UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

**Revista da
Faculdade
de Direito
de
PORTO ALEGRE**

ANO VII/VIII — 1973/1974

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Reitor Magnífico
PROFESSOR IVO WOLFF

FACULDADE DE DIREITO

Diretor..... Prof. Fernando Jorge Schneider

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DE PORTO ALEGRE**

Diretor: Prof. Lenine Nequete

Comissão de Redação:

Prof. Elmo Pilla Ribeiro
Prof. Clóvis do Couto e Silva
Prof. Paulo Barbosa Lessa

i n d i c e

José Maria Rosa Tesheiner — A SENTENÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	7
Verena Nygaard Becker — A CATEGORIA JURÍDICA DOS ATOS EXISTENCIAIS	15
Romulo Maya — DO PROCEDIMENTO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO	55
Carlos Eduardo Garcez Baethgen — ESTUDOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA RODOVIÁRIA DE TRANSPORTE POR DANOS PESSOAIS	73
Prof. Luís Lopes Palmeiro RECENSÃO	107

PEDE-SE PERMUTA

Faculdade de Direito da Universidade Federal do RS
Av. João Pessoa, s/n., 90.000, P. Alegre, RS, Brasil

A SENTENÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Maria Rosa Tesheiner

— Prof. de Direito Judiciário Civil na Fac. de Direito da UFRGS
— Consultor Jurídico do Estado

SUMARIO: 1. Sentença e outros atos decisórios; 2. Sentença sujeita a reexame necessário; 3. Sentença incidente; 4. Sentença homologatória da demarcação; 5. Sentença declaratória da insolvência; 6. Liquidação da sentença; 7. Embargos do executado; 8. Acórdão; 9. Sentença e apelação; 10. Coisa julgada formal e preclusão; 11. Forma da sentença; 12. Objeto da sentença.

1. Dividem-se os atos judiciais decisórios em sentença, decisões interlocutórias, despachos interlocutórios e despachos de mero expediente (Código de Processo Civil, artigos 162 e 504).

“No Código de Processo Civil de 1973, art. 162, § 1º, definiu-se sentença, com precisão” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1974. t. 3, p. 86): “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.

Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente (Cód. Proc. Civil, art. 162, § 2º). Por **questão incidente** deve entender-se, aí, a relativa a algum ponto da lide: **questão de mérito**, portanto.

Despacho interlocutório é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão controvertida, **relativa ao processo**.

Despachos de mero expediente são os que apenas impulsionam o processo.

“Nos despachos ordinatórios, ou de expediente, o juiz se limita a prover a respeito do andamento do processo. É o que se verifica quando o juiz manda citar o réu, determina que se dê vista dos autos a algum sujeito do processo, ou designa data para o julgamento da causa em audiência”. (MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1962. v. 2, p. 315).

O Código de Processo Civil se refere expressamente aos **despachos de mero expediente** no artigo 504. A eles se opõem os **despachos interlocutórios**, que são “os que decidem as questões controvertidas relativas à regularidade e à marcha do processo, sem por-lhe fim”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. In: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo, Saraiva, 1965. v. 3, p. 30, nota 2. No mesmo sentido: BUZAID, Alfredo. **Do Agravo de Petição**. 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1956. p. 128). Logo, por **decisão interlocutória** se deve entender aquela pela qual o juiz, no curso do processo, resolve questão de mérito.

Não logrou MUNIZ DE ARAGÃO distinguir das **decisões interlocutórias** os **despachos interlocutórios** (isto é, os despachos que não são de mero expediente), pois afirma que “as chamadas decisões interlocutórias nada mais são do que despachos, fadados a solucionar incidentes que poderiam ou não impedir a marcha do processo para a sentença” (ARAGÃO. E. D. Muniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1974. v. 2, p. 42). A confusão não é grave, porque o recurso cabível é o de agravo de instrumento, quer se trate de decisão, quer se trate de despacho interlocutório.

A sentença é ato do juiz: o ato pelo qual entrega ou dá por entregue a prestação jurisdicional. É ato jurídico: portanto, produz efeitos jurídicos. Distingue-se a sentença dos demais atos jurídicos por um efeito próprio: a extinção do processo ou relação jurídica processual.

