua comunicação

²⁹ Além da enunciação como direito básico (art. 6º, III), a Lei 8.078/90 criou inúmeros deveres dos fornecedores relativos à informação: art. 9º, art. 10, § 1º e § 2º, arts. 30, 31 e 35, 36, 37, 38, 39, VII, 66 e 73.

³⁰ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. *op.cit.*, p.125.

aos moldes daquele consumidor em espécie, no sentido de garantir sua fidelidade, além de objetivar a conquista de novos adeptos às tais tendências.

O homem, na condição de animal social, é, em tese, livre. Essa pseudoliberalidade permite um convívio social, por meio do qual os indivíduos descobrem as afinidades e desigualdades entre si que são, basicamente, de cunho econômico. Assumindo que a marca de uma vida digna, hoje, é a aquisição de bens e conhecimentos, salienta-se que nem todos têm o privilégio de dispor desses itens. Aos de maior poder aquisitivo é permitido um alcance de padrão de discernimento das coisas da vida mais elevado, ao contrário do que acontece com os que ocupam um *locus* econômico oposto.

O acesso a bens e conhecimentos é, inegavelmente, maior àqueles de maior renda. Via de consequência, os do estrato privilegiado são dotados de uma liberdade de escolha mais ampla, pois ampla lhes é a disponibilidade da oferta e a capacidade de obter o que é ofertado. O indivíduo componente dessa casta acredita ser realmente livre, uma vez que dispõe de uma considerável liberdade de escolha. Todavia, essa liberdade não é o que mais interfere na vida social.

3.2.1 A ATUAÇÃO DA PUBLICIDADE SOBRE O DOMÍNIO DA VONTADE

A publicidade promove a igualdade no acesso aos bens e serviços, mas não torna a pessoa, necessariamente, livre da influência do seu meio e, portanto, do que é difundido por ele. Com isso, embora possa a pessoa ter acesso aos mesmos bens e serviços, ainda assim, quem quer que seja pode manipular o comportamento social pela criação de modelos, tipos, ou circunstâncias que estimulam uma determinada reação.

Buscando alcançar um raciocínio mais profundo, tem-se que a capacidade de dominar a própria vontade é que, ao final, interfere com maior força na liberdade de escolher, apesar de seu meio. O homem capaz de exercer a sua vontade é capaz de se livrar da influência do meio onde vive e, portanto, de gerenciar o próprio destino. Mas, para que alguém seja totalmente desprovido dessa influência, é fundamental uma vigilância permanente, além da vida em uma sociedade que não multiplique o desejo de adquirir sempre mais bens e serviços, tanto quanto a criatividade humana possa ofertar.

O que se quer demonstrar é que há uma significativa carga do meio sobre a vontade. Nesse contexto, os que conseguem adquirir o que almejam refletem

uma satisfação traduzida pelo conforto, pelo alívio, pelo ter o que quer ter. Desfrutam da mesma sensação aqueles que possuem ainda mais do que aspiram. No entanto, os que possuem menos do que desejam são dotados de sentimento diametralmente oposto, assim de frustração, de angústia, muitas vezes de revolta.

Subsiste, desse modo, uma ligação direta entre a vida social e a aquisição de bens e serviços. O fenômeno da comunicação massiva penetra no interior de cada pessoa, gerando uma dependência equiparada à dependência química. Não sendo a sociedade igualitária, não estando a riqueza bem distribuída, o direito à liberdade de escolher acaba por ser direcionado segundo o comportamento daquela comunicação de massa, que, por sua vez, alcança, diferentemente, os diversos estratos sociais.

O consumidor, como conceito jurídico, encontra-se nesse cenário social apenas como categoria adquirente de bens e serviços. Entretanto, o consumidor é, antes, uma pessoa humana e, portanto, detentor de direitos inalienáveis, próprios da sua natureza racional e livre.

Não se pode negar, então, que o consumidor está subordinado a uma sociedade que vive da informação manipulada por agentes públicos e privados, que visam, especialmente, à opinião pública. O trabalho sobre essa opinião pública destina-se ao exercício da vontade de cada pessoa humana, acarretando a formação de correntes ensejadoras de um comportamento social voltado para uma direção certa. Quem opera a informação detém, portanto, um comando sobre a opinião pública.

Os compartimentos informativos sobre as ofertas de bens e serviços postos à disposição da sociedade são denominados insufladores.³¹ Assim são chamados porque não se destinam apenas a noticiar o que ocorre na sociedade – como é o caso de informações sobre as lideranças políticas, a legislação vigente, sobre o papel das instituições –, mas a insuflar a aquisição de bens e serviços. É onde se revela a publicidade nas suas mais variadas modalidades.

O consumidor é constantemente alcançado pelo compartimento insuflador. O Código de Defesa do Consumidor cuida, portanto, desse aspecto da relação de consumo, considerando a vida em uma sociedade de consumo. Aqui, começamos a compreender o porquê da enganosidade e, principalmente, abusividade da publicidade dos produtos fumíferos.

³¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A proteção do consumidor na sociedade de informação. *Revista de Direito Renovar*, n. 12, p.32, set./dez. 1998.

Permitam-nos afirmar, então, que a publicidade, ao contrário de vender produtos, vende atitudes, desejos, sonhos. A mensagem transmitida busca alcançar, cada vez mais, uma conotação artística, mostrando-se cada vez menos esclarecedora das características e atributos do produto ou serviço foco do anúncio.

3.3 O CONCEITO DE PUBLICIDADE

O CDC não traz um conceito explícito de publicidade, o que implica a ausência de qualquer limitação. Esse aspecto mostra-se, de certa forma, positivo, haja vista a grande abrangência da publicidade no Brasil. Mediante a ausência de critérios objetivos definidores de publicidade, o conceito deve ser deduzido do sistema.

Tendo em vista a adoção de novos efeitos jurídicos pelo CDC, faz-se necessária a determinação do que se deve entender por “publicidade”, segundo o sistema desse recente Estatuto. A definição da palavra não é de fácil trato; não porque a compreensão do conceito seja de difícil alcance, mas porque a dimensão dela e o seu enquadramento social e jurídico, pelo que se pôde observar, não são unânimes. Senão, vejamos.

O Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, em seu art. 18, define a publicidade comercial como “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”, incluindo nessa definição a publicidade governamental e o *merchandising*.

Adalberto Pasqualotto define publicidade como “toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa”.³²

Carlos Alberto Bittar conceitua publicidade como “a arte e a técnica de elaborar mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar aos consumidores determinados produtos ou serviços, despertando neles o desejo de adquiri-los ou deles dispor”.³³

³² O autor aponta como elementos nucleares do conceito a finalidade de influenciar o público e o favorecimento, direto ou indireto, de produtos ou serviços, tomando a influência sobre o público como a própria razão de ser da publicidade (PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. 1.ed. São Paulo: RT, 1997. p.25.).

³³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*. 1.ed. São Paulo: RT, 1981. p.73.

Cláudia Lima Marques, in *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 345, prefere, no entanto, conceituar a expressão como sendo “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”.³⁴

No intuito de desvendar a essência do conceito, extraímos dos ensinamentos de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin os elementos por ele considerados essenciais em qualquer publicidade, quais sejam, a difusão e a informação. “Um é o elemento material da publicidade, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico, no sentido que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o *nonsense*. Sem difusão não há de se falar em publicidade, de vez que o conhecimento de terceiros é inerente ao fenômeno”.³⁵

Interessante e pertinente ao caso é a observação feita por Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi acerca da publicidade. Afirma que “consiste na manifestação de vontade que é unilateral, mas, difusa e agregada a um apelo marginal, que pode ser um conjunto de valores, que conotam alegria, felicidade, saúde, sucesso, *status* social, força física e juventude, que indiscutivelmente, integram o contrato”, dizendo que é este o vetor da publicidade.³⁶

Apesar da diversidade de definições – e muitas outras poderiam ter sido mencionadas –, da análise desses conceitos, verifica-se a existência de alguns elementos básicos e comuns, embora não unânimes, que podem servir a uma maior precisão conceitual. Esses elementos, grosso modo, são: produto ou serviço, instrumentos de veiculação, patrocínio, sujeitos, informação e finalidade lucrativa. Pode-se, ainda, classificá-los em objetivos e subjetivos.³⁷

Entre os objetivos, tem-se como elemento primeiro de toda e qualquer publicidade um produto ou serviço. É o objeto, em si, do anúncio publicitário, sem o qual publicidade não há, pois algo deve ser ofertado. Outro fator objetivo são os meios pelos quais é veiculada. Hoje, tendo em vista o elevado grau tecnológico

³⁴ Nesse sentido, explica que “fica excluída a propaganda política, já regulada em lei eleitoral, e também a chamada publicidade governamental, que não tenha como fim promover atos de consumo, separando assim claramente o que é propaganda (difusão de idéias) e o que é publicidade (promoção, incitação ao consumo)”.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.265.

³⁶ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva: incitação à violência*. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p.65.

³⁷ Essa classificação é inspirada, mas não idêntica à fornecida por Adalberto Pasqualotto na obra citada à p.20 [da monografia].

que atingiu e vem desenvolvendo nossa sociedade, estamos aptos a citar vários instrumentos utilizados no exercício da atividade publicitária. Dos que se podem recordar, tem-se a televisão, jornais, revistas, rádio, *outdoors*, panfletos, cartazes, internet, etc., como os objetivos diretos. Não se deve esquecer que a publicidade também é veiculada indiretamente, quando por meio de eventos culturais e esportivos, *merchandising* em programas de televisão ou cinema e mesmo quando o logotipo do produto aparece inserto em outros a ele não diretamente relacionados. O terceiro e último elemento objetivo que se considera é o patrocínio, isto é, o pagamento que efetua a empresa para ver publicado seu produto ou serviço.

Passando aos elementos subjetivos, encontram-se os sujeitos da relação publicitária, propriamente ditos, quais sejam o público consumidor, de um lado – seja ele específico ou genérico – e o fornecedor/fabricante dono da empresa, de outro. A informação, num primeiro momento, poderia ser tomada como item objetivo. Todavia, prefere-se inseri-la no rol dos elementos subjetivos, devido ao forte teor persuasivo e de difusão que carrega atualmente. Refere-se, aqui, àquele controle sobre o domínio da vontade do consumidor. Convenhamos, há muito, a publicidade deixou de ater-se ao preço, serventia e modo de utilização do produto. Então, para que se alcance o estímulo de comportamento do público, os agentes publicitários acrescentam aos anúncios ingredientes com os quais o consumidor se identifique da forma mais pessoal possível. A fidelidade e o aumento do consumo, bem como o ganho de novos consumidores, necessitam de publicidade minuciosamente estudada para bem direcionar seus interesses.

Por último, restou a finalidade lucrativa. A quase totalidade dos autores a ela se refere de forma implícita ao escrever “estimular o consumo de bens e serviços”, “a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço”, “desejo de adquiri-los ou deles dispor”. Ora, depreende-se dessas expressões que o objetivo do anunciante é, obviamente, fazer que o consumidor adquira seu produto ou serviço e, como contraprestação, é da essência dos negócios do mundo capitalista o aferimento de lucro.

Por isso é que se discorda, com o devido respeito, da parte final do conceito apresentado por Adalberto Pasqualotto. Se visto como elemento alternativo, nos moldes apresentados por esse autor, seria subjetivo. No entanto, o exercício da atividade mercantil incorporou a publicidade de forma essencial, tornando-a certa e exigível para o êxito nos negócios. Se assim não fosse, não estaria o CDC tão preocupado em tutelar seus efeitos. Sob esse prisma, é enxergada como um fator objetivo, portanto. Vamos, oportunamente, ver que é esse exatamente o elemento diferenciador entre publicidade e propaganda.

Tomando esses elementos como requisitos básicos de qualquer publicidade, arriscou-se a formulação de um conceito, que, nas seguintes palavras, se resume: publicidade é o meio patrocinado, do qual o fornecedor/fabricante se utiliza, direta ou indiretamente, para comunicar, informar o público consumidor, de maneira persuasiva e difusa, acerca das características objetivas e, principalmente, das vantagens na aquisição do produto ou serviço, visando ao lucro.

3.3.1 DIFERENÇA ENTRE PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Para uma melhor elucidação do tema, faz-se necessária a diferenciação entre as expressões propaganda e publicidade. São ambas, muitas vezes, utilizadas como sinônimos, sendo que, na verdade, são dotadas de naturezas distintas. O próprio CDC traz em seu artigo 56, XII, e 60 a palavra contrapropaganda, ao tratar das sanções administrativas a que estão sujeitos os infratores das regras no âmbito publicitário, quando deveria ter empregado o signo contrapublicidade. Até mesmo a Magna Carta incorre neste equívoco, ao dispor da competência de lei federal para regular acerca da comunicação social, no preceito do artigo 220, § 3º, inciso II, bem como em seu § 4º, *verbis*:

Art. 220. (*omissis*)

§ 3º. Compete à lei federal:

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial do tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

A doutrina pesquisada é quase unânime no que tange à diferenciação em foco. Primeiramente, já reconhece a existência desta distinção. Em síntese, conforme será ilustrado, a diferença precípua reside, fundamentalmente, no aspecto econômico; o que significa dizer que o objetivo de lucro é o divisor de águas.

A propaganda, pelo que restou entendido, visa tão-somente à difusão, à propagação de idéias de cunho, eminentemente, político, religioso, filosófico e socioeconômico. Ademais, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda.

Antônio Herman³⁸ faz a distinção, baseando-se nos conceitos do autor Eugênio Malanga, que assim afirma:

Publicidade seria o conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo cliente. Já a propaganda é definida como o conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico).

O Código de Defesa do Consumidor não cuida de propaganda. Seu objeto é só, e tão-só, a publicidade.

Para mais bem aclarar as distinções, observem os seguintes comentários: “A doutrina tende a excluir o intento de lucro da propaganda, quando não alude à carência nela do propósito de incentivo ao consumo de produtos e serviços, apanágio marcante da publicidade”.³⁹

E, ainda:

É curioso o estudo etimológico da palavra, bem como de outra que é muitas vezes empregada como seu sinônimo, a propaganda. Publicidade deriva do latim *publicus*, significando a qualidade do que é público, ou do que é feito em público. Fazer publicidade, portanto, implica tornar pública a coisa, pessoa ou idéia. Já a propaganda deriva de *propagare*, ou seja, multiplicar, reproduzir. O termo latino, por sua feita, encontra raízes em *pangere*, cujo significado é enterrar, implantar.

A rigor, a diferença conceitual é evidente, e uma palavra não deveria ser tomada pela outra. O uso correto da palavra propaganda é afeito à divulgação ideológica.⁴⁰

Portanto, a diferença essencial entre a publicidade e a propaganda baseia-se no fato de que a primeira faz-se com a intenção de alcançar um lucro, enquanto a segunda exclui a idéia de benefício econômico. Assim, o Código de Defesa do Consumidor não cuida da propaganda. Seu objetivo é exclusivamente a publicidade.

Não obstante a dispensa de parte do trabalho para evidenciar a diferença entre as duas expressões, não consideramos tão flagrantemente irregular a

³⁸ *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.265.

³⁹ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A disciplina civil da publicidade no código de defesa do consumidor. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 7, 13, p. 11, jan./jun. 1999.

⁴⁰ COCCARO FILHO, Celso A. *op.cit.*, p.49.

expressão “propaganda de produtos”, uma vez que a publicidade, hoje, carrega esta característica de desejar implantar no consumidor uma necessidade, outrora inexistente. Afinal, é notório que a publicidade de produtos não se restringe meramente a anunciá-los, a simplesmente divulgá-los ao público. “Tem a clara finalidade de incuti-lo, de torná-lo querido e necessário, de forçar sua aquisição através de interferência anímica”.⁴¹

3.4 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No intuito de dar início à comprovação do defeito de informação contido na publicidade do cigarro, ilustrar-se-ão os princípios básicos que servem de alicerce para a atividade publicitária, nos moldes do Código em estudo.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin classifica os princípios de publicidade levando em consideração a tutela que a Lei nº 8.078/90 entrega aos consumidores. Com base neste critério, foram encontrados pelo doutrinador os seguintes princípios: princípio da identificação da publicidade (art. 36 do CDC); princípio da vinculação contratual da publicidade (arts. 30 e 35 do CDC); princípio da veracidade (art. 37, § 1º, do CDC); princípio da não-abusividade da publicidade (art. 37, § 2º, do CDC); princípio da inversão do ônus da prova (art. 38 do CDC); princípio da transparência da fundamentação publicitária (art. 36, parágrafo único, do CDC); princípio da correção do desvio publicitário (art. 56, XII).⁴²

É esse, também, o sistema de classificação de princípios adotado por Adalberto Pasqualotto, em sua obra *Os efeitos obrigacionais da publicidade à luz do código de defesa do consumidor*. A seguir, um breve exame de cada um deles.

3.4.1 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE

Este princípio preleciona que a publicidade deve ser identificada pelo consumidor como tal; o que significa dizer que o público-alvo de determinada publicidade tem de ser capaz de reconhecê-la de pronto. Deve ser estimulado, no sentido de saber tratar-se de uma publicidade em espécie. Não pode ser camuflada, disfarçada. Vedada, portanto, a publicidade clandestina, bem como a subliminar.

⁴¹ *ibidem*.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.274-276.

É, por isso, considerado o princípio base, inicial. Partindo-se dele, analisam-se os demais. Encontra-se expresso no art. 36, *caput, verbis*: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

3.4.2 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL DA PUBLICIDADE

É resguardado ao consumidor o direito de exigir o cumprimento do conteúdo constante na mensagem publicitária por parte do fornecedor/fabricante, consoante o artigo 30: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. e o 35: “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha (*omissis*)”.

3.4.3 PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE

Diz respeito à proibição de publicidade enganosa, consagrada no artigo 37, § 1º, a qual será detalhadamente estudada, pois cuida de um dos vícios de informação do produto em foco. “É um dos mais importantes princípios da publicidade”.⁴³

3.4.4 PRINCÍPIO DA NÃO-ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE

Da mesma forma que o anterior, foi-lhe reservado espaço no presente estudo para análise mais acurada, haja vista tratar-se, também, da segunda patologia inerente à publicidade do tabaco.

Entretanto, insculpido no artigo 37, § 2º, do Código, “ao revés do que se dá com a publicidade enganosa, a abusiva não afeta diretamente o bolso do consumidor, limitando-se a agredir outros valores tidos como importantes pela sociedade de consumo”.⁴⁴

⁴³ *idem*, p.275.

⁴⁴ *ibidem*, p.275.

3.4.5 PRINCÍPIO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Cabe, de acordo com esse princípio, ao fornecedor/fabricante (ou patrocinador da publicidade), nos casos em que for apontada como enganosa ou abusiva, demonstrar o contrário. É a inteligência do artigo 38, *verbis*: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

3.4.6 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE

Em conexão com o princípio da inversão do ônus da prova, reconhece-se o princípio da transparência da fundamentação da publicidade, expresso no art. 36, parágrafo único. É um aperfeiçoamento da teoria do *ad substantiation* dos norte-americanos.⁴⁵

3.4.7 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DO DESVIO PUBLICITÁRIO

Concomitantemente à reparação de dano material ou moral decorrentes de publicidade patológica, impõe-se ao seu patrocinador o conserto do vício, no intuito de retirar do consumidor o significado equivocado por ela emitido. Assim ocorre, por meio da contrapropaganda, nos termos do artigo 56, XII, cujo termo tecnicamente correto é a contrapublicidade, como anteriormente explanado.

3.5 AS ESPÉCIES DE PUBLICIDADE PATOLÓGICAS ADOTADAS PELO CDC

3.5.1 A PUBLICIDADE ENGANOSA

Reza o artigo 37, § 1º, do CDC:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

⁴⁵ *ibidem*, p.276.

Observa-se que o legislador demonstrou verdadeiro repúdio à publicidade enganosa. Assim se entende, posto que o vício causa distorções não apenas ao procedimento decisório do consumidor, mas também à própria saúde do mercado. O conceito de enganosidade veio disposto de modo amplo e flexível, podendo ser estreitado na idéia de que, por uma questão de ordem pública, o consumidor tem o direito de não ser enganado por uma via de comunicação.

Restará constatado que não se faz necessária a prova da enganosidade real, mas tão-somente da potencial;⁴⁶ isto é, independe, no caso, a boa-fé do anunciante, não interessando sua intenção, haja vista que a mensagem enganosa é apurada objetivamente. Mesmo sendo o anúncio ambíguo, parcialmente verdadeiro ou até verdadeiro por completo, pode ser ele enganoso. A enganosidade é relativizada, no entanto, quanto ao público-alvo, pois não podemos igualar crianças, adultos, idosos, rurícolas, indígenas e pródigos, por exemplo, no que diz respeito a um envio de sinal publicitário.

A grande dificuldade gira em torno de se avaliar e concluir pelo caráter enganoso de uma publicidade. Nem todo anúncio é evidentemente falso.

O problema da veracidade da publicidade deve pôr-se da seguinte maneira: se os publicitários mentissem verdadeiramente, seria fácil desmascará-los – só que não o fazem – e se não o fazem, não é por serem demasiado inteligentes, mas sobretudo porque a arte publicitária consiste principalmente na invenção de enunciados persuasivos, que não sejam nem verdadeiros nem falsos.⁴⁷

3.5.1.1 TIPOS DE PUBLICIDADE ENGANOSA

Inicialmente, identificam-se dois tipos básicos de publicidade enganosa: por comissão e por omissão. Naquela, o fornecedor age de modo a induzir o consumidor em erro, afirmando algo que não é. Na segunda, o anunciante omite informação imprescindível, interferindo na formação da opinião do consumidor no ato da escolha, o que significa dizer que deixa de dizer algo que é.

⁴⁶ Antônio Herman explica que a proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução em erro, não sendo exigível que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. Afirma que o que se busca é sua capacidade de induzir o consumidor em erro, inexistente, portanto, qualquer prejuízo individual.(GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.287-288.)

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.285.

É importante ressaltar que, tanto numa quanto noutra, detecta-se aquela capacidade de indução em erro. Adalberto Pasqualotto refere-se a ela como sendo a “potencialidade lesiva da mensagem publicitária”. Aduz que se trata de “um dado de aferição objetiva, afastado de qualquer consideração de inexistência de má-fé do anunciante”, sendo essa alegação “irrelevante, porque não há lugar para o elemento subjetivo”.⁴⁸

Nessa mesma trilha, Cláudia Lima Marques preleciona:

Note-se que o art. 37 do CDC não se preocupa com a vontade daquele que fez veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o resultado: que a publicidade induza o consumidor a formar esta falsa noção da realidade. Basta que a informação publicitária, por ser falsa, inteira ou parcialmente, ou por omitir dados importantes, leve o consumidor ao erro, para ser caracterizada como publicidade proibida, publicidade enganosa.⁴⁹

3.5.1.1.1 PUBLICIDADE ENGANOSA POR COMISSÃO

A enganosidade por comissão, que se traduz na afirmação inteira ou parcialmente falsa sobre produto ou serviço, destaca-se por macular a declaração de vontade do consumidor. O CDC, no intuito de equilibrar a situação do hipossuficiente no mercado, preocupa-se com a aplicação do princípio da boa-fé e do livre exercício do direito de contratar.

A falsa publicidade gera expectativas inverídicas, que levam o adquirente de produtos e serviços a uma informação equivocada sobre características, preço, quantidade, qualidade e outros dados sobre o bem de consumo. Antônio Herman diz envolver um critério de “dever negativo de conteúdo”, isto é, possui o publicitário uma obrigação de não fazer, no tocante à inclusão no anúncio de determinado conteúdo, de modo a torná-lo enganoso.

3.5.1.1.2 PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO

A enganosidade por omissão é expressamente prevista na Lei nº 8.078/90, esclarecendo o parágrafo 3º do art. 37 que “a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial de produto ou serviço”. Por essencial, entendem-se as informações capazes de levar o consumidor a adquirir

⁴⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *op.cit.*, p.121.

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *op.cit.*, p.348.

o produto ou serviço; isto é, os dados que delimitam o ato da escolha, assim digamos.⁵⁰

Verifica-se, então, quando esses dados essenciais do produto ou serviço são omitidos, de modo que o consumidor não celebraria o contrato, caso estivesse ciente das informações sonegadas. Em outras palavras, é a publicidade que deixa de informar ao consumidor elementos relevantes que, se sabidos, influiriam decisivamente na opção de compra do produto ou serviço anunciado.

Não se exige do anunciante, na hipótese de contar com pouco tempo ou espaço para o anúncio, a obrigação de apresentar todos os dados, características e riscos de seu produto ou serviço. O que se exige, sim, é que, nas condições que lhe foram fornecidos, informe ao consumidor acerca dos dados essenciais. Esses são obrigatórios.

Antônio Herman ensina que a enganiosidade por omissão consiste na:

(...) preterição de qualificações necessárias a uma afirmação, na preterição de fatos materiais ou na informação inadequada. A enganiosidade por omissão varia conforme o caso, já que não se exige, conforme mencionado anteriormente, que o anúncio informe o consumidor sobre todas as qualidades e características do produto ou serviço. O fundamental aqui é que a parcela omitida tenha o condão de influenciar a decisão do consumidor.⁵¹

3.5.2 A PUBLICIDADE ABUSIVA

Esparças linhas já foram traçadas acerca dessa espécie de publicidade. Façamos, agora, um estudo mais detalhado, para que se comece a entender o defeito incutido no produto sob discussão e a conseqüente responsabilização de seu fabricante, ante os danos ocorridos nos consumidores.

Antes, a transcrição do dispositivo que trata dessa publicidade viciada, no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
§ 2º É abusiva, entre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança,

⁵⁰ Sobre dado essencial, preceitua Antônio Herman como sendo aquele que “tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”. *op.cit.*, p.294.

⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p.293.

desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Primeiramente, é importante ressaltar que, como o preceito acima deixa transparecer a locução “entre outras”, o elenco da publicidade abusiva é apenas exemplificativo. Pode-se, então, ter como abusiva toda a publicidade, mesmo que não enganosa, que fira, de forma direta ou indireta, as normas do Título I da Constituição Federal.⁵²

Cuida-se de uma publicidade que não chega a ser mentirosa, mas distorcida, desvirtuada dos padrões de publicidade adequada, além de violadora de valores éticos que a sociedade deve preservar. É abuso o mau uso, o excesso, o desrespeito.

Vejam os conceitos e comentários oferecidos pelos mais destacados autores sobre o assunto.

Adalberto Pasqualotto, após extensa e minuciosa explanação acerca de cada item de abusividade descrito no artigo, chega a uma conclusão que ao trabalho interessa, versando sobre os bens protegidos, no que se refere à proibição da publicidade abusiva. Afirma que as modalidades de publicidade abusiva que figuram no art. 37, parágrafo 2º, não estão voltadas diretamente para a proteção dos interesses individuais e patrimoniais do consumidor, como acontece na publicidade enganosa. No entanto, entende que a sua vulnerabilidade é objeto de preocupação bem presente na repressão à exploração do medo e da superstição, na indução a comportamentos perigosos e na publicidade dirigida às crianças. Valores sociais também constam da pauta legal, proibidas que são as mensagens discriminatórias, as que incitam à violência e as que desrespeitam valores ambientais. Identifica, assim, dois objetos de proteção: a vulnerabilidade do consumidor e os valores sociais.⁵³

Cláudia Lima Marques descreve, resumidamente e no mesmo sentido do anterior, como sendo a publicidade abusiva aquela “antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”.⁵⁴

⁵² Sobre isso, ADALBERTO PASQUALOTTO entende que a diversidade de formas abusivas torna de difícil sistematização o conteúdo do texto legal, ou seja, a não-taxatividade legal das espécies de publicidade ilícita – o que se ostenta – sugere a pesquisa de uma cláusula geral, que possa subsumir todas as espécies de ilicitude em matéria de comunicação publicitária.

⁵³ PASQUALOTTO, Adalberto. *op.cit.*, p.145.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *op.cit.*, p.350.

Antônio Herman, antes de definir o conceito dessa espécie de publicidade viciada, comenta que o Direito lida muito mais ágil e facilmente com a enganosidade do que com a abusividade dos anúncios publicitários, pois os limites daquela podem ser traçados com mais objetividade no plano teórico. Ressalta que as diversas modalidades de publicidade abusiva, ao contrário da publicidade enganosa, não atacam o bolso do consumidor, isto é, não têm, necessariamente, o condão de causar-lhe prejuízo econômico.⁵⁵

Conclui-se que, em publicidade, abusividade é noção distinta de enganosidade. Aquela pode manifestar-se na ausência desta, e, nem por isso, deixa de ser prejudicial ao consumidor e ao mercado como um todo. Uma conseqüência que se extrai daí é que uma publicidade, mesmo que absolutamente veraz, pode vir, ainda assim, a ser proibida.

O Direito, na verdade, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade. No entanto, de tudo que foi examinado, restou a idéia de que, aqui, o consumidor é protegido contra a pretensão das empresas de querer sobrepor seus interesses aos valores imperativos de ordem superior, inerentes aos bons costumes.

4 A NATUREZA ABUSIVA E ENGANOSA DA PUBLICIDADE DO CIGARRO – O VÍCIO LEGAL DO PRODUTO

O objetivo da indústria do fumo, como o de qualquer empresa, é maximizar as vendas e os lucros. Isso requer que sua atenção seja focalizada, não somente em manter as vendas existentes, mas ampliar as vendas para novos consumidores. Entretanto, esta indústria enfrenta um desafio único que não ocorre com outras áreas do comércio. Conforme foi explicado na parte introdutória deste trabalho, o produto, quando usado, encurta a vida de cerca de 50% de seus consumidores e, por isso, há de ser rejeitado.

Não se pode negar que para compensar essas “dificuldades” a indústria tabagista procurou investir enormes somas de dinheiro em publicidade. Todavia, defendem-se alegando que o consumo não foi reduzido nos países que tentaram proibir a publicidade. Aduzem, ainda, que os bilhões de dólares gastos em campanhas publicitárias têm o objetivo de fazer que os fumantes mudem a sua marca preferida, e não o de induzir os jovens a iniciarem a dependência da nicotina.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.296-297.

E, como último reduto, usam o argumento do liberalismo econômico para defender o seu “direito” de divulgar o seu produto.⁵⁶

Em primeiro lugar, já restou comprovado que a proibição da propaganda efetivamente diminui o consumo. Países que tiveram essa proibição e fizeram estudos detalhados, como a Nova Zelândia, o Canadá e a Finlândia, mostraram que o consumo decresceu de 4% a 7% no primeiro ano.⁵⁷ O fumo é o único produto no mundo que tem uma relação de custo-benefício negativa para qualquer país.

As empresas fabricantes de cigarros, desde quando a publicidade de seu produto sofria restrições mínimas, omitiu informações sobre a nocividade do fumo à saúde do consumidor e deixando de advertir no sentido de que a nicotina provoca dependência, levando o fumante ao vício.

É importante frisar que, mesmo com a existência de inúmeras restrições e obrigações impostas ao anunciante do cigarro, continua ele descumprindo como dever de informar previsto no art. 9º da Lei nº 8.078/90, a respeito da nocividade de seu produto à saúde do consumidor. Isso porque, consoante asseverado no início da obra, a responsabilidade aqui tratada faz parte do microsistema do Código de Defesa do Consumidor, instrumento legal que deve ser aplicado prioritariamente a essa relação de consumo.

Esse comportamento viola, assim, o direito básico do consumidor à proteção da vida e da saúde contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos considerados perigosos ou nocivos, previstos no art. 6º, I do CDC.

4.1 A ENGANOSIDADE DA PUBLICIDADE DO CIGARRO

É a publicidade do cigarro enganosa por omissão. Pertence a essa modalidade patológica por omitir dados essenciais sobre o produto, ou seja, não se trata de uma publicidade adequada e ostensiva. Para que seja, então, desmascarado o caráter enganoso por omissão da publicidade *in casu*, necessário se faz, inicialmente, o detalhamento do que venha a ser uma informação nos moldes das características retromencionadas.

⁵⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Falando sobre tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Como implantar um programa de tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996.

⁵⁷ *idem*.

Considera-se ostensiva a informação que mostra, evidencia, traz ao público de forma clara, sem turvações os elementos pertinentes do objeto publicado. Não obstrui passagem para detalhe algum. Identificada a publicidade como tal, ostensivamente informa aquela que trata de todos os aspectos do produto de modo a não deixar dúvidas no âmago do consumidor ao exercer o ato da escolha, quanto a preço, composição química, modo de uso, riscos e conseqüências pelo uso indevido ou pelo simples consumo.

Adequada é aquela informação que se publica de forma apropriada, conveniente, que se corresponde exatamente com o produto anunciado. Existe uma identidade, uma conformidade entre os dados reais do produto e aqueles revelados ao público consumidor. Esta qualidade estreita-se com idéia de veracidade do anúncio publicitário.

Não é o que sempre se observou com a publicidade do cigarro. Ora, ostensiva⁵⁸ seria se trouxesse em cada anúncio, *slogan* e/ou embalagem, a relação de todas as doenças relacionadas ao tabaco e o modo pelo qual se processam no organismo humano, além de alertar acerca da dependência causada pela nicotina e seus efeitos. Muitos podem pensar que se cuida de um exagero, tendo em vista que o senso comum já tem incutido em mente os males causados pelo tabagismo. No entanto, é assim que exige nossa legislação. É assim que o produto em tela atenderia às exigências de bem informar.

Ao contrário, os fabricantes de cigarro, ao patrocinarem seus anúncios publicitários, ou até mesmo em meros sinalizadores, restringiu-se a acoplar advertências rotativas do tipo “fumar faz mal à saúde” e “fumar causa enfisema pulmonar”, com o advento da Lei nº 9.294/96, que em nada solucionaram ou suprimiram a necessidade de um informe detalhado e criterioso.

Cuida-se de um direito que o consumidor do cigarro tem de estar a par de toda e qualquer eventual conseqüência decorrente da prática tabagista, conseqüências essas que devem estar reunidas em cada anúncio publicitário ou unidade do produto posta à venda. Não é assim que acontece com os medicamentos, por exemplo? Os efeitos colaterais são minuciosamente relacionados na bula, ficando o consumidor avisado dos possíveis prejuízos sofridos em seu organismo. Imaginem, então, se tais efeitos fossem expostos, tanto em embalagens, quanto nos anúncios, de maneira rotativa e genérica. Estaria o consumidor sendo informado

⁵⁸ Sobre ostensividade de informação, ver comentários de Fábio Ulhoa Coelho, in *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.151 e 152.

ostensivamente? É normal que se conceda dados de um produto às prestações ou aceitável apenas no caso de um produto que atinge o bem mais precioso do homem?

Por muito tempo, também, a publicidade do cigarro deixou de informar acerca do dado primordial, no que toca ao seu consumo: o de que a nicotina – elemento componente – é uma substância viciante.

4.2. A ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE DO CIGARRO

Além de enganosa por omissão, é também, abusiva a publicidade do cigarro. O Estatuto Consumerista é claro quando afirma, em seu artigo 37, § 2º, que “é abusiva, entre outras a publicidade (...) que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (sublinha nossa).

O simples fato de se ter comprovado no nexo de causalidade entre o tabagismo e a ocorrência de uma série de doenças graves, muitas delas que levam à morte, por si só revela a condição abusiva da publicidade do cigarro. Ora, não restam dúvidas de que se trata de um produto prejudicial à saúde e, se anunciado, é porque pretende o fabricante que pessoas o adquiram, trazendo-lhe lucro. Assim sendo, induzem o consumo da melhor forma possível, para garantir a permanência e o aumento das vendas.

Pelo que se recorda, os anúncios publicitários do cigarro, sejam os televisivos ou veiculados por revistas e jornais, traziam imagens de pessoas saudáveis e bonitas sempre praticando algum tipo de atividade vigorosa, que expressava liberdade, numa demonstração de total ignorância sobre os efeitos que os componentes químicos do produto ofertado poderiam trazer.

Diante disso, comentários acessórios tornam-se dispensáveis e até desnecessários, ante a clareza da redação insculpida no Código, no que tange à abusividade publicitária de um produto.

5 O DEVER DE INDENIZAR DO FABRICANTE DE CIGARROS PELO ART. 12, ANTE O DEFEITO DE INFORMAÇÃO

5.1 INTELIGÊNCIA DO ART. 12

Depois de provada a existência de defeito de informação do cigarro (publicidade abusiva e enganosa), passemos ao estudo do dever de indenizar do fabricante, ante os eventuais danos sofridos pelos consumidores desse produto, nos termos do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

Art. 12 – O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes do projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (sublinha nossa)

O Código de Defesa do Consumidor adotou posição harmônica com os estudos e as legislações modernas existentes nos países industrializados e abandonou o clássico conceito de culpa como fundamento da responsabilidade civil, consagrando a responsabilidade civil objetiva do fornecedor/fabricante pelo fato do produto. Assim se revela na expressão “independentemente da existência de culpa”, considerada pela doutrina uma das maiores inovações do CDC. Com isso, o legislador pretendeu que a vítima de um dano provocado por um produto colocado em circulação, para ser indenizada, não fosse obrigada a demonstrar que o fabricante, produtor, construtor ou importador agiu com culpa.

Entretanto, isso não significa que a vítima não tenha o ônus de provar determinados fatos. A responsabilidade objetiva não elimina o problema da prova como um todo. Aqui, o consumidor deverá demonstrar a existência de um dano à sua saúde, à integridade física ou aos bens de sua propriedade e o nexo de causalidade entre ele e o produto defeituoso. Isto é, terá de provar que o evento prejudicial é conseqüência da falta de segurança do produto.⁵⁹ Como essa prova nem sempre é fácil de ser efetivada pela vítima do fato, a prova do nexo causal poderá ser obtida por presunções, devendo o juiz valorar o grau de regularidade que um certo efeito apresenta em relação a uma determinada concausa.⁶⁰

Um pressuposto essencial da responsabilidade do fornecedor é que o produto seja defeituoso, isto é, no momento em que foi colocado no mercado apresente um defeito potencial ou real e que esse defeito seja a causa do dano. O fato gerador da responsabilidade objetiva do fornecedor/fabricante, portanto, não é a sua conduta deficiente, mas o defeito do produto que põe em circulação.

⁵⁹ Na esteira desse entendimento, DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.159: “A abolição do elemento subjetivo da culpa na aferição da responsabilidade não significa exclusão dos demais pressupostos já comentados, a saber: *eventus damni*, defeito do produto, bem como relação de causalidade entre ambos”.

⁶⁰ Entendimento proferido pelo professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha *in Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1992, p.90-91, imensamente cabível no caso do cigarro, porquanto sabidamente habituais as ocorrências de doenças originadas pelo tabagismo.

De acordo com Zelmo Denari, três são as modalidades de defeitos dos produtos apresentadas pelo CDC, quais sejam, o defeito de concepção (envolvendo os vício de projeto e formulação), o de produção (referente ao vício de fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento dos produtos) e o de informação (envolvendo apresentação, informação insuficiente ou inadequada, incluindo a publicidade).⁶¹

Existem produtos que contêm riscos intrínsecos à sua qualidade ou ao modo de funcionamento conhecidos, bem como produtos de periculosidade inerente, existem aqueles que se tornaram perigosos em razão de um defeito, chamados de periculosidade adquirida. Via de regra, a noção de produto defeituoso é utilizada nos produtos de periculosidade adquirida porque os de periculosidade inerente, embora capazes de causar acidentes, estão, na maioria das vezes, em consonância com as expectativas legítimas dos consumidores.

Segundo lição de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, a “periculosidade só é inerente quando dotada de normalidade (isto em relação ao produto ou serviço) e de previsibilidade (isto em relação ao consumidor). Se assim não ocorre, cabe ao fornecedor a obrigação de advertir os consumidores (dever de informar) dos riscos inevitáveis”.⁶²

Exceção a essa regra pode ocorrer quando o fornecedor de produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou à segurança (periculosidade inerente) deixa de informar de maneira ostensiva e adequada a respeito da nocividade ou periculosidade do produto (art. 9º), tornando-o perigoso em razão de um defeito de instrução ou informação.⁶³

O CDC é claro no sentido de que o fabricante deve assumir os riscos da sua atividade. *In casu*, por mais que informe sobre eles – o que não é feito de maneira clara e ostensiva, conforme já explanado –, não pode deixar de ser responsabilizado por um dano cuja contraprestação foi o aferimento de lucro por sua parte.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p.160.

⁶² *idem*, p.267

⁶³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1992, p.94.

5.2 INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS AO FUMANTE LESADO

Sofrendo o fumante de um mal (doença ou morte) e, comprovado ser este mal decorrente do consumo do cigarro, isto é, demonstrado o acidente de consumo, deve o fabricante ressarcir-lo – e também sua família, no caso de morte – pelos prejuízos de natureza material e moral. O cabimento no tocante à cumulação de indenização já é matéria pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do verbete sumular 37 dessa Colenda Corte.

No cálculo do montante indenizatório, quanto aos danos materiais, deve-se levar em conta todo e qualquer tipo de gasto despendido com tratamento da doença, além das custas necessárias para a provocação da Justiça e andamento do processo, para ver alcançado o objetivo, incluindo o que foi gasto com honorários advocatícios e custas processuais (lembrando que se tornam cada vez mais onerosas com a subida de instâncias). Em não sobrevivendo o consumidor acidentado, à família é devido o valor correspondente aos gastos com o funeral, aliado aos valores retromencionados.

No que concerne aos danos morais, *a priori*, entende-se que esse atinge bens incorpóreos, como, por exemplo, a imagem, a honra e a auto-estima. Uma análise profunda e completa acerca dos liames que envolvem esse tipo de dano merece um estudo à parte. No entanto, pelo superficial conhecimento que se tem sobre o tema, não se permite discordar que o sofrimento e os distúrbios psicológicos causados pelo fumante e sua família, mediante uma grave doença ou morte, não sejam objeto de ressarcimento por parte daqueles que lhes permitiram a causa.

A adoção desse sistema de responsabilidade leva por suporte basicamente a circunstância de que quem aufere vantagens no desenvolvimento de uma atividade perigosa deve, necessariamente, arcar com os ônus decorrentes, pois tais atividades, com frequência, ocasionam danos, daí a razão de sujeitar seus titulares à reparação pela simples criação e introdução de coisas perigosas na sociedade.⁶⁴

5.3. JURISPRUDÊNCIA

Por fim, para que o trabalho não termine sem ilustração alguma de um caso real e concreto que tenha sido apreciado pela Justiça pátria, relacionaram-se alguns casos.

⁶⁴ ADIERS, Leandro. *op.cit.*, p.28.

Primeiro, expõe-se um caso isolado. Em Belo Horizonte, a Souza Cruz, líder do mercado de cigarros no Brasil, foi condenada a depositar em juízo R\$ 100.000,00 (cem mil Reais) para custear o tratamento médico do *designer* gráfico aposentado Eduardo Ventura de quarenta e oito anos. Fumante desde os dezessete, teve as duas pernas amputadas há sete anos por causa de uma doença vascular originada do tabagismo. Essa quantia foi conseguida em sede de liminar. O processo ainda corre na 29ª Vara Cível da capital mineira e se sucumbir a empresa fabricante de cigarro terá de arcar com uma indenização de R\$ 2.000.000,00.⁶⁵

O outro é o da ação civil coletiva de responsabilidade por danos individuais homogêneos proposta pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante (Adesf), por meio da qual se buscou a indenização por danos patrimoniais e morais sofridos pelos consumidores fumantes, pelo induzimento ao consumo do cigarro – em função da publicidade abusiva e enganosa, daí resultando o vício adquirido e a compra compulsiva do produto. Apesar de embasar a comprovação do defeito de informação em dispositivos do CDC, a Associação aponta a responsabilidade do fabricante com fulcro no art. 159 do Código Civil, sob o fundamento de que agiu dolosamente ao omitir o fato de que a nicotina é substância viciante. Os autos do respectivo processo já foram analisados pela Corte Superior pátria, oportunidade em que o relator do feito, o Exm.º Sr. Ministro César Asfor Rocha não conheceu do recurso da Philip Moris Marketing S/A, entendendo ser cabível a inversão do ônus da prova.⁶⁶

Em sentido contrário à tese em comento, mas não menos importante ao trabalho é o recente julgado proferido pelo Tribunal local, assim ementado:

Reparação de danos materiais e morais – Malefícios à saúde causados pelo uso de cigarro – Câncer de pulmão – Empresa responsável pela fabricação do produto – Propaganda enganosa – Omissão por não informar acerca dos danos provocados pelo fumo – Responsabilidade – Não-configuração – Hábito de fumar – Escolha consciente do fumante. 1. Inviável se revela pretensão tendente a condenar empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, à consideração de que teria veiculado propaganda enganosa e omitido acerca dos prejuízos e malefícios causados pelos componentes químicos existentes no cigarro. 2. A empresa responsável pela fabricação de

⁶⁵ JORNAL CORREIO BRAZILIENSE. *Fumante é indenizado*. Caderno de Saúde. 1 set. 2000. p.15.

⁶⁶ VICENTE, João Eduardo, MÔNACO Luiz Carlos M e ALBANESE, Mário, Fabricantes de Cigarros: induzimento ao consumo do produto em função de publicidade enganosa e abusiva, resultando vício e compra compulsiva. Responsabilidade civil dolosa. Inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, 38, abr./jun. 2001.

cigarros desenvolve atividade lícita, porquanto autorizada, disciplinada e fiscalizada pelo poder público e, uma vez disponibilizado o produto ao consumidor, este iniciou e continuou sua atividade tabagista, o fez por livre e espontânea vontade, não havendo que se falar em responsabilidade da empresa por suposta veiculação de propaganda enganosa, tanto mais quando demonstrado a mesma vem divulgando seus produtos sem extrapolar os lindes delimitados pela Portaria nº 490/88 e legislações subseqüentes. 3. Não configurada a conduta ilícita por parte da ré e caracterizada a culpa exclusiva do autor, que, mesmo ciente quanto ao risco do produto consumido, assumiu-o voluntariamente ao persistir no hábito do tabagismo, incensurável se revela provimento jurisdicional de julga improcedente pleito indenizatório respectivo. (Apelação Cível nº 1999.01.1048.7889, Rel. Adelith de Carvalho Lopes, 2ª Turma Cível, DJ de 02/10/2002).⁶⁷

6 CONCLUSÃO

A função do Direito é cuidar do bom relacionamento em sociedade e fazê-la caminhar para a evolução, incorporando e positivando os valores oriundos da solidificação dos costumes e do amadurecimento histórico. O que ontem era novidade é hoje realidade e amanhã poderá tornar-se questão ultrapassada. Foi assim que muitas práticas extremamente odiosas foram banidas, como, por exemplo, a escravidão.

Definiu-se, aqui, o entendimento de que a pessoa que empreende atividade permitida fica sujeita a uma responsabilidade específica, devendo responder pelo risco. Isto significa dizer que as atividades perigosas estão sujeitas a um regime jurídico próprio, na medida em que o sistema leva por suporte a objetivação desta responsabilidade, afastando indagações em torno do elemento subjetivo da conduta danosa, substituído pelo fator risco como fundamento da responsabilidade.

A fabricação e o comércio do cigarro agridem frontalmente, além da Constituição Federal de 1988, os artigos 4º, 6º e 8º do Código de Defesa do Consumidor, pois significam um desrespeito à saúde, segurança e qualidade de vida dos consumidores. O artigo 10 do mesmo diploma legal impede, até, a colocação no mercado de produto que apresente alto grau de nocividade ou perigo à saúde ou à segurança, sendo estes impróprios para o consumo.