A sentença contra a qual se interpõe **apelação** (Cód. Proc. Civil, art. 518) não põe termo ao processo. Para que seja havido por sentença basta, portanto, que o ato judicial tenha **aptidão** para extinguir a relação processual.

2. É sentença (diz o Código de Processo Civil) o ato do juiz que julga procedente ação anulatória, ou declaratória de nulidade, de casamento. É sentença a proferida contra a União, Estado ou Município. É sentença a que julga procedentes os embargos do executado, em execução fiscal. Tais sentenças, que são proferidas por juiz de primeira ins-

tância, não produzem efeito senão depois de confirmadas pelo tribunal. Estão necessariamente sujeitas ao duplo grau de jurisdição (Cód. Proc. Civil, art. 475). Portanto, não se lhes pode atribuir nem sequer **aptidão** para por termo ao processo. Rigorosamente não são sentenças. São **Projetos de sentença**, que recebem a denominação de sentenças, porque apeláveis (Cód. Proc. Civil, art. 513).

3. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer que sobre ele o juiz profira **sentença incidente**, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (Cód. Proc. Civil, art. 325). Quando a sentença de mérito tem por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente, suspende-se o processo (Cód. Proc. Civil, art. 265, IV, c). Para o legislador, a ação declaratória incidental dá origem a um **processo incidente**, que se extingue por sentença apelável, chamada incidente, porque o outro processo, que se encontrava suspenso, continua. Não sendo caso de declaração incidente de estado, confundem-se as duas relações processuais e uma sentença formalmente única julga as duas ações.

4. É lícita a cumulação das ações de demarcação e de divisão mas, nesse caso, procede-se primeiro à demarcação (Cód. Proc. Civil, art. 947). Há, nessa hipótese, dois processos que se sucedem, cada qual com a sua sentença. Homologada a demarcação, haja ou não sido interposta **apelação** (Cód. Proc. Civil, art. 520, II), tem início o processo de divisão.

5. A execução por quantia certa contra devedor insolvente tem início por petição de algum credor ou do próprio devedor (Cód. Proc. Civil, art. 753).

No primeiro caso, sucedem-se dois processos: o primeiro, tendente à declaração judicial da insolvência, para o qual o devedor é citado para opor embargos, no prazo de dez dias (Cód. Proc. Civil, art. 755). Nessa hipótese, os embargos constituem defesa e não ação. (Não se estendesse assim, a ação tendente à declaração judicial de insolvência constituiria um processo de **conhecimento** sem contraditório e sem instrução!) Quer sejam acolhidos, quer sejam rejeitados os embargos do devedor, extingue-se o processo. Da sentença cabe **apelação**, com efeito suspensivo, se julgados procedentes os embargos, e sem efeito suspensivo, se julgados improcedentes (Cód. Proc. Civil, art. 520, V). Declarada a insolvência, tem início o segundo processo: o de execução coletiva, para o qual são convocados os credores (Cód. Proc. Civil, art. 761, II).

Se é o próprio devedor, ou o inventariante de seu espólio, que requer a declaração judicial da insolvência, é sentença o ato pelo qual o juiz indefere a petição inicial. Se o juiz, porém, declara a insolvência, tem-se **decisão interlocutória**, de que cabe agravo de instrumento (Cód. Proc. Civil, art. 522), porque no caso há um só processo, o de execução coletiva, iniciado pela petição do devedor e que não finda (pelo contrário, apenas começa) com o deferimento da inicial.

Tal conclusão, decorrente do exame teórico do problema, é também a desejável na prática. Efetivamente, se coubesse apelação, ela teria efeito suspensivo. Terceiro que se julgasse prejudicado (por exemplo, um herdeiro do devedor, na insolvência requerida pelo inventariante) teria o poder de apelar (Cód. Proc. Civil, art. 499) e de impedir o prosseguimento da execução coletiva. Ora, se a execução universal requerida por credor tem início apesar da apelação do devedor, não seria razoável impedir-se o prosseguimento da execução coletiva, quando requerida pelo próprio devedor.