⁶⁷ <http://www.tjdf.gov.br/jurisprudencia>

Uma vez demonstrada a quebra do dever de informar, por meio da publicidade abusiva e enganosa do cigarro, aliada à hipossuficiência do consumidor, resultou clara a definição do produto pelo poder público como nocivo, perigoso e gerador de riscos. A caracterização da atividade como perigosa é potencialmente nociva, por si só, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor é suficiente para submeter o fabricante à responsabilidade objetiva pelos danos causados.

Ora, como bem asseverou Leandro Adiers,

(...) a atividade econômica que alcança uma ampla gama de consumidores, fornecendo-lhes produtos destinados à utilização freqüente ou habitual, consumíveis por meio de ingestão e processados pelo organismo humano é inevitavelmente perigosa e impõe, para seu exercício, uma série de obrigações pré-contratuais (estudos e pesquisas exaustivas e conclusivas acerca dos efeitos e conseqüências de seu uso), contratuais (atendimento das finalidades para o qual foi produzido, comercializado e adquirido pelo consumidor – adequabilidade e prestabilidade) e legais (normativas).⁶⁸

Conseguimos comprovar, pelo presente estudo, a enganosidade e a abusividade do cigarro, nos termos do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, visto que omite dados essenciais sobre o produto e induz o consumidor à uma prática que contraria sua saúde. Sendo esse o defeito do produto, vimos que, na ocorrência de um fato danoso à sua integridade física e moral, resguardado está o direito do fumante de ser indenizado pelo fabricante, sem que precise perquirir a culpa desse; ou seja, o artigo 12 do Código prevê a responsabilidade objetiva em casos como este.

A importância, bem como o dever da prevenção dos danos é clara na medida em que,

(...) colocado o produto no mercado e maciçamente induzido o seu consumo, experimentado por uma gama infindável de consumidores, surge o vício derivado da dependência química, que já torna o consumo não uma questão de opção, de livre escolha, mas de necessidade física e psíquica, já que a abstinência gera uma série de distúrbios que a maioria das pessoas não demonstra capacidade de controlar e submeter ao seu arbítrio consciente.⁶⁹

⁶⁸ ADIERS, Leandro. *op.cit.*, p.34.

⁶⁹ *ibidem*, p.29.

Convém, mais uma vez, ressaltar que a maioria das pessoas que hoje apresentam problemas de saúde em razão do hábito do fumo adquiriu tal hábito bem antes de ser informada sobre os dados oficiais e científicos, demonstrando concretamente o potencial nocivo e danoso do tabagismo. Na época em que essas se iniciaram na prática de fumar, tal atitude era fortemente encorajada por meio da publicidade, sem tipo algum de advertência.

Visto que a nocividade e a periculosidade do produto, bem como sua utilização, ofendem a integridade física, a saúde dos indivíduos, bens inalienáveis, de interesse e relevância social, é necessária não apenas a informação ostensiva e adequada da nocividade, mas a, por enquanto utópica, suspensão da fabricação e conseqüente comercialização do produto. Utópica porque o hábito do fumo é um evento centenário, milenar, bem mais antigo que as práticas de proteção ao consumidor. Isso faz que nos deparemos com uma ardilosa barreira político-econômica que envolve a fabricação do cigarro que, ao mesmo tempo, justifica a mentalidade de aceitação dos danos causados pelo uso do produto fixada na sociedade. É tido como normal o vício em nicotina.

Ora, se a coletividade em massa aceita um tipo de comportamento, se ela não enxerga a violação constante de um direito básico, como esperar dessa mesma coletividade que exija do estado uma punição àqueles que, nesse sentido (publicidade do cigarro/colocação no mercado de produto prejudicial à saúde), violam direitos seus?

Por derradeiro, trago à colação trecho extraído de obra publicada pelo Exm.º Sr. Ministro do STJ Carlos Alberto Menezes Direito, que bem resume o entendimento que se deseja expressar:

A jurisprudência, certamente, será responsável pela construção protetora dos direitos do consumidor. Está apenas começando. Um longo caminho ainda deverá ser percorrido.

Esses são alguns traços sobre esse tema complexo e fascinante. A sociedade é que será responsável pela aceitação e a prática desse Código recente, mas que diz com a vida social, com a dignidade do cidadão consumidor e usuário.⁷⁰

⁷⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *op.cit.*, p.40.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADIERS, Leandro. Responsabilidade civil do fabricante de cigarros. *Revista Jurídica*, n. 257, mar. 1999.
- ALMEIDA, José Antônio. Publicidade e defesa do consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, n. 21, jan./mar. 1997.
- ARRUDA, Alvim e outros. *Código do consumidor comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 1995.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: RT, 1984.
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A disciplina civil da publicidade no código de defesa do consumidor. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 7, v. 13, jan./jun. 1999.
- COCCARO FILHO, Celso A. Publicidade e direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 42, dez. 1994.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A proteção do consumidor na sociedade de informação. *Revista de Direito Renovar*. n. 12, set./dez. 1998.
- FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva: incitação à violência*. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- GUSSO, Moacir Luiz. *Dano moral indenizável*. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000.
- <http://www.adesf.com.br/doencastr.html>.
- <http://www.inca.org.br/prevenção/tabagismo/tableg.html>.

- JACOB, Vera Maria. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*. ano 79, jun. 1990.
- JORNAL CORREIO BRAZILIENSE de 1 set. 2000, *Caderno de Saúde*, p.15.
- LISBOA, Roberto Senise. *Relação de consumo e a proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor: aspectos práticos, perguntas e respostas*. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3.ed. São Paulo: RT, 1999.
- MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 9, n. 35, jul./set. 2000.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Falando sobre tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle de Tabagismo e Prevenção Primária (Contapp). *Como implantar um programa de tabagismo*. Rio de Janeiro, 1996.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. 1.ed. São Paulo: RT, 1997.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1992.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- VENTURINI, Elton. Indenização por danos sofridos em decorrência de publicidade enganosa ou abusiva. *Jurisprudência Brasileira*. v. 181, 2000.
- VICENTE, João Eduardo; MÔNACO, Luiz Carlos M. e ALBANESE, Mário. Fabricantes de cigarros: induzimento ao consumo do produto em função de publicidade enganosa e abusiva, resultando vício e compra compulsiva. Responsabilidade civil dolosa. Inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor* 38, abr./jun. 2001.

RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA*

Kelly Letícia Fernandes Borges Matos

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 colacionou entre os seus objetivos fundamentais a existência de uma sociedade digna, justa e solidária.¹ E o alcance dessa justiça, principalmente no que concerne à chamada justiça contratual, passa, necessariamente, pelo princípio da boa-fé objetiva.²

Convivemos num sistema de opressores e oprimidos, em que a vontade do economicamente mais forte, daqueles que detêm os meios de comunicação, produção, informação, entre outros, sempre será prevalecente. Uma sociedade de contratos padronizados, relações uniformes, despersonalizadas e cadenciais, de responsabilidades diluídas, de insegurança jurídica.

No âmbito do direito contratual, este sistema, construído com fundamento no princípio da autonomia da vontade, foi o primeiro a relativizá-la, na medida em que apenas a vontade de um dos contratantes estava sendo exercida com liberdade.

No mesmo sentido, a presunção de igualdade fez aumentar o índice de desigualdade social, não se pode comparar o poder de mercado de um grande empresário, ou mesmo de um intermediário – comerciante –, com o poder de barganha do consumidor.

Pelo princípio da boa-fé objetiva, são estabelecidos parâmetros de conduta a serem seguidos e que são esperados pelos contratantes. Tutela-se não apenas a liberdade de contratar, mas, principalmente, a confiança, lealdade e honestidade que deve existir no desenrolar das fases contratuais.

* Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do curso Ordem Jurídica e Ministério Público Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientadora: Prof^ª. Vera Andrighi

¹ BRASIL. Constituição Federal, art. 3^º. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e igualitária”.

² Veja Teresa Negreiros. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

O princípio da boa-fé objetiva é o garantidor de relações jurídicas mais justas e iguais. Por intermédio dele o magistrado poderá averiguar as circunstâncias que individualizam cada caso, as suas peculiaridades, os usos e os costumes do lugar e, até mesmo, a situação pessoal dos agentes para determinar qual a conduta que era esperada naquela situação específica.

O magistrado poderá, ainda, intervir no conteúdo do contrato, declarando inexistentes as cláusulas que contrariem a boa-fé, como já assentou o Código de Defesa do Consumidor. Poderá declarar a existência de deveres acessórios, porque inerentes à relação contratual ou o inadimplemento contratual pelo descumprimento de um desses deveres. Deverá, ainda, fazer uma interpretação do contrato que mais se coadune com os ditames estabelecidos pelo princípio da boa-fé objetiva.

Este tipo de atuação revela mais do que a simples aplicação do princípio, traduzindo-se numa verdadeira exigência do tráfico social. Uma conduta refletida, voltada para a proteção dos interesses do outro sujeito da relação contratual a fim de garantir o próprio desenvolvimento da sociedade.

O princípio da boa-fé objetiva, em razão de sua dinamicidade, permite maior atuação do magistrado, de forma que se obtenha melhor adequação da realidade social e a sua subsunção à norma jurídica. Como exposto, a boa-fé objetiva é norma de conduta, e é este comportamento determinado pela boa-fé que poderá fornecer instrumentos para se alcançar uma sociedade mais justa e igualitária.

Este trabalho possui a única finalidade de demonstrar a redescoberta de um princípio, cujos efeitos limitam a atuação da vontade das partes no desenvolvimento contratual. Procura-se despertar a curiosidade a respeito do tema, extremamente instigante e apaixonante e suscitar a discussão sobre a sua importância deste novo sistema contratual, adotado pelo novo Código Civil, em que há um declínio da autonomia da vontade, como fonte primária do direito contratual, abrindo-se espaço para a sua socialização, em que o norte é a justiça social.

PARTE I – CRISE DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA

CAPÍTULO 1 – TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA

Tão velho como a sociedade humana e tão necessário como a própria lei, o contrato se confunde com as origens do direito.³

³ Humberto Theodoro Júnior. *O contrato e seus princípios*. 1.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p.11.

O contrato sempre ocupou relevante papel na sociedade. Desde as mais remotas sociedades os homens primitivos já realizavam relações de troca de mercadorias e serviços. Inicialmente, apenas como meio de manter a própria subsistência, eram os próprios produtores que negociavam as suas mercadorias e as trocavam por aquelas que mais bem satisfizessem suas necessidades e seus interesses.

Com o surgimento e o desenvolvimento dos burgos, na Idade Média, estas relações intensificaram-se ainda mais. A esta época, os contratos eram preliminarmente negociados, no escambo, as partes livremente escolhiam quais objetos seriam negociados e em que quantidade e qualidade seriam trocados de maneira a estipular uma equivalência de valores entre eles, uma certa igualdade entre direitos e obrigações que adiante veio a ser imensamente facilitada com o advento da moeda. Com a classe burguesa, o contrato deixa de ser, primordialmente, de natureza substancial e passa a ser, também, um instrumento de acúmulo e circulação de riquezas.

Hodiernamente, o homem moderno realiza a toda hora relações contratuais sem mesmo que perceba tal fato,⁴ desde o ir a padaria, pegar um ônibus, comprar ingressos no cinema ou, ainda, relativamente aos serviços essenciais, como o fornecimento de água, energia elétrica e telefone, todas estas relações fazem do homem moderno um ser eminentemente contratual.

Neste sentido, até dispensável proclamar a relevância da teoria contratual como meio de desenvolvimento social e da circulação de riquezas, estas antes materiais, hoje tecnológicas e de comunicação. Assim, como salienta Caio Mário da Silva Pereira:

O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual da civilização do nosso tempo, a conseqüência seria a estagnação da vida social. O *homo aeconomicus* estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regridiria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários.⁵

Neste cenário, o princípio da autonomia da vontade assume primordial relevância, uma vez que é por intermédio dele que as partes manifestam o desejo

⁴ É o que veremos adiante na denominada teoria do contato social.

⁵ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p.7. vol. III.

de contratar, estipulam o conteúdo contratual e os fins a serem alcançados com aquele negócio. Como se observará adiante, a autonomia da vontade permite que os contratantes estabeleçam entre si relações jurídicas, configurando-se na auto-regulamentação de interesses, neste caso, iminentemente privatísticos.

1.1 O CONTRATO NO DIREITO ROMANO

Os romanos já concebiam que o contrato era formado com base em um acordo de vontades a respeito de um mesmo objeto.⁶ Entretanto, nas sociedades antigas, o consenso por si só não tinha o condão de criar obrigações, para tanto era imprescindível a sua exteriorização, a existência de um elemento formal sem o qual o negócio não viria a concretizar-se. Somente com a atribuição do direito de demandar em juízo, daquele que porventura tenha sido lesado em face de um inadimplemento contratual, é que surgiram as primeiras classes de contratos que se concretizavam apenas com o consenso. Nos demais, assevera Caio Mário, “prevalecia sobre a vontade a materialidade de sua declaração, que haveria de obedecer rigidamente ao ritual sagrado: a inscrição material no livro do credor (contratos *litteris*), a *traditio* efetiva da coisa (contratos *re*), a troca de expressões estritamente obrigatórias (contratos *verbis*) de que a *pollicitatio* eram os mais freqüentes exemplos”.⁷

Conforme preleciona Darci Bessone,

(...) no Direito romano, a convenção era gênero, integrado pelas espécies pacto e contrato. O pacto era a convenção produtiva apenas de obrigações naturais. O contrato era a convenção, que engendrava obrigações civis.⁸

Só se considerava contrato, efetivamente, aquele em que havia a exteriorização material da forma, além da possibilidade de sanção, que se dava por intermédio da *actio*, excetuados os contratos mais habituais e que se concretizavam apenas pelo consenso (compra e venda, locação, mandato e sociedade), “ao passo que o pacto não tinha nome especial, não se revestia de forma predeterminada e não permitia à parte a inovação de uma ação”.⁹

⁶ *idem*, p.9.

⁷ *idem*, apud Girard, *Droit Romain*, p.453; Planiol, Ripert et Boulanger. *Traité élémentaire de droit civil*, vol. II, ns. 36; Gaudemet, *Théorie generale des obligations*. p.20.

⁸ Darci Bessone de Oliveira Andrade. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense. 1960. p.15.

⁹ Caio Mário. *op.cit.*, p.3.

Nos dizeres de Clóvis do Couto e Silva, “verdade é que o conceito fundamental do Direito Romano clássico era o de *actio*. A obrigação não nascia somente porque as partes o quisessem, mas sobretudo porque existia uma *actio iuris civilis* para a hipótese, muito embora a *actio* não fosse concedida, caso as partes não visassem o efeito obrigacional”.¹⁰ Esta diferenciação perdeu a relevância, principalmente, após a obra de Savigny,¹¹ em que o consenso era o gênero do qual o contrato fazia parte, afastando a diferenciação entre pacto e contrato.^{12,13}

Todavia, a percepção do princípio da autonomia da vontade como poder de autodeterminação de obrigações jurídicas praticamente inexistiu no Direito Romano. Não era o consenso o cerne do direito contratual, dando-se maior importância à forma, como ele era exteriorizado, assim, o contrato era eivado de nulidade se não-cumpridas as solenidades que marcavam a sua existência.¹⁴

A força obrigatória dos contratos derivava da noção de que a palavra dada deveria ser cumprida, porém não como um elemento interno, inerente ao próprio contrato, mas derivado de elementos externos, culturais, arraigados à religiosidade, à moral e à honra, o que veio a consolidar-se no direito canônico ao consagrar a santidade dos contratos, uma vez que “o pecado do descumprimento é que dava obrigatoriedade aos contratos”.¹⁵ Neste sentido, Cláudia Lima Marques:

O direito canônico contribuiu decisivamente para a formação da doutrina da autonomia da vontade e, portanto, para a visão clássica do contrato, ao defender a validade e a força obrigatória da promessa

¹⁰ *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p.47.

¹¹ *Obbligazioni*, vol. III, § 52. *Apud* Caio Mário da Silva Pereira. *op.cit.*, p.4.

¹² Carlos Alberto Bittar ressalta que estas expressões são hodiernamente tidas como sinônimos, sendo o termo “convenção” geralmente usado com significado mais amplo, normalmente, convenções internacionais, o contrato como qualquer acordo de vontades tendentes a produzir efeitos jurídicos e os pactos com uma função ora de cláusula, assumindo um caráter acessório, ou de próprio contrato, dos quais são exemplos: pacto comissório, pacto de retrovenda, pacto antenupcial. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p.10.

¹³ Para Caio Mário, hodiernamente, “toda convenção é modernamente dotada de força vinculante e mune o credor de ação para perseguir em juízo a prestação em espécie ou em equivalente”.

¹⁴ Assim, Luís Renato Ferreira da Silva. *Revisão dos contratos*: do código civil ao código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998. p.7. Othon Sidou. *A revisão judicial dos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p.139., ao citar as lições de Ulpiano, sobre a necessidade do elemento volitivo nos contratos, segundo o qual “não há contrato que não contenha consenso, porque a estipulação que se faz por meio de palavras, se lhe falta o consentimento, é nula”.

¹⁵ Luís Renato Ferreira da Silva. *op.cit.*, p.9. *Apud* Sir David Hughes Parry. *The sanctity of contracts in english law*. 2.ed. London: Sweet and Maxwell, 1986. p.6: “(...) his failure (of a promise) constituted na ecclesiastical offense for wich he was answerable in the Church courts as a sinner in need of correction”.

por ela mesma, libertando o direito do formalismo exagerado e da solenidade típicos da regra romana. (...) Para os canonistas, a palavra dada conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo. Assim, livre do formalismo excessivo do direito romano, o contrato se estabelece como um instrumento abstrato e como uma categoria jurídica.¹⁶

No direito contratual romano firmou-se a existência de uma obrigação polarizada, no qual o contrato revestia-se de um vínculo estático e pessoal entre credor e devedor, e que contém um dever jurídico de dar, fazer ou não fazer.¹⁷

1.2 O CONTRATO NO DIREITO FRANCÊS

Antes de abordarmos, especificamente, o princípio da autonomia da vontade no ordenamento jurídico francês, adentrarmos no pensamento jurídico-filosófico da época que contribuiu, sobremaneira, para a formação dos ideais colacionados na Revolução Francesa e, posteriormente, positivados no Código de Napoleão.

1.2.1 DO VOLUNTARISMO CONTRATUAL

Somente com a ruptura entre razão e fé, houve o reconhecimento da existência de direitos naturais, produto dos homens como seres racionais.¹⁸ A vontade, então, passa a ser considerada com algo livre e independente, autônoma e criadora.¹⁹ De fato, se o homem é por natureza livre, somente a sua vontade tem o condão de obrigá-lo. É a época do chamado “antropocentrismo no direito. O homem e tudo o que decorre da sua essência passam a ser o centro e a razão da juridicidade”.²⁰

Com o individualismo jurídico, tinha-se a vontade como a fonte precípua de criação das relações jurídicas. Como ressalta Orlando Gomes:

¹⁶ Cláudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.40.

¹⁷ Assim, Judith Martins-Costa. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 4, p.140, 1992.

¹⁸ Ubirajara Mach de Oliveira. Princípios informadores do direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23/24, p.24, 1997. *Apud* Francisco dos Santos Amaral Neto. *A autonomia privada com poder jurídico*, 1984. p.292.

¹⁹ Judith Martins-Costa. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito de Consumidor*, n. 3, p.127, 1992.

²⁰ Luís Renato Ferreira da Silva. *op.cit.*, p.9.

O individualismo atribuía à vontade individual a função de causa primeira do Direito, assim público com privado. O comércio jurídico deveria repousar no contrato, entendendo-se, não somente que toda obrigação, implicando restrição à liberdade individual, teria de provir de um ato de vontade do devedor, como, também, que os resultados desse ato eram necessariamente justos. Instituiu-se, em suma, com pedra angular do Direito Privado o dogma da autonomia da vontade.²¹

Apenas para ilustrar, entre os grandes filósofos da época,²² Jean Jacques Rousseau, em sua obra *Contrato social*, considerava que o homem nasce livre e em estado de igualdade. A liberdade é intrínseca à própria condição de ser humano, e é sob este fundamento que o autor irá conceber a organização estatal por meio de um pacto social. O Estado, então, seria formado pela comunhão da vontade geral. Esta liberdade só poderia ser abandonada com o consentimento do sujeito que naquele sentido havia aderido em benefício do bem comum.²³

Destarte, pode-se perceber todo o poder que era conferido ao princípio da autonomia da vontade, que passa a ser considerado norma basilar de todos os negócios jurídicos, tendo como pressupostos a liberdade e a igualdade.

1.2.2 *CODE NAPOLEÓN*

*qui dit contractuel, dit juste*²⁴

O individualismo jurídico da época, aliado aos conceitos de liberdade e igualdade, foram cristalizados no Código de Napoleão, de 1804, que, em seu art. 1.134, dispõe: “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”.^{25,26}

O contrato é ato jurígeno e, por isso, considerado fonte de direito.²⁷ Jurígeno porque permite as partes contratantes regulamentarem os próprios interesses dentro da sua esfera patrimonial privada. As partes, ao regulamentarem o conteúdo

²¹ Orlando Gomes, *Transformações gerais no direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p.10. Fazendo menção à Alfred Rieg. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Paris, 1961. p.5.

²² Entre os mais citados pela doutrina, Hobbes, Jonh Locke, Hugo Grotius, Pufendorf e Thomasius.

²³ Jean Jacques Rousseau. *Os pensadores*. trad. Lourdes Santos Machado. 3.ed. São Paulo: Victor Civita, 1983.

²⁴ Afirmação feita por Fouillé, extraída da apresentação feita por Antônio Herman V. Benjamin, do livro *Contratos no código de defesa do consumidor*, Cláudia Lima Marques.

²⁵ “As convenções legalmente estabelecidas fazem lei entre as partes” (tradução livre).

²⁶ Judith Martins-Costa. *Crise e modificação da idéia de contrato*. *op.cit.*, p.130.

²⁷ Neste sentido, Humberto Theodoro Jr. *op.cit.*, p.66.

contratual, dispõem de normas e cláusulas que necessariamente devem ser observadas. Neste sentido, o contrato é “*lex inter partes*” uma vez que cria as normas que regerão determinadas relações jurídicas.

Entre os ideais revolucionários consagrou-se a intervenção mínima do Estado nas relações obrigacionais entre os indivíduos, que teria como marca principal a supremacia da vontade. Assim preleciona Clóvis V. do Couto e Silva, “no Estado Liberal, com a nítida separação entre o Estado e a sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada”.²⁸

Sob o espírito de liberalismo econômico e político (*laissez faire, laissez passer, laissez contracter*) ao Estado apenas cabia a proteção e a segurança dos negócios jurídicos. Pela própria definição de contrato não era possível a interferência no seu conteúdo e a sua revisão judicial ou mesmo a arguição da justiça ou injustiça da contratação. O contrato é lei entre as partes e assim deve ser mantido. “De sorte que, nos séculos XVIII e XIX, o dogma da autonomia da vontade preponderou de forma praticamente absoluta. De acordo com a doutrina clássica, o fundamento da obrigação era a vontade, independentemente da lei. A vontade valia por si própria”.²⁹ Apenas duas restrições eram feitas ao princípio, que devia limitar-se à ordem pública e aos bons costumes, expressas no art. 6º do Código Civil Francês, porém praticamente desconsiderados pelos civilistas da época.³⁰

Neste diapasão, se os contratos derivavam da vontade livre e consciente daqueles que naquele sentido se manifestaram, sendo a vontade a única fonte de obrigações, os resultados desta contratação seriam necessariamente justos, não sendo admissível que as partes contratassem contra os próprios interesses. “Quando alguém decide alguma coisa a respeito de outro, é sempre possível que lhe faça alguma injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio”.³¹

Os pactos firmados pressupunham a existência de uma igualdade natural, advinda do nascimento, e de uma igualdade política, na medida em que as leis, expressão máxima da vontade geral, são feitas para todos de maneira geral e abstrata, o que fazia pressupor uma paridade e comutatividade dos pactos. Segundo ensina Judith Martins-Costa, “constrói-se a idéia de liberdade jurídica sobre a idéia de liberdade comercial e a idéia de igualdade econômica com a de idêntica

²⁸ *A obrigação como processo*, p.18.

²⁹ Ubirajara Mach de Oliveira. *op.cit.*, p.52.

³⁰ *idem*, p.47.

³¹ Agathe E. Schmidt da Silva. *Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo*. p.148, transcrevendo trecho da obra de Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p.144.

posição dos sujeitos de direito perante um mesmo comando jurídico, o qual deverá ser então necessariamente claro, certo, preciso”.³²

Este entendimento veio, posteriormente, a ser consolidado com a sistematização do direito, e com o surgimento dos primeiros Códigos. Ainda sob a égide dos ensinamentos da supracitada autora, com a “(...) criação de corpos organizados de leis, destinados a regular em abstrato situações análogas, pacificando as soluções jurídicas com base no pressuposto de que, perante a lei, todos os cidadãos são iguais, isto é, destinatários de uma mesma norma jurídica”.³³

2 A INFLUÊNCIA DO *CODE* NO ORDENAMENTO CIVIL BRASILEIRO

O ordenamento civil pátrio, em um primeiro momento, aderiu ao sistema individualista implantado pela doutrina francesa, com ênfase à supremacia da autonomia da vontade em detrimento dos interesses da coletividade.³⁴

Neste sistema, a autonomia da vontade adquiri tamanha importância que apenas a mesma vontade criadora de direitos e obrigações era capaz de desfazer o negócio celebrado salvo, quanto esta vontade encontrava-se viciada, o que sujeitava o contrato à pena de anulabilidade.

Registre-se que somente a vontade livre e consciente, imaculada, é capaz de gerar vínculos jurídicos válidos, capazes de produzir todos os seus efeitos. Os negócios celebrados em razão de erro, dolo ou coação eram passíveis de anulação pelo Poder Judiciário, caso houvesse a manifestação de uma das partes.

Sob esta óptica, o magistrado estava adstrito à verificação dos requisitos extrínsecos e de validade do contrato, ou seja, se realizado entre partes capazes, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, além dos já mencionados vícios de consentimentos, a estes agora acrescentados, os vícios sociais.³⁵

Como exposto, o juiz não poderia averiguar a justiça ou não da contratação, uma vez que o conteúdo das cláusulas contratuais era tangível apenas às partes

³² Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2000. p.135.

³³ Judith. *Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro*. p.131.

³⁴ Confira, entre outros, Maria Helena Diniz. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. III. p.24.; Orlando Gomes. *Contratos*. 2001; Darci Bessone, *op.cit.*; Sílvio de Salvo Venosa. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas. 2001.

³⁵ Agathe Schimidit. *op.cit.*, p.149.

contratantes não podendo ser objeto de revisão ou modificação. O conceito clássico de justiça contratual é a garantia de o que fosse estabelecido seria adimplido. As leis exerciam um papel secundário, de caráter supletivo e de interpretação dos contratos, cuja função primordial era “fornecer instrumentos para assegurar às partes o cumprimento da avença”.³⁶ Percebe-se, portanto, a preponderância do elemento volitivo sobre a figura da lei que exercia apenas um papel secundário na formação e na execução dos contratos. Neste sentido, Cláudia Lima Marques: “a função das leis referentes a contratos era, portanto, somente a de proteger essa vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contratantes”.³⁷

Os jus-filósofos, no início do século XX, passaram a enxergar no direito uma “forma de unificação e dominação”.³⁸ Com a codificação, instaura-se um sistema fechado de regulamentação das normas jurídicas.³⁹ A positivação das leis objetivava a garantia da igualdade formal entre os indivíduos, destinatários de seus mandamentos, regulando de forma abstrata casos análogos. As leis buscavam regular da maneira mais abrangente o maior número de situações possíveis, a fim de submeter todos à mesma norma regulamentadora. Pretendia-se maior proteção e segurança ao tráfico jurídico.⁴⁰

Ao direito, especificamente no campo das obrigações, cabia apenas a proteção da livre manifestação da vontade, que se dava através da produção de normas supletivas e interpretativas, cuja finalidade era assegurar a consecução dos efeitos almejados pelas partes. A liberdade era concebida como valor supremo e nenhuma lei poderia intervir no conteúdo do contrato.

Como conseqüência da codificação, a função do juiz é restringida a um raciocínio meramente subsuntivo, próprio de um sistema fechado, quase que matemático, ou seja, de aplicação de uma norma preestabelecida ao caso concreto, “aplicar a lei dentro da legalidade mais estrita”.⁴¹

³⁶ *idem*, p.147.

³⁷ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.37.

³⁸ Ubirajara Mach de Oliveira. *op.cit.*, p.42.

³⁹ Judith Martins-Costa. *Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro*. p.131.

⁴⁰ *idem*, p.127.

⁴¹ Judith Martins-Costa. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 112, p.18, 1991.

2.1 DA AUTO-REGULAMENTAÇÃO DOS INTERESSES PRIVADOS

A palavra autonomia que deriva do grego *autonomia*, implica o direito de uma pessoa reger-se pelas próprias leis, na faculdade de traçar normas de conduta, sem que se sinta pressionada por elementos externos.⁴²

O princípio da autonomia da vontade surge, inicialmente, no âmbito do direito internacional, com a possibilidade de auto-determinação pelos sujeitos de direito de quais normas seriam aplicáveis a determinado negócio jurídico.⁴³

Tal princípio consiste na possibilidade de os indivíduos auto-regulamentarem os próprios interesses privatísticos,⁴⁴ partindo-se sempre da premissa que só a vontade tem o poder de vincular as pessoas. Como ressalta Carlos Alberto Bittar,

(...) o princípio nuclear do universo contratual é o da autonomia da vontade, consoante o qual as partes, em razão da liberdade natural, podem buscar livremente efeitos tutelados na ordem jurídica, por meio de declarações convergentes de vontade, regulando, em plano de igualdade, suas relações.^{45,46}

A partir da análise do conceito podemos constatar alguns de seus pressupostos, intrinsecamente ligados à autonomia privada: a) Liberdade – liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o conteúdo do contrato e as cláusulas que regeram aquela relação jurídica além da outra parte contratante;⁴⁷ b) Igualdade – as partes, na teoria contratual clássica, eram consideradas iguais no momento da celebração do negócio jurídico, não havia a análise de circunstâncias econômico-sociais que pudessem individualizar casos específicos.⁴⁸

⁴² *Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.247.

⁴³ Veja Ubirajara Mach de Oliveira. *op.cit.*, p.46., e Luís Renato Ferreira da Silva. *Revisão dos contratos. op.cit.*, p.13.

⁴⁴ A respeito confira, Darci Bessone. *op.cit.* e Ubirajara Mach. *op.cit.*, p.50.

⁴⁵ Carlos Alberto Bittar. *Direito dos contratos*, p.34.

⁴⁶ Ponto interessante a ser ressaltado no conceito é a liberdade natural de contratar o que faz pressupor que o autor é adepto da corrente filosófica jusnaturalista.

⁴⁷ Para Pontes de Miranda, “Chama-se princípio da liberdade de contratar o de se poderem, livremente, assumir deveres e obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de um contrato; e princípio da autonomia da vontade, o de escolha, a libido, das cláusulas contratuais. E conclui, “no fundo os dois princípios prendem-se à liberdade de declarar ou manifestar a vontade com eficácia vinculante e de se tirar proveito das declarações ou manifestações de vontade alheias, receptícias ou não”. *Tratado de direito privado*. 1.ed. Bookseller, 2000. tomo 03. p.90-91.

⁴⁸ Conforme preleciona Cláudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor*.; Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado*.; Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*.; e Orlando Gomes. *O contrato*., entre outros.

Os contratantes, em situação de igualdade, ao menos presumida, possuíam a liberdade de discutir todas as cláusulas e as disposições que regerão o negócio a ser celebrado, existindo, portanto, uma fase de negociações preliminares. Neste diapasão, essencial à segurança do tráfico jurídico é a proteção da autonomia privada que possibilitava a realização de negócios jurídicos.

O que ocorre, na realidade, é uma mudança na concepção da relação obrigacional, uma vez que a segurança jurídica não estaria voltada apenas para os sujeitos do negócio; acrescenta-se a este um elemento social, externo, a confiança daquele que legitimamente acreditou na conclusão do negócio, em razão do comportamento e das justas expectativas criadas pela contraparte.⁴⁹

Protege-se a aparência da vontade, responsabilizando aquele que, injustamente, e em razão do seu comportamento, frustou a confiança da outra parte na realização do negócio, não podendo escusar-se pela alegação de erro na declaração, ressaltando-se os casos em que o oblato tinha condições de perceber a manifestação errônea do proponente ou que esta não coincidia com a sua vontade interna.⁵⁰ Assim, deixa-se de proteger a vontade apenas como elemento formador do negócio jurídico para tutelar, principalmente, os efeitos por ela provocados.

CAPÍTULO 2 – LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Ao contrário do que se acreditava, o dogma da liberdade contratual tornou-se uma ficção – em liberdade de um – e opressão do outro.⁵¹

Com o advento da Revolução Industrial, iniciou-se um processo de produção em série de bens e serviços, tendo como principal característica a criação de relações jurídicas contratuais cada dia mais complexas e despersonalizadas,⁵² e a diluição dos vínculos e das responsabilidades entre os fornecedores, a ponto de não mais se poder imputar a alguém a ocorrência de um ato ilícito.

As relações contratuais na modernidade não mais se restringem a dar e fazer, prestação e contraprestação. O conceito de obrigação, em face de todas as mudanças históricas e culturais ocorridas, tornou-se complexo e dinâmico: a

⁴⁹ *idem*, p.16.

⁵⁰ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.104.

⁵¹ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.119.

⁵² Cláudia Lima Marques. Novas regras sobre proteção do consumidor nas relações contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 1, p.27.

obrigação como processo⁵³ de cooperação entre credor e devedor, cuja finalidade é o adimplemento.

O contrato passa a ser encarado não apenas sob a perspectiva das partes contratantes – a preponderância do individualismo jurídico –, mas, principalmente, sob o aspecto de utilidade social, a sua função social.

Com a existência de uma sociedade massificada, iniciou-se nova fase na teoria contratual, especialmente, no que se relaciona com os princípios até então considerados basilares de todo o direito das obrigações, trazendo mudanças significativas quanto à liberdade contratual, a relatividade, a força obrigatória dos pactos e, principalmente, quanto aos conceitos de igualdade e de justiça contratual. A autonomia da vontade, alicerce de toda a teoria contratual clássica, entra em declínio na medida em que os princípios a ela conexos são profundamente modificados, até em perspectiva constitucional.

Segundo leciona Clóvis V. do Couto e Silva, a limitação do princípio da autonomia da vontade está consubstanciada em dois fatores preponderantes: a) a ingerência do Estado nas relações contratuais, com a emanção de normas de direito público na regulamentação de interesses eminentemente privados; e b) aquelas decorrentes do próprio tráfico jurídico em que, em razão do desnível de poder econômico, decorre a fixação unilateral do conteúdo do contrato.⁵⁴ Cuidaremos, inicialmente, desta última opção.

3 DA MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Na passagem do século XIX para o século XX, pôs-se em cheque o principal ponto de sustentação da ampla autonomia de vontade nos domínios do contrato. Com efeito, enquanto dominaram absolutas as idéias do liberalismo puro, tinha-se como dogma a ‘igualdade’ dos contratantes, ligado umbilicalmente à ‘liberdade de contratar’. Acontece que a experiência dos regimes liberais nascidos da Revolução Francesa acabou por impor o reconhecimento da irrealidade de semelhante dogma, pelas notórias diferenças, entre as pessoas, na ordem econômica, social e até mesmo jurídica.⁵⁵

⁵³ Sobre o assunto, confira Clóvis V. do Couto e Silva. *A obrigação como processo. op.cit.*, p.10.

⁵⁴ *idem*, p.23.

⁵⁵ Humberto Theodoro Jr., *Contratos...*, p.18.

Para garantir maior rapidez e maior segurança ao tráfico jurídico, surgiram as chamadas contratações em massa, ou estandarizadas, caracterizadas pela adoção de contratos padronizados capazes de regulamentar infinita gama de relações jurídicas.

Nos dizeres de Antônio Herman Benjamin,

(...) a Revolução industrial trouxe consigo a revolução do consumo. Com isso, as relações privadas assumiram uma conotação massificada, substituindo-se a contratação individual pela contratação coletiva. Os contratos passaram a ser assinados sem negociação prévia alguma, sendo que, mais e mais, as empresas passaram a uniformizar seus contratos, apresentando-os aos seus consumidores como documentos pré-impessos, verdadeiros formulários. Foi, por um lado, um movimento positivo de transformação contratual ao conferir rapidez e segurança às transações na sociedade massificada. Mas o fenômeno trouxe, igualmente, perigos para os consumidores que “aderem globalmente ao contrato, sem conhecer totalmente suas cláusulas.”⁵⁶

3.1 DOS CONTRATOS DE ADESÃO E FIGURAS AFINS

De fato, ganha tintas cada vez mais utópicas (ou irrealistas, melhor dizendo) o discurso que enxerga na prática contratual o espaço privilegiado para a convergência volitiva das partes idealmente iguais. Ao revés, Raymond Saleilles, em linhas clássicas publicadas no primeiro ano do século XX, já destacava a disseminação de uma forma de contratar cuja principal semelhança com o contrato tradicional não passava do nome; pois, desta feita, tratava-se da imposição da vontade de uma parte, dirigida não mais a um indivíduo, mas a um coletividade indeterminada. Era a gênese, na doutrina, dos *contrats d'âhesion*.⁵⁷

⁵⁶ Antonio Herman V. Benjamin na apresentação do livro *Contratos no código de defesa do consumidor.*, Cláudia Lima Marques, p.9. E, por último, fazendo citação a Calais-Auloy. *Droit de la Consommation*. Paris: Dalloz, 1986. p.143.

⁵⁷ Bruno Costa Lewicki. *A abusividade das disposições sobre perda do cartão de controle do consumo nos serviços de diversões noturnas*. Trabalho apresentado no 5. Congresso Brasileiro e 3. Congresso Mineiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, 2 a 5 maio 2000. E por último, fazendo citação à Raymond Saleilles. *De la déclaration de la volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemande*. Paris, 1901. p.229.

Entre os contratos nascidos sob a égide de uma sociedade de massa destacam-se os contratos de adesão^{58,59,60} e/ou por adesão,⁶¹ em que uma das partes contratantes estipula, unilateralmente, o conteúdo que irá reger determinada relação jurídica, restando à contraparte a opção de aderir ou não ao estipulado no contrato.⁶²

⁵⁸ Observa Nelson Nery Júnior que a doutrina faz distinção entre os contratos de adesão e os contratos por adesão. Aqueles seriam a forma de contratar onde o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público (v.g., contrato de fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos por adesão aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária. p.551.

⁵⁹ Quanto à natureza jurídica dos contratos de adesão, alguns autores, como Georges Ripert. *A regra moral nas obrigações civis*. p.105, defendem a existência de um vício permanente de consentimento na sua formação, “O único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte venha a se aplicar. O aderente entra neste círculo estreito em que a vontade da outra parte é soberana. E, quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar. É uma graça de mau gosto dizer-lhe: tu quiseste. A não ser que não viaje, não faça um seguro, que não gaste água, gás ou eletricidade, que não use de transporte comum, que não trabalhe ao serviço de outrem, é-lhe impossível deixar de contratar”. Ainda, neste sentido, Clóvis do Couto e Silva. *Obrigação como processo*. p.20 e Ubirajara Mach de Oliveira. *Princípios informadores do direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva*. p.54. Em sentido contrário, o mestre Orlando Gomes considera absurda esta concepção, por entender que a submissão não implica coação, se assim o fosse, “a própria natureza do contrato faria presumir um vício de consentimento (...) que condenaria ao fracasso toda teoria do contrato de adesão”. *Contrato de adesão e condições gerais dos contratos*. p.44. Assim, também, Cláudia Lima Marques quando descreve, “note-se que pelas suas próprias características o contrato de adesão exige somente a capacidade dos parceiros contratuais, o consentimento se dá por adesão a uma vontade manifestada de maneira complexa no instrumento contratual, sendo a figura do erro totalmente irrelevante”, *Contratos no código de defesa do consumidor*. p.57. Diferentemente de coação, a manifestação de vontade, ainda que restrita, persiste. O que poderá ocorrer é a superioridade socioeconômica de uma das partes, o que daria maior margem à relações desproporcionais e iníquas.

⁶⁰ Segundo preleciona Agathe E. Schmidt da Silva, “mas adesão não quer dizer consentimento. Consentir é debater as suas cláusulas. Aderir é submeter-se ao contrato estabelecido”. Cláusula Geral da Boa-fé nos Contratos de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor* n. 17, p.151.

⁶¹ Maria Helena Diniz prefere a utilização da denominação contratos por adesão entendendo ser a mais correta. *Curso de Direito Civil*. vol 3., *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. p.8. No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. p.55.

⁶² É o que, segundo Cláudia Lima Marques apud Fitffot's, *Contract*, “os doutrinadores anglo-americanos denominam de contrato *take-it-or-leave-it basis*”. *Contratos...*, p.55.

Também sob a égide das contratações padronizadas, as condições gerais dos contratos.⁶³ Os contratos sujeitos a condições gerais “são aqueles contratos, escritos ou não, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas preelaboradas pelo fornecedor, unilateral e uniformemente, para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico”.⁶⁴

Essas cláusulas, normalmente, não integram o instrumento contratual, estabelecendo-se em documento à parte. É o que ocorre com os contratos de hotelaria ou contratos bancários, em que existem placas afixadas nos estabelecimentos determinando certas condições, normas, índices de correção, taxas de juros, direitos dos usuários, etc.

Agathe Schimidt cita, como exemplos de contratos regulados por condições gerais, os de transporte, de hospedagem em hotéis, de utilização de garagens e, agora acrescentado, os contratos bancários.⁶⁵

Exemplo clássico é o que ocorre com o contrato de seguro e o chamado ‘manual do segurado’, em que o aderente, no mais das vezes, só toma conhecimento das cláusulas gerais do contrato a que está vinculado, quanto às coberturas e aos riscos, quando recebe, alguns dias após a sua celebração, o dito manual.

A jurisprudência tem firmado entendimento de que as cláusulas contidas no manual do segurado só vinculam o consumidor se, antecipadamente à celebração do contrato, o mesmo teve oportunizado o total conhecimento delas. Nesse sentido, confira-se, entre outros, TJDF, Apelação Cível nº 3530595/DF, DJ de 25.10.1995, Desembargador Relator, Romão C. Oliveira, de cuja ementa se colhe:

Civil. Contrato de Seguro. Se a seguradora não entregou ao segurado, no ato em que firmou o contrato de seguro, a apólice e/ou ‘manual’, não poderá invocar, validamente, os dizeres nele estampados, se estão em oposição ao que estabelece o cartão-

⁶³ Relembra Cláudia Lima Marques, Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. *Revista de Direito do Consumidor* n. 01, p.31, 1992. “as expressões condições gerais dos contratos e contratos de adesão não são, portanto, sinônimas. (...) a expressão condições gerais pode englobar todos os contratos de adesão tanto os que usam formulários impressos, os contratos modelo e os contratos autorizados ou ditados pelos órgãos públicos, pois estes também são compostos por cláusulas preelaboradas unilateral e uniformemente pelos fornecedores, com a única diferença que nestes casos as condições gerais são inseridas no próprio texto do contrato e não em instrumento anexo, como normalmente”.

⁶⁴ Cláudia Lima Marques, *Contratos...*, p.59.

⁶⁵ Agathe Schimidt. *op.cit.*, p.151 (em nota de rodapé).

proposta, o único documento que foi apresentado e entregue ao segurado pela proponente. Ante o princípio da boa-fé, há de valer o que nele contiver, máxime, se ratificado pelo preposto da seguradora. Apelação improvida.

Sobre o tema, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 46, dispõe: “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. E, ainda, as cláusulas devem ser redigidas de forma clara e precisa, de modo a facilitar a compreensão do consumidor (art. 54, § 3º, CDC).

Cumpra ressaltar a distinção realizada por Nelson Nery Júnior, entre as condições gerais dos contratos e os contratos de adesão:

Delas se distinguem as cláusulas gerais de contratação e os contratos de adesão. Aquelas são o conjunto de regras ou normas (regulamento interno, estatutos, normas de serviço, etc.) disciplinadas unilateralmente pelos fornecedores a fim de que, com base nelas, sejam realizados os contratos e operações comerciais, industriais ou de prestação de serviços desses fornecedores. Têm como destinatário principal o funcionário da empresa ou do órgão público, muito embora possam delas ter conhecimento aqueles que têm relações com o fornecedor estipulante, em virtude do maior ou menor grau de publicidade que se der a essas condições gerais de contratação.

Os contratos de adesão são a concretização das cláusulas gerais, que enquanto não aceitas pelo aderente são abstratas e estáticas, e, portanto, não se configuram ainda como contrato. As cláusulas gerais de contratação tornar-se-ão contrato de adesão, dinâmicas, portanto, se e quando forem aceitas pelo aderente.⁶⁶

Observa-se que tanto os contratos de adesão quanto aqueles submetidos a cláusulas gerais são formados por normas rígidas, uniformes e predispostas pela parte estipulante, não havendo a possibilidade de negociação do seu conteúdo pelo aderente, que se limita a aceitar o que foi previamente estipulado.

⁶⁶ *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 2000. p.445.

Relembra Cláudia Lima Marques,

(...) alguns comparam esta predisposição do texto contratual a um poder paralelo de fazer leis e regulamentos privados (*lawmaking power*). Poder este que, legitimado pela economia e reconhecido pelo direito, acabaria por desequilibrar a sociedade, dividindo os seus indivíduos entre aqueles que detêm a posição negocial de elaboradores da *lex* privada e os que a ela se submetem, podendo apenas aderir a vontade manifestada pelo outro contratante.⁶⁷

Com uma abordagem um pouco diferenciada, mas também para demonstrar a relativização do princípio da autonomia da vontade, os contratos coativos e os contratos necessários.⁶⁸

Nos contratos coativos, “a ordem jurídica existente impõe a contratação, em razão de um outro contrato preexistente ou de uma situação jurídica de propriedade, v.g., o seguro obrigatório, a prorrogação contratual da locação a prazo indeterminado, a prorrogação contratual de trabalho determinado (experiência) para indeterminado, etc”.,^{69,70} ou seja, normalmente, são derivados de uma imposição legal, não sendo relevante manifestação alguma de vontade da parte contratante.

Diferentemente, nos contratos necessários, existe “uma relação de oferta permanente de determinados sujeitos contratuais, sem que possa recusar a contratação com quem quer que seja, v.g., os concessionários de serviços públicos (pedágio, fornecedor de água, luz, telefone, etc.), abastecimento de gêneros de primeira necessidade, os creditícios de um modo geral (bancários, inclusive), transporte coletivo, etc”.^{71,72} “A natureza do serviço que exploram exige que se ponham em estado de permanente oferta de contratar, não tendo sequer direito a escolher a outra parte”.⁷³

⁶⁷ Cláudia Lima Marques. *op.cit.*, p.50.

⁶⁸ Aqui cabe fazer uma ressalva, no que concerne aos contratos necessários não se trata de uma espécie contratual diferente, uma vez que na grande maioria das vezes cuida-se de um contrato de adesão.

⁶⁹ Paulo Nalin. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2001. p.114.

⁷⁰ Para Orlando Gomes, o contrato coativo é aquele realizado sem o pressuposto do livre consentimento das partes. Trata-se de uma ficção jurídica, uma vez que a lei empresta a este tipo contratual os seus elementos formadores, sejam eles, a declaração de vontade e a relação jurídica contratual. *Transformações no direito das obrigações*, p.19.

⁷¹ Paulo Nalin. *op.cit.*, p.114.

⁷² Sobre o tema, Carlos Alberto Bittar. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. p.54.

⁷³ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.22.

Os contratos massificados causaram uma ruptura no sistema contratual clássico de oferta e aceitação, em que o elemento volitivo era essencial e constituía, até mesmo, requisito legal para a constituição do negócio jurídico. Nos contratos coativos, a própria lei cria o vínculo jurídico contratual, o contrato existe sem que a vontade dos sujeitos tenham-se dirigido para tal fim. No segundo caso, como já exposto, em face da natureza do serviço prestado, existe uma situação de oferta permanente, não havendo a opção de não contratar e de escolha do parceiro contratual.⁷⁴

No entanto, nem sempre este método de contratação estandarizado é exteriorizado pela forma escrita, como nos contratos de adesão e condições gerais dos contratos, podendo concretizar-se por meio das denominadas condutas socialmente típicas, as relações contratuais de fato, obrigações que são derivadas do simples ‘contato social’. Conforme preleciona Mário Júlio de Almeida Costa:

(...) existem condutas geradoras de vínculos obrigacionais, fora da emissão de declarações de vontade que se dirijam à produção de tal efeito, antes derivadas de simples ofertas e aceitações de fato. Quer dizer, a utilização de bens e serviços massificados ocasiona algumas vezes comportamentos que, pelo seu significado social típico, produzem as conseqüências jurídicas de uma caracterizada atuação negociatória, mas que dela se distinguem. (...) Entende-se que o significado jurídico destes processos não resulta, propriamente, da vontade negocial dos participantes, mas da sua valoração no tráfico, por serem condutas socialmente típicas.

Decorre da doutrina exposta que a autonomia privada se realiza através de duas formas típicas: uma delas é o negócio jurídico, designadamente o contrato – no qual a aparência de vontade e as expectativas criadas podem ceder, diante da falta de consciência de declaração ou incapacidade do declarante; a outra reporta-se às relações contratuais fáticas – em que a irrelevância do erro na declaração e das incapacidades se justifica por exigências de segurança, de celeridade e demais condicionantes do tráfico jurídico.⁷⁵

⁷⁴ Como relata Paulo Nalin, *Do contrato...*, p.118, “é um duro golpe na moldura clássica do contrato, uma vez que se esvazia o papel da vontade, enquanto elemento nuclear, para ceder lugar a comportamentos automáticos e socialmente típicos que ocupam o posto da manifestação volitiva”.

⁷⁵ *Estudos de direito civil brasileiro e português*. I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, Aspectos Modernos do Direito das Obrigações, p.82-83.

A jurisprudência já reconheceu a responsabilização advinda de relações contratuais de fato, citem-se, como exemplo, os casos de ação indenizatória por furto ocorrido em estabelecimentos comerciais, como em supermercados, agências bancárias, estabelecimentos de ensino, entre outros. O dever de indenizar decorre da ofensa ao dever de guarda e vigilância destes estabelecimentos, decorrentes, como se verá adiante, da incidência do princípio da boa-fé objetiva. A propósito, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, AgRg nº 47901/SP, DJ de 31.10.94, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, assim ementado:

Responsabilidade civil. Estacionamento. Relação contratual de fato. Dever de proteção derivado da boa-fé. Furto de veículo. O estabelecimento bancário que põe à disposição de seus clientes uma área para estacionamento dos veículos, assume o dever, derivado do princípio da boa-fé objetiva, de proteger os bens e a pessoa do usuário. O vínculo tem sua fonte na relação contratual de fato assim estabelecida, que serve de fundamento à responsabilidade civil pelo dano decorrente do descumprimento do dever. Agravo Improvido.

Nos dias atuais, uma vasta amplitude de relações contratuais é regida por contratos previamente impressos e cujo conteúdo é pré-estipulado por apenas uma das partes contratantes,⁷⁶ o que implica dizer que, praticamente, extingui-se a fase de negociações preliminares, restringindo-se às declarações de vontade a possibilidade de aderência em bloco, ou não, de condições preestabelecidas, sendo que, quase imperiosamente, há a superioridade socioeconômica-cultural da parte estipulante, fazendo prevalecer a sua vontade segundo os ditames de seus interesses. Aceita-se ou não aceita-se, em caso positivo, há a contratação, e a isso limita-se a manifestação de vontade do contratante. Piora a situação, quando o objeto contratado relaciona-se com produtos ou serviços essenciais à própria subsistência, não existindo a opção de recusa.

Percebe-se, então, cada vez mais mitigada a manifestação da vontade do contratante, ou de pelo menos um deles, na estipulação do conteúdo do contrato, não havendo a garantia de liberdade contratual, antes tão festejada. Assim, não é mais admissível pelo ordenamento jurídico a presunção de igualdade, mesmo que formal, dos sujeitos no momento da celebração do negócio.

⁷⁶ Ana Emília de Oliveira Prado. *Disposições gerais no CDC*. p.27, cita que, “segundo estimativa de W. D. Slawson, em artigo publicado na *Harvard Law Review*, os contratos de adesão, ou *standart*, com cláusulas gerais, representariam, atualmente, mais de 99% de todos os contratos que se concluem”.

A excessiva proteção ao princípio da autonomia da vontade permitiu que, durante décadas, ocorressem os mais diversos tipos de abusos em desfavor do contratante mais fraco, o agora consumidor ou usuário, o hipossuficiente e ou vulnerável que, com o passar do tempo, perdeu o seu poder de disposição na constituição do contrato, subordinando-se à vontade da outra parte, a cláusulas abusivas e demasiadamente onerosas, por vezes emanadas pelo próprio poder público, sem sequer poder pedir a sua revisão judicial em face do princípio da força obrigatória dos pactos.

No entanto, no que concerne à revisão judicial dos contratos, salvo excepcionálísimas situações já consagradas em nosso ordenamento civil ou consolidadas pela doutrina e jurisprudência, como os vícios de consentimento, caso fortuito e força maior, aplicação da teoria da imprevisão e, mais recentemente, a onerosidade excessiva, positivada no Código de Defesa do Consumidor, sente-se sensível evolução jurisprudencial para, também, permitir-se a revisão nos casos em que tenha havido: a quebra da base objetiva do negócio jurídico e o adimplemento substancial, relativizando o *pacta sunt servanda*, e, portanto, a intangibilidade da palavra dada.⁷⁷

Ainda sobre aos princípios informadores do direito das obrigações, no que pertine ao princípio da relatividade dos pactos, o Código Civil Brasileiro prevê apenas a dubiedade de sujeitos nas relações contratuais, credor e devedor. Entretanto, o que prevalece hodiernamente são as relações plúrimas, envolvendo toda uma cadeia de fornecedores e consumidores diretos, indiretos ou equiparados, objetivando-se proteger não apenas os indivíduos isoladamente considerados, mas, principalmente, a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁷⁸

Disso tudo resulta a crise na concepção clássica do contrato. O ordenamento vigente, após todo o desenvolvimento técnico e científico, não é mais capaz de dar as respostas de que a sociedade necessita, situações não previstas pelo legislador são agora preponderantes, gerando estado de desconfiança e de insegurança jurídica.

⁷⁷ Sobre a quebra positiva do contrato, confira A quebra positiva do contrato, por Vera Maria Jacob de Fradera, *Revista Ajuris*, n. 44, p.144, nov. 1998. e, com o mesmo título, Ubirajara Mach de Oliveira, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 25, p.39-56, 1998. Relativamente ao adimplemento substancial, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

⁷⁸ A Carta Magna de 88 prevê, expressamente, em seu art. 129, III, a possibilidade de ações civis públicas para a proteção dos interesses difusos e coletivos. A Lei 8.078/90, art. 81, também, prevê a defesa judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores.

4 ESTADO INTERVENTOR

(...) O desmentindo a idéia de que assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.⁷⁹

Ante as desigualdades surgidas sob o fundamento do individualismo jurídico, sentiu-se a necessidade de maior ingerência estatal nas relações privadas a fim de conferir-lhes equilíbrio. O Estado, então, passou a atuar ativamente na regulamentação de certas relações contratuais, estabelecendo-lhes regras e impondo-lhes limites à vontade dos contratantes. Esta transformação está, também, intrinsecamente ligada aos postulados políticos, econômicos e sociais da época, a mudança de Estado Liberal e a busca de um Estado Social.⁸⁰

Este disciplinamento deu-se, inicialmente, com o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana nas constituições e nos tratados internacionais, direitos inalienáveis, como o direito à vida e à liberdade, sendo que qualquer contrato que estipulasse ou restringi-se um desses direitos seria eivado de nulidade. Como assevera Clóvis do Couto e Silva, “a ingerência do Estado efetuava-se no sentido da igualdade, no do nivelamento, no da generalização dos princípios políticos decorrentes da inserção do *Bill of Rights* nas cartas constitucionais”.⁸¹

A ingerência estatal em relações eminentemente de cunho privatístico se deu em razão do interesse social que estas propiciavam, impondo restrições ao princípio da autonomia privada. Esta atuação ocorreu por meio de normas cogentes, inderrogáveis pela vontade das partes, com intuito de proteger a parte mais fraca na relação contratual, limitando o conteúdo do contrato, criando objetos não-passíveis de contratação, e acaso contratados eivados de nulidade, editando regras proibitivas ou por vezes concessivas de benefícios até então não-regulamentados. É o chamado dirigismo contratual.⁸²

Conforme as lições de Carlos Alberto Bittar,

(...) sob a intervenção do Estado na economia, foram sendo editadas normas delimitadoras da vontade em vários setores, verificando-se a ampliação do conceito de ordem pública (inclusão de noções de cunho econômico, ao lado das de moral e de bons costumes), e a sucessiva edição de leis reguladores de matérias de cunho privado, formando legislação especial inibidora da vontade particular.⁸³

⁷⁹ Cláudia Lima Marques, *Contratos...*, p.84.

⁸⁰ *idem*, p.102.

⁸¹ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.23.

⁸² Confira Carlos Alberto Bittar. *op.cit.*, p.46-47.

⁸³ *idem*, p.8.

Exemplos de dirigismo contratual são as normas referentes à legislação trabalhista, à Lei da Usura, à Lei do Inquilinato, à Lei de Direitos Autorais, as leis que regem os direitos de vizinhança e dos condomínios em edificações, do parcelamento irregular do solo, o Estatuto da Terra, entre outros.

É esse mesmo dirigismo que, após a Constituição de 1988,⁸⁴ fará nascer o Código de Defesa do Consumidor, instrumento necessário à proteção dos considerados, na linguagem utilizada pelo Código, hipossuficientes, reconhecendo-se a sua vulnerabilidade e reduzida capacidade de negociação.

O constituinte proclamou expressamente a necessidade de harmonização entre a defesa dos interesses econômicos e a proteção do consumidor, a proteção à livre iniciativa e à ordem econômica, porém obedecidos certos parâmetros, de forma que este desenvolvimento propicie a existência de uma sociedade digna, igualitária e, principalmente, justa.⁸⁵

O Estado interventor objetiva a proteção do poder de regulamentação da parte mais fraca na relação contratual, como ensina Cláudia Lima Marques, a vontade racional negocial,⁸⁶ visando à comutatividade e ao equilíbrio das prestações; é a busca da chamada justiça contratual, da função social do contrato.

No entanto, severas críticas resistem no fato da ingerência estatal no campo de interesses eminentemente privatísticos, chegando alguns autores, até mesmo, a declarar o fim do contrato e o total declínio do princípio da autonomia da vontade. Todavia, não se pode duvidar que a vontade continua sendo a principal fonte geradora de obrigações, porém, dentro de limites legalmente preestabelecidos.⁸⁷ A vontade deixou de ser a fonte absoluta de criação de relações contratuais, sendo que muitas delas passam a existir em decorrência de disposições legislativas, e outras tiveram o seu conteúdo limitado ou pré-determinado. Assim, só é válido o contrato em que o ordenamento jurídico lhe

⁸⁴ BRASIL, *CF*. Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor”.

⁸⁵ BRASIL. *CF*, arts. 3. e 170.

⁸⁶ “Renascimento da autonomia da vontade protegida. (...) Garantir uma autonomia real da vontade do contratante mais fraco, uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, é o objetivo”. *Contratos...*, p.96.

⁸⁷ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.121.

reconhece a possibilidade de produção de efeitos.⁸⁸ Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da regulamentação legal do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresariais; a regulamentação do meios de produção e distribuição e, sobretudo, a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele.⁸⁹

Com este novo modelo de interpretação dos contratos, reconhece-se que os princípios da autonomia privada e da obrigatoriedade não são absolutos e ilimitados, sendo que suas disposições devem estar de acordo com os princípios da supremacia da ordem pública e dos bons costumes, da equidade e da boa-fé. Na realidade há a ampliação do conceito de ordem pública, antes consubstanciado basicamente na moral, para a inclusão de elementos de cunho econômico e social.⁹⁰

É claro que deve haver respeito pela autonomia privada, tutelando-se a confiança das partes na estabilidade dos contratos celebrados, porém esta estabilidade não pode prevalecer quando haja grave desequilíbrio entre direitos e obrigações dos contratantes. É assim que a Constituição de 1988 exige que a autonomia privada atenda aos ditames da justiça social, tendo na sua base a função social do contrato, cabendo ao Poder Judiciário a determinação do ponto em que a liberdade e justiça se equilibrem.⁹¹

⁸⁸ Sobre este tema, interessante ressaltar a assertiva feita por Orlando Gomes. *Contratos de Adesão...*, p.30, “a decadência do voluntarismo jurídico determinou, a princípio, a substituição do dogma da autonomia da vontade pelo conceito de autonomia privada. As duas não são sinônimas, significando a primeira a vontade real, ou psicológica, é a raiz ou a causa dos efeitos jurídicos. *Apud* Ferri. *L'autonomia privada*. p.3, “a partir do momento em que se passou a sustentar que a força da vontade deriva do direito objetivo e não da própria vontade, tornando-se indiscutível que todo efeito jurídico se reconduz à lei e só se produz na medida em que o autoriza, a noção de *Privat autonomie* se constitui no conceito básico do direito privado”.

⁸⁹ Caio Mário da Silva Pereira. *op.cit.*, p.18-20.

⁹⁰ Carlos Alberto Bittar. *op.cit.*, p.8.

⁹¹ Agathe Schmidt. *op.cit.*, p.149.

5 DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A Noção de contrato – já se escreveu – é noção indissolúvelmente ligada à de comutatividade ou equilíbrio entre as prestações, de onde vem, inclusive, uma das vertentes do critério aristotélico de justiça.⁹²

Como já exposto, pela teoria contratual clássica, o conceito de justiça contratual restringia-se à manutenção pelo intérprete do direito da livre contratação e da igualdade dos contratantes. *Qui dit contractuel dit juste*. Não se admitia a hipótese de alguém contratar contra os próprios interesses. Se o particular livremente optou pela contratação, não podia alegar a injustiça dela pois, naquele sentido, manifestou a sua vontade criando um vínculo intangível.

Todavia, em uma visão moderna, não se pode afirmar que o contrato seja formado por um vínculo indissolúvel, derivado da vontade livre e consciente dos contraentes. Seria muito simplista continuar a fazer este tipo de conotação, uma vez que, ao adotarmos um sistema fechado de normas jurídicas e um modelo lógico-subsuntivo de aplicação das leis, deixamos a parte do ordenamento jurídico codificado inúmeras situações, entre as já mencionadas, os contratos de adesão, as condições gerais dos contratos e as relações contratuais de fato que são, inclusive, prevalecentes no campo contratual e não encontram moldura no sistema tradicional.

O sistema fechado que teve a pretensão de prever todas as situações jurídicas existentes, não possibilitando a existência de lacunas legislativas, é hoje um sistema falho justamente por não se adequar à evolução ocorrida na sociedade, contribuindo sobremaneira para a crise do contrato. Conforme preleciona Enzo Roppo, “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”.⁹³ E continua Cláudia Lima Marques:

No novo conceito de contrato, a equidade e a justiça (*Vertragsgerechtigkeit*) veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável. É o que o Projeto do Código Civil denomina de ‘função social do contrato’, novo limite ao exercício da autonomia da vontade.⁹⁴

⁹² Humberto Theodoro Júnior. *op.cit.*, p.148. *Apud* Judith Martins Costa. *Teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual*. RT, 670/41.

⁹³ Enzo Ropo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p.24.

⁹⁴ Cláudia lima Marques, *Contratos...*, p.88.

Nesse novo contexto, o conceito de justiça social, antes associado apenas à liberdade dos indivíduos, está intimamente correlacionado com dois preceitos constitucionalmente protegidos: a proteção à livre iniciativa, porém, agora, dentro dos limites impostos pelos princípios da justiça e da solidariedade social, nos termos da Constituição, arts.1º c/c 3º.⁹⁵ Nesse sentido, acentua Paulo Nalin, “uma das possibilidades de apreciação da justiça social, no contexto do contrato, passa pela análise do valor da liberdade, a partir de uma dimensão da solidariedade”.⁹⁶

O contrato não pode mais ser considerado e interpretado como um elemento estanque da sociedade, de vontades individualmente consideradas, de livre circulação de mercadorias de serviços. E o objetivo do constituinte de 88 foi, justamente, a funcionalização do contrato, não apenas do ponto de vista econômico e sim, agregando a este o ponto de vista social.

O que seria, a princípio, até mesmo contraditório, o incentivo à livre iniciativa e às práticas mercantis e, em contrapartida, a proteção dos direitos dos econômica-socialmente e tecnicamente mais fracos é, nos tempos modernos, o cerne de todo o direito contratual. É a busca do razoável, do equilíbrio de forças aparentemente contrapostas a fim de que se possa alcançar os objetivos traçados pelo constituinte.

O direito dos contratos socializado redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente. A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento limitador do poder da vontade.⁹⁷

No âmbito do direito civil, estes ideais foram definitivamente consolidados com a vigência do atual Código Civil,⁹⁸ que em seu art. 421 disciplina que os contratos devem ser interpretados segundo a sua função social, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. E, no art. 422, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como na sua execução, os princípios de probidade e da boa-fé”.

Como ensina Ruy Rosado, ao tecer comentários ao então Projeto de novo Código Civil, “(...) o Projeto abandonou a posição individualista para afirmar que

⁹⁵ Veja Regis Fichtner Pereira. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Teoria e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. e Teresa Negreiros. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁹⁶ *op.cit.*, p.123.

⁹⁷ Cláudia Lima Marques, *Contratos...*, p.104.

⁹⁸ Lei n. 10.406 de 10 jan. 2002.

a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. E acrescenta,

(...)segundo o Projeto, deixa de existir o contratante, individualizadamente considerado como o centro de interesses da relação obrigacional, para surgirem os contratantes. O contrato tornar-se um instrumento que se realiza mediante a cooperação entre os homens que depende da colaboração conjunta dos que participam da avença.⁹⁹

O Código Civil/2002 traça diretrizes para o alcance dessa função social ao proclamar que as partes devem guardar entre si um comportamento probo e de boa-fé, e o faz com a utilização de cláusulas gerais, alargando o poder revisionista do juiz, uma vez que estas cláusulas tratam de conceitos abertos, possibilitando ao magistrado aplicar a solução mais adequada para aquele caso específico.¹⁰⁰

Assim, o conceito de justiça no contrato pós-moderno não está apenas ligado à livre manifestação de vontades das partes contratantes – autonomia da vontade, estando, sobretudo, atrelado ao seu interesse social – boa-fé objetiva, sendo que alguns doutrinadores chegam a afirmar que o que vincula não é mais o ato volitivo, e, sim, a proteção da boa-fé depositada no negócio jurídico.¹⁰¹ Sobre o tema, confira as lições de Fernando Noronha:

Por seu turno, o interesse primacial da questão do fundamento da vinculatividade do contrato consiste em mostrar que este não obriga propriamente porque tenha sido ‘querido’, porque fundamentalmente se deva dar relevância à vontade livre das partes (liberdade contratual), mas basicamente porque é necessário, do ponto de vista social, tutelar a confiança dos agentes econômicos e, com essa finalidade, do ponto de vista jurídico, garantir a segurança aos negócios celebrados. Como fato social, o negócio jurídico é instrumento fundamental de distribuição e de riqueza. Isto significa que o fundamento básico da vinculatividade não está na autonomia

⁹⁹ *As obrigações e os contratos*. Texto com base nas notas taquigráficas de conferência proferida no Congresso Internacional sobre o Projeto do Código Civil brasileiro, realizado em 30 abr. 1999, em Porto Alegre-RS. E fazendo menção à Giuseppe Gandolfi. Valori tradizionali e tendenze evolutive nel regime contrattuale italiano. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 48, p.1.155-1.178, 1994.

¹⁰⁰ Sobre o tema, confira Judith Martins-Costa. As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, n. 112, p.13-32. E da mesma autora, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000., ainda, O direito privado como ‘um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 35, n. 139, p.5-22, jul./set. 1998.

¹⁰¹ Neste sentido, Paulo Nalin. *Do Contrato...*, p.139.

da vontade mas no princípio de tutela da boa-fé – embora também aqui estejam presentes considerações ligadas à autonomia privada e à justiça contratual.¹⁰²

Sobre as relações contratuais prevalece novo paradigma, consubstanciado no princípio da boa-fé objetiva, regulamentando o comportamento das partes contratantes, tutelando a confiança e as justas expectativas, atuando como critério de interpretação e, até, possibilitando a modificação do conteúdo dos contratos pelo Poder Judiciário quando existirem cláusulas abusivas, algo impensável até bem pouco tempo.

PARTE II – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

CAPÍTULO 3 – UMA MUDANÇA DE PARADIGMA

6 A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO¹⁰³

Com a expressão ‘obrigação como processo’ tenciona-se a sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência.¹⁰⁴

A expressão processo deriva do latim *processus*, de *procedere*. “Exprime, propriamente, a ordem ou a seqüência das coisas, para que cada uma delas venha a seu devido tempo, dirigindo, assim, a evolução a ser seguida no procedimento, até que se cumpra a sua finalidade”.¹⁰⁵

O conceito de obrigação como processo implica o reconhecimento das diversas fases que compõem o vínculo contratual, porém não-desvinculadas entre si e todas coordenadas para uma finalidade comum que transcende ao próprio adimplemento e que se interliga, principalmente, com o benefício – utilidade que aquela relação contratual venha a proporcionar aos contratantes.¹⁰⁶

De acordo com a teoria tradicional, o contrato é essencialmente uma relação bipolarizada que se traduz pela constituição de um vínculo linear entre credor e devedor, sendo que “ao credor caberiam os créditos e os deveres não iriam além daqueles adstritos ao principal”,¹⁰⁷ o que implica dizer que o direito de um encontra-se contraposto ao dever do outro sujeito relacional – crédito *versus* débito,

¹⁰² Fernando Noronha. *O direito dos contratos*. 1994. p.82.

¹⁰³ Título extraído da obra com a mesma nomenclatura da lavra de Clóvis do Couto e Silva.

¹⁰⁴ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.10.

¹⁰⁵ *Vocabulário jurídico de Plácido e Silva*. 4.ed. São Paulo: Forense, 1996. p.456.

¹⁰⁶ Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado...*, p.385.

¹⁰⁷ Maria Cristina Cerezer Pezzela. *op.cit.*, p.213.

prestação *versus* contraprestação. Confundia-se a própria relação obrigacional com os deveres por ela englobados.¹⁰⁸

Nestas circunstâncias, considerava-se a relação obrigacional como um vínculo estático, na medida em que é constituído por um dar, fazer, ou deixar de fazer alguma coisa. Assim, exaurida a prestação principal, extingui-se o vínculo obrigacional, uma vez que este somente existe em razão daquele.¹⁰⁹

Hodiernamente, a moderna doutrina passou a enxergar a relação creditícia de forma globalizada, “a inovação que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como um ordem de cooperação, formadora de uma unidade, que não se esgota na soma dos elementos que a compõem”.¹¹⁰

Houve uma mudança do eixo do vínculo contratual que deixa de relacionar-se, especificamente, com as obrigações a serem prestadas, mas, principalmente, para a sua utilidade na sociedade, focalizando, primordialmente, a proteção dos interesses dos sujeitos contratantes. A tutela jurídica transmuda-se dos elementos constitutivos do contrato – consenso – vontade, voltando-se para os efeitos que este contrato venha a produzir, primando-se por novo conceito, o de utilidade social.¹¹¹

Este vínculo contratual globalizado reconhece que, além dos deveres principais, o contrato abrange inúmeras outras obrigações que podem ou não ter sido previstas e estipuladas pelas partes contratantes, mas que, todavia, a sua existência é inerente ao seu fiel adimplemento.¹¹²

Cite-se, como exemplo, o contrato de transporte, é ponto pacífico em nossos Tribunais que a responsabilidade do transportador não se exaure com o simples deslocamento de pessoas ou de coisas ao seu destino, sendo inerente ao contrato a proteção da saúde ou do patrimônio que é transportado, o estado de incolumidade do bem e a efetiva chegada do transporte ao seu destino.¹¹³

¹⁰⁸ Neste sentido, Ubirajara Mach de Oliveira. *op.cit.*, p.73., “de acordo com a orientação clássica, de fundo romanístico, a perspectiva da obrigação se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação”. Ainda, Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado...*, p.385.

¹⁰⁹ Judith Martins-Costa. *Incidência do princípio da boa-fé no período pré negocial...*, p.167 (nota n. 10).

¹¹⁰ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.8.

¹¹¹ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.126.

¹¹² Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.40. e Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *op.cit.*, p.247.

¹¹³ Neste sentido, entre outros, *TJDF, Apelação Cível, n. 43.253/96*, Desembargador Relator Edson Alfredo Smaniotto. Ementa: “Ação de Indenização. Acidente de veículo. Contrato de transporte. Culpa presumida. No contrato de transporte, porque a obrigação do transportador é de resultado – levar o passageiro, incólume, ao final da viagem – a culpa desse, em caso de acidente, é presumida, só se excluindo por caso fortuito, força maior ou culpa do passageiro. Apelo improvido”. Note-se que o dever de segurança passou a ser reconhecido com integrante do resultado e, portanto, do adimplemento do contrato de transporte.

Entender de maneira diversa implicaria dizer que a responsabilidade da transportadora estaria adstrita aos termos do pactuado se não houvesse a previsão de indenização, teoricamente, a empresa não poderia ser responsabilizada em face de um dano que por ventura venha a sofrer o bem durante o percurso. O contrato de transporte consistia na entrega do objeto ao seu local de destino, realizada a entrega, ou seja, cumprida a obrigação principal, considerava-se o adimplemento e, portanto, exaurido o vínculo obrigacional.

Entretanto, como dito anteriormente, o reconhecimento da complexidade da relação contratual e, conseqüentemente, destes deveres secundários, instrumentais, acessórios, geraram situações em que existente a responsabilidade contratual independentemente da existência de um contrato (*culpa in contrahendo*) ou mesmo a permanência do vínculo após o cumprimento da prestação principal (*culpa post fact finitum*). Nestes casos, dependendo da natureza do dever violado, pode-se dizer que houve um inadimplemento parcial ou até mesmo total da obrigação, ensejando o dever de indenizar. Conforme preleciona Clóvis do Couto e Silva, “a desatenção a esse *plus* torna o adimplemento insatisfatório ou imperfeito”.¹¹⁴

Diante dessa nova visão de vínculo contratual, o princípio da boa-fé objetiva assume importante função na concepção instrumental de obrigação, uma vez que é com base na boa-fé que se impõe o reconhecimento dos deveres acessórios à obrigação principal.¹¹⁵

Esse reconhecimento deriva do próprio conceito de boa-fé objetiva. Como visto, a boa-fé objetiva é norma de conduta, *standart*, modelo que deve ser observado pelas partes em todas as relações contratuais. Dever de cooperação, de agir com lealdade e honestidade, utilizando-se como parâmetros os deveres atinentes ao que os romanos consideravam *diligens pater familias*.¹¹⁶ É nos dizeres de Cláudia Lima Marques:

(...) uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou

¹¹⁴ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.40. e Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.110.

¹¹⁵ Veja Carlos Alberto Bittar. *op.cit.*, p.40., Clóvis V. do Couto e Silva. *op.cit.*, p.37., Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.107. e Judith Martins-Costa. *A boa-fé objetiva no direito privado...*, p.394.

¹¹⁶ Cláudia Lima Marques. *op.cit.*, p.106.

desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.¹¹⁷

Ainda, na linha dos ensinamentos da autora:

(...) liberar os contratantes de cumprir seus deveres gerais de conduta significaria afirmar que na relação contratual os indivíduos estão autorizados a agir com má-fé, a desrespeitar os direitos do parceiro contratual, a não agir lealmente, a abusar no exercício de seus direitos contratuais, a abusar de sua posição contratual preponderante (*Machposition*), autorizando a vantagem excessiva ou a lesão do parceiro contratual somente porque as partes firmaram um contrato, escolhendo-se mutuamente de maneira livre no mercado.¹¹⁸

O princípio da boa-fé objetiva faz renascer nos contratos os princípios da transparência e da confiança, da proteção às justas expectativas, da necessidade do real equilíbrio das prestações, da teoria da distribuição dos riscos, proibindo todas as cláusulas consideradas abusivas ou que se revelem em desvantagem excessiva para um dos contratantes.¹¹⁹

A boa-fé tem, portanto, uma atuação positiva, na medida em que estabelece deveres para ambos os agentes da relação contratual, como o dever de informação imposto ao fornecedor nas relações de consumo, ou atuando como uma obrigação negativa, quando coíbe a disposição de certas cláusulas ou quando determinar o dever de guardar sigilo sobre informações privilegiadas que tenham sido recebidas pelo contratante em face de relação obrigacional.¹²⁰

Neste sentido, afirma Clóvis do Couto e Silva,

(...) o princípio da boa-fé atua defensivamente e ativamente; defensivamente, impedindo o exercício das pretensões, o que é a espécie mais antiga, ou ativamente, criando deveres, podendo, inclusive, restringir o princípio de o cumprimento ser completo ou integral, permitindo outra solução.¹²¹

¹¹⁷ *idem*, p.107.

¹¹⁸ *idem*, p.108-109.

¹¹⁹ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.120., Judith Martins-Costa. *A crise e modificação na idéia de contrato no direito brasileiro*. p.142-143. e Luis Renato Ferreira da Silva. *op.cit.*, p.52.

¹²⁰ Sobre o tema veja Maria Cristina Cereser Pezella. *O princípio da boa-fé no direito privado alemão e brasileiro*. *op.cit.*, p.205.

¹²¹ Clóvis do Couto e Silva, *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português...*, p.68.

7 NOTÍCIA HISTÓRICA¹²²

A boa-fé tem valorada ou reduzida a sua importância conforme o contexto histórico em que esteja inserida, adquirindo, até, novos contornos significados. Por vezes, salienta-se mais o estado – seu aspecto subjetivo, em momentos como o de agora, o ordenamento jurídico volta-se ao princípio – a boa-fé objetiva. Assim, de forma resumida, trataremos da evolução do instituto da boa-fé em alguns dos ordenamentos jurídicos que maiores influências exerceram no direito brasileiro.

7.1 A BOA-FÉ NO DIREITO ROMANO

Conforme exposto no capítulo em que tratamos sobre o princípio da autonomia privada, os romanos projetavam o direito das obrigações interligando-o ao direito processual, sendo que o simples consenso entre as partes, salvo algumas exceções, não era capaz de tornar o vínculo obrigatório sendo necessária a *actio* que resguardasse os interesses do credor.

Os romanos, entre outras formas de classificação,¹²³ consideravam que os contratos podiam ser *stricti juris* e *bonae fidei*. Segundo preleciona Darci Bessone:

O conteúdo das convenções, nos contratos *stricti juris*, deveria ser deduzido da fórmula oral ou escrita de que derivasse a obrigação. Os poderes do juiz consistiam em apurar o que houvesse sido dito ou escrito pelas partes, sem se preocupar com as suas possíveis intenções. Nos contratos chamados de boa-fé, ao contrário, podia o juiz averiguar a intenção das partes, considerar as circunstâncias em que a convenção houvesse se formado e os usos do lugar.¹²⁴

Nos contratos *stricti juris* ao juiz cabia a análise dos elementos extrínsecos do contratos. Averiguava-se se o contrato havia sido constituído segundo as formalidades legais, uma vez que só assim poderia produzir os efeitos pretendidos pelas partes. Nos contratos *bonae fidei*, o magistrado poderia analisar o elemento volitivo dos sujeitos na contratação, considerando as circunstâncias do caso

¹²² Inicialmente, cumpre ressaltar que um dos maiores estudos sobre as raízes do princípio da boa-fé objetiva foram realizados por Menezes Cordeiro, em sua obra *A boa-fé no código civil*, servindo de referência para os demais autores que trataram sobre o assunto. Cabe ainda salientar que foi utilizado neste trabalho, quanto às origens da boa-fé, a sistemática adotada por Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado*.

¹²³ Segundo preleciona Darci Bessone, *op.cit.*, p.93., “Justiniano atribui ao jurisconsulto Gaio a classificação dos contratos, no Direito romano clássico, em *verbis, litteris, re e consensus*”.

¹²⁴ Bessone. *op.cit.*, p.95.

concreto, os usos de tráfico do lugar, para determinar exatamente os termos do pacto.¹²⁵

Nesse tipo de ação, conforme Clóvis do Couto e Silva, “o arbítrio do *iudex* ampliava-se ensejando a recepção de princípios gerais que davam origem a vínculos jurídicos e serviam de medida às pretensões”.¹²⁶ No mesmo sentido, Judith Martins-Costa salienta que

(...) o que é importante aí sublinhar é que, pela fórmula, era conferido ao juiz um especial mandato ou poder para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas. (...) que vincula a *fides bona* ao papel de fonte de criação de deveres de cumprimento, também acena a esta acepção da boa-fé o papel de fonte de exigibilidade judicial de deveres”.¹²⁷

Considerava-se, para tanto, a boa-fé objetiva com a análise dos deveres concretos de conduta que deviam existir entre as partes contratantes, em determinada situação, segundo os usos e os costumes do lugar. Nas ações de boa-fé não se perquiria o estado psíquico do agente na formalização do contrato.

Na transmutação do formalismo para o consensualismo, um imperialismo do desenvolvimento comercial, a boa-fé no direito romano assume papel primordial, na medida em que passará a corresponder a uma maior segurança na formação das relações jurídicas. Essa segurança encontra-se consubstanciada no conceito objetivo da *fides bona*, na necessidade de atuação com correção, lealdade, segundo os costumes do tráfico. Cuidava-se, portanto, de um conceito ético que visava a impedir comportamentos desleais, em garantia da proteção da confiança nos negócios celebrados.¹²⁸

Entretanto, o Direito Romano não desconhecia a boa-fé subjetiva, utilizada, principalmente, em matéria de usucapião. Havia, portanto, uma bipartição do instituto, qual seja, boa-fé subjetiva, estado de consciência do sujeito da obrigação, e boa-fé objetiva, princípio geral que se dirigia ao magistrado para a realização da justiça concreta, ainda mais no que se relaciona com o direito das obrigações.¹²⁹

¹²⁵ *idem, ibidem.*

¹²⁶ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.28.

¹²⁷ *A boa-fé no direito privado*, p.122, abordando, ainda, os estudos realizados por Krüger. *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, citados por Menezes Cordeiro. *op.cit.*, p.90.

¹²⁸ Flávio Alves Martins. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.34-37.

¹²⁹ *idem*, p.39.

7.2 A BOA-FÉ NO DIREITO CANÔNICO

Sob a forte influência do cristianismo, na era Medieval, é dada nova conotação ao princípio da boa-fé. Nesta época, havia sido declarada a ‘santidade dos pactos’, assim, a boa-fé passa a ser encarada como a ausência de pecado, boa-fé como conceito contrário à má-fé.¹³⁰

Essa nova roupagem, no direito obrigacional, será refletida na garantia do fiel cumprimento do pactuado. A boa-fé no direito canônico perde o caráter objetivo de criação e faz prevalecer o estado de consciência dos sujeitos, a ausência de pecado no momento da contratação, o seu aspecto subjetivo. São inseridos elementos de cunho moral e religioso na exatidão do cumprimento contratual. Neste sentido, Judith Martins-Costa:

Se considerado que quem promete deve cumprir a palavra dada, sob pena de incorrer em pecado, a regra, de preceito moral, se faz jurídica: pode-se, pois, admitir que o simples acordo obriga que todo formalismo é supérfluo. (...) Agir em boa-fé, no âmbito obrigacional, significa, pois, respeitar o fielmente pactuado, cumprir punctualmente a palavra dada, sob pena de agir em má-fé, *rectius*, em pecado.¹³¹

E conclui:

A boa-fé abandona a dualidade que a caracterizara no direito romano entre boa-fé garantia e boa-fé ignorância excusável, atuando, respectivamente, no direito obrigacional e no direito possessório. A construção da unitariedade e o papel de ‘princípio geral de direito’ que lhe foi atribuído compadeciam-se com as exigências do Estado absoluto, o qual, aspirando soterrar o pluralismo medieval e suprimir a diversidade de costumes e de leis, tende a seguir, sob a égide de um desenho concentrador, um sistema homogêneo, tanto no âmbito público como nas relações entre os privados.¹³²

No direito canônico a boa-fé assume o *status* de princípio geral de direito,¹³³ caracterizando-se, principalmente, por seu aspecto subjetivo, sendo sob este prisma que ganha relevo e é inserta no nosso Código Civil, retratado, essencialmente, no campo do direito possessório.

¹³⁰ Veja Judith Martins Costa. *op.cit.*, p.129. e Ubirajara Mach de Oliveira. *op.cit.*, p.58.

¹³¹ Judith Martins-Costa. *op.cit.*, p.130.

¹³² Judith Martins-Costa, *op.cit.*, p.133.

¹³³ *idem, ibidem.*

7.3 A BOA-FÉ NO DIREITO GERMÂNICO

Em contrapartida ao Estado Liberal, surge na Alemanha a concepção de Estado Social, sendo esta a razão que levou o Direito germânico ao aprofundamento dos estudos sobre a boa-fé para considerá-la tal qual como a conhecemos hoje.

Historicamente, dizia-se que a boa-fé estaria ligada aos juramentos de lealdade e fidelidade realizados pelos cavaleiros medievais, ou seja, visando à garantia do preciso cumprimento da palavra dada, vinculado, intrinsecamente, não apenas à honra e à moral do sujeito, mas, acima de tudo, à segurança da coletividade, “uma vez que a atitude cortês, sempre implica uma reciprocidade de deveres”.¹³⁴

Assim como no direito romano, também havia na Alemanha a bipolarização da boa-fé, o que se pode averiguar pela utilização de expressões distintas para designar as duas espécies de boa-fé, apesar de seu uso, muitas vezes, indiscriminado:¹³⁵

Treu und Glauben – boa-fé objetiva

Guter Glauben – boa-fé subjetiva

Para Ubirajara Mach de Oliveira,

(...) *treue* tanto significava firmeza, comportamento autêntico de alguém em consequência de um contrato concluído, como o próprio contrato em si. (...) por sua vez, *glauben* foi utilizado para traduzir a *fides* latina no sentido cristão de fé. Comportava, também, o sentido de confiança e de crença”.¹³⁶

A boa-fé germânica consubstanciava-se, então, sobre dois pilares fundamentais: a) no cumprimento da avença; b) na lealdade do contrato. Traduzia-se em um reforço ao vínculo contratual, fonte de normas de conduta e alicerce jurisprudencial na interpretação dos negócios jurídicos, porém, respeitando-se sempre as necessidades do outro contratante.¹³⁷ Sobre o tema, oportuno salientar as lições de Ubirajara Mach de Oliveira:

Esta perspectiva é de fundamental importância para a compreensão da boa-fé objetiva em matéria obrigacional, uma vez que é daí que surge a adstrição ao comportamento, segundo a boa-fé, como regra de comportamento social, necessário ao estabelecimento da confiança

¹³⁴ Martins-Costa. *op.cit.*, p.126.

¹³⁵ Ubirajara Mach de Oliveira. *op.cit.*, p.59.

¹³⁶ *idem, ibidem.*

¹³⁷ *idem, ibidem.*

geral, induzida ao *alter* ou a coletividade pelo comportamento do que jura por honra. Do substrato cultural geral a fórmula adquirirá, no específico campo das relações comerciais, o conteúdo de cumprimento exato dos deveres assumidos, vale dizer, a obrigação de cumprir exatamente os deveres do contrato e a necessidade de se ter em conta, no exercício dos direitos, os interesses da contraparte.¹³⁸

Todos estas idéias foram consolidadas pela jurisprudência alemã, sendo, por seguinte, codificadas no BGB, que se refere à boa-fé em diversas ocasiões, sendo imprescindível ressaltar os § 157, no que concerne à interpretação segundo a boa-fé, e o § 242, que trata da cláusula geral da boa-fé.¹³⁹

BGB, § 157: “*Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico*” (Os contratos serão interpretados como exigem a fidelidade e a boa-fé em atenção aos usos de tráfico).¹⁴⁰

BGB, § 242: “*El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos de tráfico*” (O devedor está obrigado a efetuar a prestação com exigem a fidelidade e a boa-fé em atenção aos usos de tráfico).¹⁴¹

Cumprir ressaltar que, apesar do § 242 tratar apenas das obrigações do devedor, o princípio da boa-fé objetiva é bilateral, portanto existe para resguardar as relações obrigacionais, a proteção à confiança, o dever de cooperação que deve existir entre credor e devedor, o que implica dizer que o credor tem direito de invocar tal princípio para resguardar seus direitos, cabendo ao devedor, em caso de recusa injusta de recebimento da prestação pelo credor ou caso este venha obstaculizar o adimplemento da obrigação, suscitar a boa-fé objetiva.¹⁴²

¹³⁸ Judith Martins-Costa. *op.cit.*, p.126. *Apud* Menezes Cordeiro. *Da Boa-fé...*, p.171.

¹³⁹ Maria Cristina Cereser Pezella. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor* n. 23-24, p.201. Artigos extraídos de: Enneccerus, Kipp e Wolf. *Tratado de derecho civil*. Apêndice. Barcelona: Bosh, 1955. Tradução direta do alemão Carlos Melon Infante. Tradução para o português da autora. Cumprir ainda salienta o § 320, aplicável em casos de cumprimento parcial, o que pode ser utilizado pela nossa jurisprudência nas hipóteses de adimplemento substancial.

¹⁴⁰ *idem*, p.204.

¹⁴¹ *idem*, p.203.

¹⁴² *idem*, p.205.

8 O SISTEMA ADOTADO PELO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 1916, espelhado na concepção individualista do *Code*, não consolidou preceito que se dispusesse sobre o princípio da boa-fé objetiva, sendo que, mesmo o Código Civil Francês, em seu art. 1.135, já possuía disposição legislativa sobre a aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual.

Código Civil Francês, art. 1.135. “*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à obligation d'après sa nature*” (As convenções obrigam não somente ao que está expresso, mas ainda todas as conseqüências que a equidade, o uso ou a lei dão à obrigação, conforme sua natureza).¹⁴³

Também são exemplos de codificação do princípio da boa-fé objetiva, além dos já mencionados Código Civil Francês e Alemão, o Código Civil de Portugal, 1986, art. 227: “Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares, como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte; art. 334: “É legítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”; art. 762, 2: “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”.¹⁴⁴

O Código Civil da Espanha, art. 7º, I: “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”¹⁴⁵. “Os direitos deverão exercitar-se conforme as exigências da boa-fé”.¹⁴⁶ Art. 1.258: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y la ley*”.¹⁴⁷

E Código Civil da Itália, art. 1.337: “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”¹⁴⁸ (As partes no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato,

¹⁴³ Maria Cristina Cereser Pezella. *op.cit.*, p.201. (Tradução livre da autora).

¹⁴⁴ Ruy Rosado de Aguiar Jr. *op.cit.*, p.240.

¹⁴⁵ Regis Fichtner Pereira. *op.cit.*, p.61.

¹⁴⁶ Ruy Rosado de Aguiar Jr. *op.cit.*, p.240.

¹⁴⁷ Regis Fichtner Pereira. *op.cit.*, p.61.

¹⁴⁸ *idem, ibidem.*

devem comportar-se segundo a boa-fé).¹⁴⁹ Art. 1.375: “*Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede*”.¹⁵⁰

Entre nós, antes do Código de Defesa do Consumidor, apenas o Código Comercial, de 1850, em seu art. 130, I, dispunha: “sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das sobreditas será regulada sobre as seguintes bases: I – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

Sobre a quase total ausência de previsão legislativa do princípio da boa-fé objetiva em nosso *corpus* legislativo, Ruy Rosado de Aguiar Jr. preceitua: “basta dizer que o Código Comercial de 1850 já continha regra sobre a boa-fé, que permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais”.¹⁵¹

Com a vigência do novo Código Civil, art. 422, o princípio da boa-fé objetiva passa a disciplinar, expressamente, o comportamento dos indivíduos em todas as suas relações contratuais.

De qualquer sorte, não se pode dizer que o princípio, antes do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil, inexistisse no ordenamento vigente, conforme ressalta Clóvis do Couto e Silva, “entre nós sempre prosperou a admissão do princípio com alcance geral, apesar de não lhe dedicar o Código artigo determinado”.¹⁵² E continua o autor:

No Direito Brasileiro poder-se-ia afirmar que, se não existe dispositivo legislativo que o consagre, não vigora o princípio da boa-fé no Direito das Obrigações. Observe-se contudo ser o aludido princípio considerado fundamental, ou essencial, cuja presença independe de sua recepção legislativa. (...) Quando um código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o da boa-fé, para que seja enunciado com extensão que se pretende, ocorre ainda assim a sua aplicação, por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõem ainda quando falte disposição legislativa expressa.¹⁵³

¹⁴⁹ Ruy Rosado de Aguiar Jr. *op.cit.*, p.240.

¹⁵⁰ Regis Fichtner Pereira. *op.cit.*, p.61.

¹⁵¹ A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor* n. 14, p.20, 1995.

¹⁵² Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.32.

¹⁵³ *idem*. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*, p.61-62.

Assim, o princípio da boa-fé objetiva estaria consolidado entre os princípios gerais de direito, previstos no artigo 4º da Lei de Introdução, permitindo ao juiz ao buscar o fim social da norma, utilizar-se ora como forma de interpretação ora como forma de integração do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual.

8.1 O PRINCÍPIO E A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ

Princípios jurídicos são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica existente ou possível, não constituindo por si mesmos, regras susceptíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em regras jurídicas, por via de interpretação.¹⁵⁴

A boa-fé objetiva é princípio norteador de todo o ordenamento jurídico,¹⁵⁵ encontrando-se em todos os momentos da relação contratual, e mesmo nas fases pré-contratual e pós-contratual.¹⁵⁶ O princípio da boa-fé objetiva é o princípio diretor das condutas sociais, fundadas na confiança, lealdade e retidão.

O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora, em que o juiz exerce atividade similar a do pretor romano, criando o Direito do caso.¹⁵⁷

O modelo trazido pelo princípio da boa-fé não encontra moldura no atual sistema codificado, isto porque a aplicação do princípio exige mais do que o simples raciocínio matemático, lógico-subsuntivo por parte dos magistrados para aplicação da norma ao caso concreto. Mais uma vez, fazendo referência a Clóvis do Couto e Silva, “a boa-fé é um conceito dinâmico”, o que implica dizer que o princípio só se materializa e ganha substância em face da concretude do fato, necessitando, desta forma, de uma maior abertura e mobilidade do sistema de maneira a permitir a atuação judicial.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Judith Martins-Costa. Cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 122, p.19, 1991. *Apud* Karl Larenz. *Metodologia da ciência do direito*. 1969. p.166.

¹⁵⁵ Luís Renato Ferreira da Silva. *op.cit.*, p.52. e Ruy Rosado de Aguiar Jr. *op.cit.*, p.238.

¹⁵⁶ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.32. e Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado...*, p.428.

¹⁵⁷ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.53.

¹⁵⁸ Sobre o tema confira, Judith Martins Costa. *Cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico; O direito privado como um sistema em construção*: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro; e *A boa-fé e o direito privado*. Ainda, Clóvis do Couto e Silva. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. Ruy Rosado de Aguiar Jr. *Extinção dos contrato por incumprimento do devedor*.

Essa flexibilização poderá ser alcançada com a inclusão no *corpus* codificado das chamadas cláusulas gerais, como sugere Judith Martins-Costa, de cujo texto se colhe:

Todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para esta concreção porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, mas permitem a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. (...) Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *standing points*, ou pontos de apoio para a formação judicial da norma para no caso concreto.¹⁵⁹

O que implica dizer que, diferentemente, da técnica legislativa normalmente utilizada em que há uma previsão legal específica para cada fato, as cláusulas gerais servem para regular um número indeterminado de situações, sendo que o legislador apenas traça os parâmetros em que se dará a aplicação judicial no caso concreto.¹⁶⁰ Nos dizeres de Ruy Rosado, “a norma principal da boa-fé, expressa ou implícita na lei, é uma norma em branco (...)”.¹⁶¹

As cláusulas gerais, parafraseando Judith Martins-Costa, são verdadeiras janelas no sistema, permitindo ao intérprete do direito a inserção de elementos extrínsecos ou metajurídicos e, no caso da boa-fé, a concreção de princípios, cujo objetivo maior é o alcance da justiça substantiva, no ponto, em matéria de contratos.¹⁶² “A aplicação do princípio da boa-fé objetiva, tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo de ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’”.¹⁶³

A inserção desses elementos metajurídicos são sobremaneira úteis na medida em que os códigos por mais completos que pretendam ser não conseguem exaurir todas as situações jurídicas existentes. A abertura no sistema permite significativa

¹⁵⁹ Judith Martins-Costa. *Cláusulas Gerais...*, p.21

¹⁶⁰ Judith Martins-Costa. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, n. 112, p.15, out./dez. 1991. No mesmo sentido, Ruy Rosado, p.242.

¹⁶¹ *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, p.242.

¹⁶² *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. op.cit.*, p.22.

¹⁶³ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.42.

evolução no direito a fim de que se possa acompanhar todas as mudanças ocorridas na sociedade, com o reconhecimento de figuras jurídicas que, apesar de não reconhecidas pelo ordenamento, são essenciais à proteção, à segurança e à equidade das relações contratuais, citando, como exemplos, os casos do adimplemento substancial ou da quebra da base objetiva do negócio jurídico.¹⁶⁴

8.2 A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ NO PROJETO DO CÓDIGO CIVIL

O artigo 422 do novo do Código Civil dispõe que: “os contratantes devem guardar entre si, tanto na conclusão quanto na execução do contrato, condutas compatíveis com a probidade e a boa-fé”.

Trata-se da cláusula geral da boa-fé em matéria contratual. O magistrado, diante do caso concreto, das circunstâncias socioeconômico-culturais que envolvem as partes, dos usos e dos costumes comerciais da região, determinará qual a conduta social mais adequada para aquela situação específica, fato seguinte, verificará se a conduta praticada se coaduna com o princípio da boa-fé objetiva, para somente, então, “criar” a norma jurídica a ser aplicada. Segundo Judith Martins-Costa:

Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos não se admitindo um aplicação mecânica do *standart*, de tipo meramente subsuntivo, o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.¹⁶⁵

Existem, portanto, duas fases a serem consideradas pelo magistrado na aplicação do princípio da boa-fé objetiva. A primeira consiste em determinar qual a regra de conduta era a mais adequada a ser seguida pelas partes conforme as circunstâncias do caso e de acordo com a boa-fé, para num segundo momento confrontar o comportamento adotado e aquele que derivaria da utilização do princípio.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Judith Martins-Costa. *As cláusulas gerais como fator de mobilidade do sistema jurídico*, p.15- 21.

¹⁶⁵ Judith Martins-Costa. *O direito privado como um sistema em construção: cláusulas gerais no Projeto do Código Civil*, p.11.

¹⁶⁶ Neste sentido, Ruy Rosado de Aguiar Jr. *A boa-fé na relação de consumo; e Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*.

A boa-fé a que se refere o novo Código Civil é a boa-fé objetiva, norma de conduta, não podendo ser confundida com a boa-fé subjetiva, consagrada, principalmente, no direito possessório, que se refere a um estado de ignorância do sujeito, de consciência ou convicção de prática de um ato conforme o direito.¹⁶⁷

Segundo Ernesto Wayar:

(...) trata-se, a primeira, de um modelo de conduta social ou *standart* jurídico pelo qual cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta ao arquétipo do homem reto, isto é, daquele que obra com honestidade, lealdade, probidade. Não se cogita de uma aplicação mecânica ou rígida do modelo porquanto é o mesmo adotado como norma condicionada pelas circunstâncias concretas e objetivas do caso. A boa-fé subjetiva, ao contrário, é concebida como um estado de consciência que traduz um convencimento subjetivo, mas legítimo do sujeito, de estar agindo corretamente. O direito, então, valoriza a subjetividade, atendendo a um especial estado psicológico onde ressalta a convicção pessoal de agir sem estar lesionando nenhum interesse legítimo alheio.¹⁶⁸

Ainda, conforme Antônio Junqueira de Azevedo, ao distinguir a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva, observa que nesta última o que há é um estado psíquico de conhecimento ou desconhecimento, de intenção ou falta de intenção que serve para aquisição de direitos, e cita como exemplos as questões relacionadas à matéria de frutos e benfeitorias, de usucapião, de aquisição a *non domino*, credor putativo e casamento putativo.¹⁶⁹

8.3 A BOA-FÉ NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Apesar de alguma utilização pela jurisprudência do princípio da boa-fé objetiva no âmbito obrigacional, apenas com a vigência do Código de Defesa do Consumidor o princípio começa a ganhar efetividade.

O Código de Defesa do Consumidor nasceu da necessidade de proteção do vulnerável, em face de uma sociedade massificada, de relações contratuais

¹⁶⁷ Alberto do Amaral Jr. *A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo*. p.32.

¹⁶⁸ *Derecho Civil – Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 1990. tomo I. p.19. *Apud* Judith Martins-Costa. *Da incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial...*, p.168, Notas.

¹⁶⁹ Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito Comum. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, p.25.

despersonalizadas e padronizadas. Seu surgimento se deu, principalmente, por intermédio dos ideais de justiça social colacionados pelo Constituinte de 88.¹⁷⁰

O Código de Defesa do Consumidor cuida, especificamente, do princípio da boa-fé objetiva em duas situações; a primeira hipótese em seu artigo 4º, inciso III, ao regular a Política Nacional das Relações de Consumo, inseriu a boa-fé como forma de harmonização dos princípios constitucionais de defesa do consumidor e proteção à livre iniciativa (art. 170, CF), e em seu artigo 51, inciso IV, ao considerar abusiva toda disposição contratual contrária à boa-fé, considerando-a nula de pleno direito.

Entretanto, como afirma Cristiana Santos, em palestra cujo o tema era O princípio da boa-fé nas relações de consumo,¹⁷¹ “o Código de Defesa do Consumidor está permeado de boa-fé objetiva”. O que se pode constatar quando garante o direito à informação clara e suficientemente precisa, o direito à segurança e o resguardo à saúde dos consumidores, criando deveres anexos ou secundários que são provenientes do próprio contrato, garantindo o direito à qualidade quanto aos vícios dos produtos ou serviços colocados à disposição no mercado, à vedação de cláusulas abusivas ou excessivamente onerosas ou que traduzam em desvantagem exagerada nas relações de consumo, entre outros, elencados, principalmente, no art. 6º e no 51 do Código.

No mesmo sentido, Nelson Nery Jr., ao declarar que:

(...) não é demais lembrar que as relações de consumo são informadas pelo princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, *caput* e inc. III, CDC), de sorte que toda cláusula que infringir esse princípio é considerada, *ex lege*, como abusiva. (...) Há no sistema contratual do CDC, por conseguinte, a obrigatoriedade da adoção pelas partes de uma cláusula geral de boa-fé, que se reputa existente em todo e qualquer contrato que verse sobre relação de consumo, mesmo que não inserida expressamente nos instrumentos contratuais respectivos.¹⁷²

A boa-fé objetiva, positivada no ordenamento pátrio por intermédio do Código de Defesa do Consumidor, é o instrumento do qual o magistrado poderá utilizar-se para coibir os abusos de direito e as cláusulas consideradas abusivas, visando a uma maior equivalência entre prestações e contraprestações. Como leciona Ruy Rosado:

¹⁷⁰ Teresa Negreiros. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*.

¹⁷¹ Palestra ministrada no I Curso sobre contratos e responsabilidade civil no direito do consumidor, promovido pela Escola Superior de Advocacia – ESAF/DF, realizada no dia 25.04.2001.

¹⁷² *Comentários ao código brasileiro de defesa do consumidor realizados pelos autores do anteprojeto*. 1999. p.452.

Isto quer dizer que a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contrário ao do consumidor, ainda que a sacrifício deste, se o interesse social prevalecente assim o determinar.

(...) a solução recomendada pela boa-fé poderá não ser favorável ao consumidor. O que conforme o ensinamento de Rodotá: ‘a escolha deverá ser feita de modo a assegurar prevaleça o interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social.’¹⁷³

A cláusula geral da boa-fé permite ao juiz intervir no conteúdo do contrato e limitar a vontade das partes, a fim de que seus interesses se coadunem com os interesses da coletividade, pois, como visto, o contrato é um instrumento de circulação de riquezas e mobilidade social, não atingindo apenas os sujeitos que a ele integram, mas possuindo reflexos em toda a sociedade.

CAPÍTULO IV – AS FUNÇÕES DO PRINCÍPIO

O princípio da boa-fé objetiva, ao refletir um arquétipo de conduta, uma atuação conforme lealdade, honestidade e retidão, assume diferentes funções no desenvolvimento do vínculo contratual, possuindo, essencialmente, uma tríplex função.¹⁷⁴ É critério de interpretação e integração das disposições contratuais, orientando a solução judicial dos casos concretos;¹⁷⁵ é fonte de deveres laterais para ambos os contraentes, sendo, ainda, causa de limitação de direitos subjetivos, não podendo as partes disporem no contrato de cláusulas que não se coadunem com a boa-fé. Passaremos à análise de cada uma dessas funções detidamente.

9 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS

O princípio da boa-fé objetiva foi consagrado pela doutrina como cânone de interpretação e integração da vontade das partes, elemento capaz de suprimir as lacunas existentes caso o contrato seja submetido à revisão judicial, como ressalta Judith Martins-Costa, “(...) boa-fé como *Kanon* hábil ao preenchimento de lacunas,

¹⁷³ Ruy Rosado de Aguiar Jr. *A boa-fé nas relações de consumo*. p.22., e por último fazendo citação à S. Rodotá. *La buona fede*. Standart, Alpa, Bessone.

¹⁷⁴ A despeito daqueles autores que enxergam na boa-fé, primordialmente, duas funções, tais como Cláudia Lima Marques, *Contratos...*, p.106.

¹⁷⁵ Judith Martins-Costa. *A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial*. p.145.

uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes”.¹⁷⁶

A boa-fé como fonte interpretativa alcança além da simples busca da real intenção das partes no momento da constituição do negócio jurídico, critério puramente de hermenêutica jurídica, isso porque a boa-fé coexiste não apenas na formação do vínculo, mas em todas as fases subsequentes da relação contratual.¹⁷⁷

Ademais, a amplitude de seu conteúdo não se restringe ao elemento volitivo das partes, voltando-se, principalmente, ao seu comportamento em face do co-contratante (comportamento refletido), e ao desenvolvimento do contrato na sociedade (função social). Nesse sentido, a boa-fé atua limitando direitos subjetivos das partes, podendo, até, criar deveres que não derivam de disposição contratual alguma.¹⁷⁸

Compara-se, então, nestes casos, o juiz ao verdadeiro pretor romano, sendo que sua função ultrapassa a simples averiguação da real intenção das partes, pois, na hipótese de não haver suporte legislativo, deve, ao integrar a norma contratual, investigar as circunstâncias que envolvem aquele contrato, fazendo análise em conjunto de todas as demais disposições contratuais, contrapondo as declarações das partes e os usos do tráfico jurídico para só então determinar qual o comportamento que deveria ter sido adotado pelos contraentes. A atuação do magistrado na supressão de lacunas contratuais será mais bem analisada no tópico referente às cláusulas abusivas.¹⁷⁹

¹⁷⁶ *A boa-fé no direito privado*. p.428.

¹⁷⁷ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.33-34. e Judith Martins-Costa. *O direito privado como um sistema em construção*. p.11.

¹⁷⁸ Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior entende que “a boa-fé é critério que se usa na exegese dos contratos para desvendar a verdadeira intenção dos contratantes e para encontrar o sentido das cláusulas negociais que mais se afine àquela intenção. Não é, porém, veículo de reforma ou revisão de cláusulas legítimas e claras livremente criadas e ajustadas entre as partes. Na verdade, a boa-fé funciona como meio de interpretar a vontade contratual, nunca como fonte de criar vínculo obrigacional novo ou de modificar vínculo anteriormente estabelecido sem vício ou defeito de espécie alguma”. E acrescenta, “a boa-fé, como instrumento de interpretação da vontade e intenção das partes, não pode, evidentemente, passar por cima do princípio maior do direito das obrigações, que é, sem dúvida, o da força obrigatória dos contratos. Somente a contradição entre a vontade declarada e a verdadeira intenção das partes é que pode autorizar o afastamento da expressão literal das cláusulas do contrato. *O contrato e seus princípios*, p.95.

¹⁷⁹ Confira-se, em especial, Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado, sistema e tópica no processo obrigacional*. Clóvis do Couto e Silva. *A obrigação como processo*. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção do Contrato por incumprimento do devedor*.

10 A BOA-FÉ COMO FONTE DE CRIAÇÃO DE DEVERES ACESSÓRIOS

Começa a reconhecer-se no princípio da boa-fé uma fonte autônoma de direitos e obrigações; transforma-se a relação obrigacional manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos, necessários ao correto adimplemento.¹⁸⁰

Toda relação jurídica contratual é constituída por deveres ditos principais porque estipulados pelas partes para a consecução de seus interesses, sendo elemento essencial à composição do contrato, coexistindo com estes os chamados deveres acessórios, que atuam, em regra, de forma a auxiliar a realização da prestação primária, tanto podendo ser previstos contratualmente, quanto podem existir em decorrência do princípio da boa-fé objetiva. Assim, Clóvis do Couto e Silva:¹⁸¹

A prestação principal do negócio é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou da declaração de vontade juridicizada. Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados aos deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo via autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal.¹⁸²

Ainda sobre o tema, Antônio Junqueira de Azevedo, em sede de direito comparado, “ou seja, o contrato não produz somente os efeitos de forma convencional entre as partes, mas igualmente aqueles que, segundo a natureza do contrato, decorrem das exigências da razão e da equidade. Razão e equidade é a maneira como o Código Civil holandês se refere à boa-fé”.¹⁸³

Os deveres derivados da boa-fé objetiva impõem regras de comportamento às partes contratantes, segundo padrões médios de conduta, visando a resguardar os interesses do co-contratante,¹⁸⁴ principalmente, nos contratos que se estendem no tempo, de execução continuada.

¹⁸⁰ Clóvis do Couto e Silva. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*, p.47.

¹⁸¹ *idem*, p.36-37

¹⁸² *idem*, p.47.

¹⁸³ O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, n. 09, p.43.

¹⁸⁴ Veja Carlos Alberto Bittar. *op.cit.*, p.136.

Neste sentido, as ações de armazenamento e embalagem de produtos, o dever de aviso e notificação, o dever do locatário ante a coisa locada, o do prestador de serviços em relação ao patrimônio do contratante, do transportador quanto às coisas transportadas, o dever de guardar sigilo das conversações, entre outros.¹⁸⁵

O Código de Defesa do Consumidor, para facilitar o reconhecimento e a aplicação desses deveres anexos pela jurisprudência, positivou alguns dos mais importantes em seu corpo normativo. Entretanto, com a codificação, o magistrado não fundamentará suas decisões consubstanciado no princípio da boa-fé objetiva e, sim, no próprio texto legal, como bem ressalva Antônio Junqueira de Azevedo ao afirmar que “(...) à medida que as regras vão sendo formuladas, os operadores do direito já não precisam apelar para o princípio da boa-fé, que passa a ser *ratio lex*, e não *lex*”.¹⁸⁶

10.1 DEVER DE INFORMAÇÃO

O direito à informação encontra-se consolidado entre os direitos básicos do consumidor.¹⁸⁷ No entanto, o Código não se conforma com tipo algum de informação veiculada, que deverá ser clara e suficientemente precisa, com a demonstração dos diversos tipos de produtos ou serviços, as vantagens e os riscos que apresentem ou que conhecidamente poderão vir a apresentar, de maneira a possibilitar maior poder de escolha do consumidor.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *idem*, p.40.

¹⁸⁶ A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, p.86, 1992.

¹⁸⁷ BRASIL, CDC, art. 6. “São direitos básicos do consumidor: II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços”.

¹⁸⁸ TJDF, *Apelação no juizado especial cível 59798, DJ de 22.06.1999*, Desembargador Relator: Arnoldo Camanho de Assis. Primeira Turma dos Recursos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. Ementa, no que interessa: “Civil e Processo Civil. Reparação de danos materiais e morais. Relação de consumo. Falta de informação. Dano causado ao consumidor, ressarcimento de mensalidade paga sem o desconto devido. (...) Porque não informou a apelante, de maneira clara e adequada, o desconto promocional a que fazia *jus* o autor/apelado, deverá restituir-lhe o valor referente ao desconto de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da sua mensalidade, como também da mensalidade de sua mulher, uma vez que o desconto era extensivo ao aluno novo apresentado. Recurso parcialmente provido”.

O sujeito, no momento da celebração do contrato, deve ter o prévio conhecimento de todos os elementos que o constituirão (direitos, obrigações, garantias, riscos assumidos pelas partes), sendo o dever de informar imprescindível, principalmente, no que concerne à fase das negociações preliminares, uma vez que é de acordo com as informações fornecidas que o consumidor poderá utilizar do seu direito de escolha quanto aos produtos ou serviços a serem prestados, decidindo, ainda, se contratar ou não.¹⁸⁹

O Código de Defesa do Consumidor, no ponto, estipula que todas as informações prestadas pelo fornecedor integrarão o contrato futuro a ser celebrado, determinando o poder vinculante da oferta,¹⁹⁰ sendo que nestes casos o consumidor poderá exigir, até, a execução compulsória do que foi ofertado (art. 35, CDC).

Ademais, toda informação falsa ou insuficiente é considerada vício do produto ou do serviço (art. 18, *caput* e § 1º, CDC) ensejando ao consumidor o direito a: substituição do produto por outro em perfeitas condições de uso; restituição da quantia paga, sem prejuízo da indenização pelas perdas e danos, podendo, ainda, ser requerido o abatimento proporcional no preço. Conforme assevera Zelmo Danari, “a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da exteriorização de um vício de qualidade, vale dizer, de um defeito capaz de frustrar a legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição”.¹⁹¹

Em verdade, o Código busca, conforme preleciona Cláudia Lima Marques, a proteção da vontade racional do consumidor, “(...) uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e outros métodos agressivos (...)”.¹⁹² É a proteção contra a publicidade enganosa e ou abusiva, contra a criação de falsas necessidades, e a realização de vendas aliciantes em que a distribuição e o sorteio de brindes, realizações de coquetéis, retiram, ao menos em parte, o completo discernimento do adquirente, desviando a sua atenção para o supérfluo.¹⁹³

¹⁸⁹ A respeito, Antônio Junqueira de Azevedo. *A boa-fé na formação dos contratos. e A responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor*. Regis Fichter Pereira, *A responsabilidade civil pré-contratual*. Teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. p.40.

¹⁹⁰ BRASIL, CDC, art. 30. “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

¹⁹¹ *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p.152.

¹⁹² Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22, p.77, 1997.

¹⁹³ Geraldo de Faria Martins da Costa. *Aspectos da aplicação da norma de lealdade no interesse dos consumidores de dos concorrentes*. p.193-197.

A avaliação pelo magistrado quanto ao dever de informação deve, também, variar conforme a relação fática apresentada. Por exemplo, o dever de informação de um especialista é com certeza muito mais acentuado do que o de um simples técnico instrumentalista em relação ao usuário. Também diferente será a análise das informações prestadas entre dois profissionais. Nesse sentido, parte da doutrina divide o dever de informação em: dever de esclarecimento – aquele prestado pelo fornecedor sobre as condições gerais do contrato, riscos, garantias, cláusulas de exclusão; e dever de aconselhamento – que é o que existe entre um profissional especializado e um não-especialista ou leigo no assunto, como acontece nas relações entre médicos e pacientes e advogados e clientes.¹⁹⁴

Da mesma forma, variável a análise do dever de informação se as partes são manifestamente desiguais, quando se trata, por exemplo, de contratos de adesão ou caso cuide-se de uma relação paritária, sendo certo que naqueles o dever de informação deverá ser mais acentuado.^{195,196}

10.2 DEVER DE COOPERAÇÃO

Cooperar é agir com lealdade, é não obstruir ou impedir.¹⁹⁷

Os contratantes devem agir de maneira a não dificultar ou até mesmo impedir o adimplemento da prestação. Agir de boa-fé é não se utilizar de meios ardis ou maliciosos, com a criação de obstáculos, como por exemplo, a exigência de documentos excessivos por parte do fornecedor sem utilidade prática alguma, ou determinar que a obrigação seja executada em lugares de difícil acesso ou em horários incompatíveis com o expediente normal do comércio.¹⁹⁸

Interessante ressaltar é a crítica realizada por Antônio Junqueira de Azevedo sobre o dever de cooperação que deve existir entre os contratantes de que seria “uma visão excessivamente romântica, de que os contratantes devem colaborar entre si”.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Veja Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.112. e Ruy Rosado de Aguiar Jr. Responsabilidade civil do médico. *Revista Universita/Jus*, UniCEUB, n. 5, 2000.

¹⁹⁵ Confirma, Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado*, p.395 (nota de rodapé).

¹⁹⁶ A respeito, o *art. 47, CDC*, regula expressamente que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

¹⁹⁷ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.113.

¹⁹⁸ *idem*, p.113.

¹⁹⁹ O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, n. 9, p.43, 1999.

10.3 DEVER DE PRESERVAÇÃO E CUIDADO

O dever de cuidado, também denominado dever de proteção ou de segurança, assume duplo aspecto: o respeito à integridade pessoal do agente, tanto física quanto moral, e o respeito à sua integridade patrimonial, de forma a não ocasionar danos em face das suas atitudes desmesuradas.²⁰⁰

O dever de cuidado encontra expressa previsão legal no art. 6º, VI, CDC, elencados entre os direitos básicos do consumidor que garante, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. E no art. 8º, do mesmo diploma legal, quanto à proteção à saúde e à segurança dos consumidores.

São exemplos deste dever de cuidado o dever do fornecedor de informar o consumidor quanto aos riscos do produto que esteja adquirindo (art. 9º, CDC), demonstrando a correta forma de manuseio, como a obrigação de retirar do mercado os produtos que forem considerados impróprios para o consumo, como aqueles que se encontrem com o prazo de validade vencido, ou apresentem riscos à integridade dos consumidores.

O fornecedor, entretanto, não pode ser responsabilizado pelos riscos normais e previsíveis, inerentes, por vezes, do próprio produto. Cite-se, como exemplo, os produtos com alto grau de toxicidade ou produtos inflamáveis, se devidamente prestou todas as informações necessárias e adequadas à sua utilização.

11 LIMITAÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS

(...) o CDC se propõe a restringir e regular, por meio de normas imperativas, o espaço antes reservado totalmente para a autonomia da vontade, instituindo como valor máximo a equidade contratual.²⁰¹

A boa-fé atua como fonte limitadora de direitos subjetivos de maneira a evitar abusos cometidos em razão da posição fática ocupada por alguma das partes. Este abuso traduz “a noção de exercício inadmissível e abusivo do direito, seu exercício inútil ou imoderado, bem como o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), a alegação inadmissível de nulidade formal (*supressio*), e a aquisição jurídica desleal”.²⁰² Os contratantes que agem fazendo valer uma

²⁰⁰ Cláudia Lima Marques. *Contratos de time-sharing. op.cit.*, p.83.

²⁰¹ Cláudia Lima Marques. *op.cit.*, p.87.

²⁰² Maria Cristina Cereser Pezzela. *op.cit.*, p.215.

superioridade fática, jurídica, ou econômica agem em desconformidade com a boa-fé.²⁰³

11.1 ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A princípio, tem o credor o direito de postular a resolução contratual quando haja o inadimplemento do devedor. Todavia, o princípio da boa-fé objetiva impede que o credor faça *jus* de tal assertiva, e mesmo da exceção do contrato não-cumprido,²⁰⁴ (*exceptio inadimpleti contractus*),²⁰⁵ quando for de tal maneira insignificante o inadimplemento que a resolução causaria sérios prejuízos à parte devedora. Não se considera razoável aquele que tendo cumprido a maior parte de suas obrigações tenha o contrato rescindido em razão do descumprimento de uma pequena parcela delas. Nestes casos, a parte responderá pelas perdas e pelos danos ocasionados em virtude de seu inadimplemento, restando, contudo, o direito à continuidade no contrato.

Assim, Clóvis do Couto e Silva, quanto ao adimplemento substancial ou “(...) *substancial performance*, ou seja, um adimplemento tão próximo ao resultado final que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão-somente o pedido de indenização”.²⁰⁶ E continua: “no caso, facultar-se-ia o pedido de adimplemento e o de perdas e danos, mas não se permitiria o pedido de resolução, se essa pretensão viesse a ferir o princípio da boa-fé”.²⁰⁷

Neste sentido, confira recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 272.739/MG, DJ de 02.04.2001, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, assim ementado:

Alienação Fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial.

²⁰³ Veja Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção...*, p.248. e Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.106.

²⁰⁴ Judith Martins-Costa enxerga que a própria exceção do contrato não cumprido é derivação do princípio da boa-fé objetiva, uma vez que “a exceção de inadimplemento visa a conservar o equilíbrio substancial e funcional entre as obrigações correspectivas. Trata-se da boa-fé objetiva porque, na sua concreção, não se examina a intenção das partes, mas a situação do sinalagma, isto é, da relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação, à vista da concreta finalidade do contrato, considerado como um processo (...)”. *A boa-fé no direito privado*, p.420.

²⁰⁵ BRASIL. *CCB, art. 1.092*. “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”.

²⁰⁶ *A obrigação como processo*. p.56.

²⁰⁷ *idem*, p.57.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.

Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela.

Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido de reintegração de posse. Recurso não conhecido.

Do voto extrai-se o seguinte entendimento, “a extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada”.²⁰⁸

O adimplemento substancial deve ser reconhecido como exigência da boa-fé objetiva, não sendo admitido que a financeira busque a apreensão do veículo, uma vez que além do cumprimento substancial do contrato houve a consignação em juízo do valor da parcela em atraso sendo que, entendimento diverso, implicaria sérios prejuízos ao devedor que teria o bem alienado. No caso, percebe-se a atuação da boa-fé objetiva com forma de limitação do direito subjetivo do credor, qual seja, o de requerer a resolução do contrato diante da mora *ex re* do devedor.

11.2 *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

O que se indeniza... é a confiança iludida.²⁰⁹

Consiste na aplicação da teoria dos atos próprios, resumindo-se na proibição de uma parte que, inicialmente adotou determinada posição jurídica, de modificar

²⁰⁸ Em sentido idêntico, veja, entre outros, *STJ, Resp n. 76.362/MT, DJ de 01.04.1996*, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, de cuja ementa se colhe: “Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido; e *TJDF, Apelação cível n. 52.929/99*, Desembargador Relator Romeu Gonzaga Neiva.

²⁰⁹ Judith Martins-Costa. *op.cit.*, p.495.

ou até mesmo contrapor-se ao comportamento anteriormente adotado, em desfavor do outro contratante. Depois de criar com o seu comportamento uma justa expectativa, não pode a parte, sob pena de frustrar os princípios da confiança e da lealdade, adotar comportamento contrário, causando prejuízo a contraparte. Como salienta Menezes Cordeiro, “o princípio postula, pois, dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e deferidos no tempo. O primeiro – *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo.”²¹⁰

É certo que o direito não pode inviabilizar o direito de arrependimento da parte, normal em qualquer relação jurídica. No entanto, nesses casos, protege-se um bem jurídico maior, qual seja, a relação de confiança recíproca que deve existir entre os co-contratantes, tutelando-se um dos sujeitos da obrigação contra eventuais prejuízos que por ventura venha a sofrer em razão da confiança depositada no comportamento da outra parte na realização do negócio.

Ressalta Ruy Rosado que para aplicação desta teoria deve ser inequívoco o comportamento do credor havendo em contrapartida a real consciência da conduta assumida pelo devedor,²¹¹ e, ainda, “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 a conduta posterior”.²¹²

Exemplo bastante eloqüente na doutrina é do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 589.073.956, j. 19.12.1989, 5ª Câmara Cível, cujo relator foi o hoje Ministro Ruy Rosado, encontrando-se assim ementado:

Boa-fé. Contrato. O princípio da boa-fé impõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes. Entre eles encontra-se a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuário de não cancelar pedidos já feitos, com que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do comprador.

Venire contra factum proprium. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias, não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, sem que para isso tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização.

²¹⁰ Menezes Cordeiro. *Da boa-fé...*, p.742. *Apud* Judith Martins Costa. *A boa-fé no direito privado*. p.470.

²¹¹ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção...*, p.249.

²¹² Trecho extraído da fundamentação do voto relator no *Resp n. 95.539/SP, DJ de 14.10.1996/STJ*.

Em nesse sentido fundamenta a sua decisão:

(...) por força da lealdade a que as partes reciprocamente estão coligadas, não se permite que o comportamento prévio de uma delas, gerador de justificada expectativa, seja contrariado posteriormente, em prejuízo da outra. No caso, a ré foi auxiliar o comprador, nos primeiros dias depois da celebração do negócio, e ali efetuou pedidos de novas mercadorias, alguns deles em seu próprio nome e fornecendo o seu CGC, apesar de já transferido o negócio. Quem assume essa conduta, evidencia estar autorizando os pedidos assim formalizados; não pode, logo depois, sem outra razão aparente, ordenar o seu cancelamento.²¹³

11.3 *TU QUOQUE*

Aquele que descumpre preceito legal ou convencional não pode exigir da outra parte algo que ele próprio não cumprira.²¹⁴ “A materialização da regra do *tu quoque* decorre do fato de que fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento”.²¹⁵

Existem, ainda, limitações quanto do exercício de direitos subjetivos em razão do decurso do tempo.

11.4 *SUPRESSIO*

A boa-fé protege aquele contra quem, deixando de exercer um direito durante certo lapso de tempo, não mais poder exercê-lo, em proteção às expectativas criadas no contratado em face da omissão da parte contratante.²¹⁶ Ocorre, freqüentemente, nos contratos de prestações continuadas, como, por exemplo, nos contratos de representação comercial. Se o representante passa um longo

²¹³ *TJRS, Apelação cível 589.073.956, órgão julgador – 5. Câmara Cível, Desembargador Relator – Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Apud Judith Martins-Costa. Princípio da boa-fé. Revista Ajuris, n. 44, p.207, 1998. Exemplo interessante é o julgado no Resp n. 95.539/SP, DJ de 14.10.1996, Relator Min. Ruy Rosado, em que, pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva e a proibição de *venire contra factum proprium*, reconheceu-se o direito da outorga da escritura pública de imóvel aos compromissários compradores, apesar do contrato de promessa de compra de venda ter ocorrido com defeito de forma, uma vez ausente a necessária outorga uxória. Entretanto, a mulher do compromissário vendedor passou 17 anos inerte, o que fez presumir o seu consentimento tácito, não podendo após todo este período invocar tal vício no contrato e não fazer o repasse da escritura definitiva do imóvel.*

²¹⁴ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção...*, p.249.

²¹⁵ Menezes Cordeiro. *Da boa-fé...*, tomo I. p.837. *Apud*, Judith Martins Costa. *A boa-fé no direito privado*, p.461.

²¹⁶ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção...*, p.249.

período sem realizar qualquer pedido ou fazer qualquer notificação a respeito, o representado passa a ter o direito de considerar resoluto aquele contrato.

11.5 *SURRECTIO*

Em situação diametralmente oposta, a *surrectio* faz nascer um direito devido à prática reiterada de certos atos. Do mesmo modo que a *supressio*, cria na parte o sentimento de coisa certa que, neste sentido, passa a programar a sua vida.²¹⁷

11.6 DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

O artigo 51, Código de Defesa do Consumidor, enumera *numerus apertus* um rol de cláusulas abusivas que, caso dispostas contratualmente, estão sujeitas à nulidade,²¹⁸ permitindo que o magistrado, conforme as circunstâncias do caso, declare *ex officio* a nulidade de uma disposição contratual, independentemente da alegação das partes, quando considerada abusiva.²¹⁹

Visando à garantia da manutenção dos negócios jurídicos e da conservação dos pactos, o legislador estatuiu que a nulidade de uma cláusula não macula todo o contrato que só é declarado nulo quando exista a inviabilidade da continuidade da relação obrigacional, quando o vício for tal gravidade que atinja um de seus elementos essenciais, como, por exemplo, a cláusula preço. Segundo Ruy Rosado:

A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorre ônus excessivo a qualquer das partes (...) Além disso, o eixo do sistema de proteção ao consumidor está no propósito de manter a real equivalência entre as prestações, equilibrando a posição das partes de modo a garantir ao consumidor o restabelecimento da igualdade contratual.²²⁰

O artigo 51, em seu inciso IV, estabelece que é abusiva qualquer cláusula que seja incompatível com a equidade e a boa-fé,²²¹ retratando, assim, uma cláusula geral proibitória²²² nas relações de consumo. Conforme ressalta Cláudia Lima Marques:

²¹⁷ *Idem, ibidem.*

²¹⁸ Assim, não há de se cogitar de nulidades relativas nas relações de consumo, isto porque as cláusulas ofendem princípio maior de garantia da ordem pública.

²¹⁹ O Código Civil brasileiro segue, neste ponto, a orientação do BGB alemão em que a boa-fé objetiva autoriza o juiz a aplicá-la de ofício, sendo desnecessária a sua alegação. Conforme orientação de Maria Cristina Cereser Pezella. *op.cit.*, p.205.

²²⁰ *Cláusulas abusivas no Código do Consumidor*, p.29.

²²¹ BRASIL. CDC, art. 51. “São nulas, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: inciso IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

²²² Denominação dada por Cláudia Lima Marques. *op.cit.*, p.48.

A boa técnica legislativa ordenaria que norma tão importante e ampla estivesse contida em artigo próprio e não escondida, talvez por medo do veto, em uma lista de quinze incisos. Mas seja como for, a cláusula geral da boa-fé, equidade e do equilíbrio nas relações contratuais foi assim positivada no CODECON, cabendo a jurisprudência brasileira examinar o conteúdo de todos os contratos de consumo, segundo estes novos critérios.^{223,224}

Consideram-se abusivas as cláusulas em que exista desvantagem exagerada²²⁵ entre fornecedor e consumidor, implicando a ausência de equilíbrio entre prestação e contraprestação, assim conceituado por Alberto do Amaral Júnior:

O ato é abusivo quando destituído de qualquer utilidade para o seu titular e potencialmente danoso para a coletividade; ou então, quando há uma desproporção grosseira entre a utilidade retirada da atividade pelo agente e o custo social dessa atividade, em termos de sacrifício de interesses alheios.²²⁶ Mais do que verificar o cumprimento dos requisitos formais para a validade dos negócios jurídicos, caberá ao intérprete apreciar o conteúdo da relação contratual, analisando o equilíbrio entre prestações e contraprestações resultante do contrato.²²⁷

Assim, o princípio da boa-fé objetiva atua como fonte limitadora da vontade das partes, possibilitando o controle judicial das disposições contratuais. Esse controle objetiva coibir os abusos gerados em face de uma relação contratual desequilibrada, com abuso de direito, buscando o restabelecimento da justiça material contratual.

Partindo-se da premissa de que a retirada de uma cláusula contratual já implica a modificação do conteúdo do contrato,^{228,229} uma vez que existe uma

²²³ Cláudia Lima Marques. *Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais*, p.49.

²²⁴ Sem querer entrar no fundo da questão, porém ponto que merece destaque a despeito dos profundos estudos sobre o tema diz respeito ao posicionamento de Judith Martins-Costa ao lecionar que “a regra do art. 51, IV, do Código do Consumidor não configura propriamente uma ‘cláusula geral’, mas conceito indeterminado, porque ao juiz não é dado estabelecer as conseqüências da sua incidência, que já estão predeterminadas pelo legislador (a nulificação da cláusula abusiva). *O direito privado como um ‘sistema em construção’*: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, p.13.

²²⁵ O parágrafo primeiro do art. 51, CDC, traça diretrizes do que se considera vantagem excessiva.

²²⁶ Alberto do Amaral Júnior. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 6, p.31, 1993.

²²⁷ *idem*, p.27.

²²⁸ Luís Renato Ferreira da Silva. *Revisão dos contratos...*, p.63.

²²⁹ Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior: “em tais casos, o intérprete não modifica o contrato, pois limita-se a reconhecer a deficiência da forma com que se manifestou a vontade, para fazer prevalecer a vontade real defeituosamente revelada no texto do contrato. O trabalho, porém, não vai além do necessário para ‘*suppléer aux clauses ambiguës, omises ou insuffisamment précisées*’. (DE PAGE, *op.cit.*, v. II, n. 467, p.439), p.99.

violação no que concerne à vontade de uma das partes que a lei considera abusiva, o magistrado, salvo quando for impossível a integração ou ocorrer ônus excessivo a um dos contratantes, deverá suprir a lacuna existente (art. 51, § 2º, CDC).

Discussões homéricas são travadas na doutrina quanto à possibilidade de interferência judicial no conteúdo dos contratos. No caso específico das relações de consumo, o Código expressamente prevê a possibilidade desta integração, em razão do princípio da conservação dos contratos, o que implica, necessariamente, ingerência contratual. Todavia, resta-nos saber como se dará esta integração.

De um lado existem aqueles que defendem que o magistrado, ao suprir a lacuna deixada pela exclusão da cláusula abusiva, deve aplicar subsidiariamente à vontade das partes as regras atinentes ao direito comum, como exemplo as taxas legais de juros ou da multa moratória. Entretanto, mesmo nestes casos, persistirá a dúvida quanto às situações para as quais não haja previsão legislativa.

Sustenta Luís Renato Ferreira da Silva que o princípio da boa-fé objetiva é a causa de repúdio às cláusulas abusivas. Isto porque, “agindo de boa-fé, um contratante não poderia abusar de uma determinada situação fática que o colocasse em superioridade manifesta ante o outro contratante. É este fenômeno que as cláusulas abusivas tentam reprimir quando vedam certas práticas impositivas de renúncia de garantia ou de foro privilegiado, por exemplo”^{230,231}

O princípio da boa-fé objetiva, portanto, atuaria sobre duplo aspecto: como agente de repúdio das cláusulas abusivas e, acrescido a este, o fator integrador da

²³⁰ STJ, Resp n. 250.523/SP, DJ de 18.12.2000, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Ementa, no que pertine: “Conta corrente. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra – lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES”. No caso dos autos, a empresa Aero Mecânica Darma Ltda. havia efetuado contrato de financiamento junto ao Banco Bamerindus do Brasil Ltda. onde havia previsão de que o agente financeiro poderia restringir importância correspondente ao débito, em qualquer das contas-correntes da empresa, para fins de pagamento. A instituição financeira, por conseguinte, reteve importância que, comprovadamente, sabia se destinaria ao pagamento de salários de empregados da empresa, tendo, anteriormente, comprometido-se que assim não agiria. A cláusula que permitia tal retenção foi considerada abusiva, pois, mais do que cláusula mandato em que o banco cria o título e o executa, consistia na execução do crédito pelo próprio banco, no momento e no valor que achasse adequado. Agiu de maneira contrária à boa-fé, com abuso de direito em razão de sua posição jurídica. Nos termos do voto vencedor, “(...) a licitude inicial do titular de um direito pode chegar ao ilícito no momento em que ele vai além do que seria razoável esperar, de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, que preside o sistema”.(sublinha nossa)

²³¹ Luís Renato Ferreira da Silva. *op.cit.*, p.54.

vontade das partes vinculado à finalidade social do contrato, com intuito de suprimir as lacunas existentes. Neste sentido, Luís Renato:

A interpretação vai atuar neste campo, concretizando uma aplicação de boa-fé *secundum legem*, dentro da modalidade de interpretação integradora. A ausência de disposição contratual ocorre porque a boa-fé retirou a cláusula tida como abusiva. Agora, o princípio da boa-fé, como norma de conduta objetiva, deve preencher a lacuna que sua incidência mesma abriu. Este ponto não se vincula à vontade das partes mas trata do que, objetivamente, pode-se intuir como legitimamente esperado e oriundo de um pacto como o analisado.²³²

A boa-fé objetiva, como fator de flexibilização e mobilidade do sistema, permite maior ajuste da situação fática apresentada, e dos ideais de justiça comutativa e solidariedade contratual. Nesta hipótese, o magistrado agiria como verdadeiro legislador da norma no caso concreto, limitado, entretanto, ao fim colimado pelas partes na celebração do contrato, desde que lícito, a ingerência estatal não poderá ser de tal forma que desvirtue a exegese do próprio contrato.²³³

O controle judicial ocorrerá em diferentes graus de intensidade conforme tenha sido a formação do contrato. Assim, em um contrato paritário, teoricamente, mínima será a interferência judicial diante do suposto equilíbrio das partes na determinação do seu conteúdo, diferentemente ocorre, entretanto, nos contratos de adesão em que há a imposição da vontade do estipulante por meio de cláusulas preestabelecidas.²³⁴

CONCLUSÃO

O ressurgimento, em nosso sistema, do princípio da boa-fé objetiva, reflete um esforço legislativo de consolidação dos princípios fundamentais da justiça e da igualdade, dispostos no texto constitucional.

Ocorre, assim, no âmbito do direito contratual, uma mudança de paradigma. As relações contratuais deixam de ser analisadas apenas sobre o prisma da autonomia da vontade, e da força obrigatória dos contratos. Os vínculos deixam de ser intangíveis na medida em que não observam os ditames da boa-fé.

²³² *idem*, p.66.

²³³ Humberto Theodoro Júnior. *O contrato e seus princípios*. p.100. “O intérprete, obviamente, jamais poderá deformar a convenção, a pretexto de aplicar a teoria da boa-fé”.

²³⁴ Neste sentido, confira Judith Martins-Costa. *Crise e modificação na idéia de contrato no direito brasileiro*, p.143. e Nelson Nery Júnior. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p.489.

O contrato não se encerra em um vínculo estático, linear, entre credor e devedor. Como bem assinala Cláudia Lima Marques, mais do que isso, o contrato encerra uma obrigação de conduta.²³⁵

Este dever de conduta (que inclui, na verdade, inúmeros outros deveres), está consubstanciado numa atuação conforme a boa-fé, ou seja, uma atuação em que se busca alcançar não apenas a satisfação dos interesses individuais mas também o respeito às legítimas expectativas da outra parte contratante e à confiança depositada na conclusão do negócio jurídico.

O princípio da boa-fé, como norma de conduta, faz renascer nos contratos os princípios da transparência e da confiança, da proteção às justas expectativas e da necessidade de um real equilíbrio entre prestações e contra-prestações.

A boa-fé objetiva é princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, encontrando-se em todas as fases das relações contratuais, fazendo-se presente ainda que não formado o vínculo contratual e mesmo após o adimplemento da prestação.

A adoção do princípio da boa-fé pressupõe a existência de um sistema de cláusulas gerais, uma vez que o princípio não encontra moldura em um sistema jurídico codificado-fechado. Como leciona Clóvis do Couto e Silva, “a boa-fé é um conceito dinâmico”, o que implica dizer que o princípio só se materializa e ganha substância diante da concretude do fato, necessitando de uma maior mobilidade do sistema para permitir maior atuação judicial.

A boa-fé possui, basicamente, uma tríplice função: é critério de interpretação e integração das disposições contratuais, orientando a solução judicial nos casos concretos; é fonte de deveres acessórios para ambos os contratantes, como os deveres de informação, cooperação, transparência, entre outros; e é, ainda, causa de limitação de direitos subjetivos, sendo que os sujeitos da relação obrigacional não podem dispor no contrato de cláusulas que não se coadmem com a boa-fé.

De todos estes fatos resulta a importância do princípio da boa-fé objetiva para a consecução de um sistema jurídico que tem como vetor principal a justiça contratual.

²³⁵ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.107.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.20-27, abr./jul. 1995.
- _____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 1.ed. Rio de Janeiro: Aide. 1991.
- _____. As obrigações e os contratos. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 09, p.31-39, set./dez. 1999.
- _____. Aspectos do código de defesa do consumidor. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 52, p.167-187, 1991.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 06, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.27-33, abr./jun. 1993.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 09, p.25-30, set./dez. 1999.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense. 1960.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 03, São Paulo: Revista dos Tribunais, set./dez. 1992.
- _____. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 09, set./dez. 1999.
- _____. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.123-129, 2000.
- _____. A responsabilidade pré-contratual no CDC: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.23-31, abr./jun.
- BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.68-78, out./dez. 1994.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva. 1998. vol. 3.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1967.
- _____. *Contrato de adesão e cláusulas gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972.
- _____. *Contratos*. São Paulo: Forense. 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo, NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, 04, n. especial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. Crise e modificação na idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, 03, São Paulo: Revista dos Tribunais, set./dez. 1992.
- _____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. O princípio da boa-fé. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 50, p.207-227, 1990.
- _____. As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, n. 112, ano 28, p.13-32, out./dez. 1991.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.
- _____. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 01, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.27-53, 1992.
- _____. Contratos de *time-sharing* e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil pós-moderno. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.64-86, 1997.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá. 2001.

- NEGREIRO, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NETO, Guilherme Fernandes. *O abuso do direito no código de defesa do consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23/24, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. III.
- PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23/24, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.199-224, jul./dez. 1997.
- SIDOU, J. M. OTHON. *A revisão judicial dos contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1996.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- _____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, I Jornada Luso- Brasileira de Direito Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.43-72, 1980.
- SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos do código civil ao código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- TOSS, Luciane Lourdes Webber. O limite constitucional da autonomia privada: o princípio da solidariedade social como limite à liberdade contratual. *Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 19, p.209-224, 2001.



Fundação Escola Superior

do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

SRTVS Quadra 701, Ed. Palácio da Imprensa
Bloco I, 4º andar, Brasília-DF, CEP 70340-000
Telfax (61) 226.4643, fesmpdft@terra.com.br