6. Na hipótese de ação condenatória que termine por sentença condenatória ilíquida, sucedem-se três processos: o primeiro finda pela **sentença** que condena, embora sem determinar o valor da condenação ou sem lhe individuar o objeto (Cód. Proc. Civil, art. 603); o segundo finda com a **sentença** de liquidação (Cód. Proc. Civil, arts. 605, § único; 607, § único, e 609); o terceiro, que é o processo de execução, tem início com a citação do executado (Cód. Proc. Civil, art. 611) e finda com a sentença que acolhe os seus embargos (Cód. Proc. Civil, art. 740, § único), ou então com a sentença que declara extinta a execução (Cód. Proc. Civil, art. 795). A citação para a ação condenatória contém em si mesma o chamamento do réu também para a eventual liquidação por cálculo do contador ou por arbitramento. Ao contrário do Código de Processo Civil de 1939, art. 907, o Código vigente não exige em qualquer caso a citação da parte contrária para a liquidação. A citação apenas é necessária na liquidação por artigos, porque nesse caso se observa o procedimento ordinário (Cód. Proc. Civil, art. 609). Da sentença que julga a liquidação cabe apelação, sem efeito suspensivo (Cód. Proc. Civil, art. 520, III). Qualquer que tenha sido a forma da liquidação, cita-se o réu para a execução (Cód. Proc. Civil, art. 611).

Não se pode dizer que o Código não assegura ao réu o direito de defesa: pode contestar a ação e apelar da sentença condenatória; pode apelar da sentença que homologa o cálculo do contador; pode opor embargos à penhora e ape-

lar da sentença que os rejeite; pode opor embargos à arrematação e apelar da sentença contrária. Emulado por tantas apelações, o autor talvez apele da sentença que declara satisfeito o seu crédito e extinta a execução, com o que o tribunal, pela quinta vez, se verá em face da mesma causa, se entrementes não tiver apreciado agravos de instrumento e mandados de segurança a ela relativos...

7. Seguindo a doutrina dominante, o Código de Processo Civil considera ação a defesa do réu, na execução. Trata-se de barbarismo de que tão cedo não nos livraremos. No Direito romano, era contestando que o réu se defendia, na **actio judicati**. Diferentemente, entre os antigos povos germânicos, o executado se defendia **propondo ação**: e por uma razão muito simples: a penhora era privada: não se fazia por ato do juiz, mas por ato do credor. De igual forma, no antigo Direito francês, o executado se defendia por meio de ação, também por uma razão fácil de entender: a execução era extrajudicial. Era realizada pelos **sergentes** ou **huissiers**, subordinados ao rei, e não ao juiz (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado**. 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1968. p. 2-83).

Tais razões desapareceram, mas sobreveio outra: a distinção doutrinária entre cognição e execução: se o processo de execução se distingue substancialmente do processo de conhecimento, só se pode explicar a cognição do juiz, no curso da execução, como decorrente de um processo incidental de conhecimento. Não se observou que essa concepção praticamente elimina do processo de execução uma das características essenciais do processo: o **contraditório**. Nem se observou que, nas ações tendentes a condenar o réu a prestar declaração de vontade, tem-se processo de conhecimento que finda por sentença executiva (Cód. Proc. Civil, art. 641). Argumenta LIEBMAN, defendendo a doutrina dominante, dizendo que os embargos do executado constituem ação, porque a ele é que "cabe tomar a iniciativa da discussão e do exame da matéria litigiosa que possa surgir" (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1968. p. 89). Procedesse o argumento, teríamos processo incidental em todos os casos em que se inverte a iniciativa do contraditório, por exemplo, no procedimento ordinário, ocorrendo revelia (Cód. Proc. Civil, arts. 330, II; 319-20)! Na verdade, somente se pode afirmar que os embargos do executado constituem ação, dando origem a um processo incidental, porque o Código de Processo Civil considera sentença seu julgamento pelo juiz. Julgados procedentes os embargos, extinguem-se o processo de execução e

o de conhecimento incidental. Julgados improcedentes, somente o processo de execução continua: a ação de embargos terá terminado por sentença, de que cabe apelação, sem efeito suspensivo (Cód. Proc. Civil, art. 520, II).

8. O acórdão, isto é, o julgamento proferido por tribunal (Cód. Proc. Civil, art. 163), ora é considerado sentença (Cód. Proc. Civil, art. 467), ora não (Cód. Proc. Civil, art. 165).

9. A definição legal de sentença visa precipuamente ao cabimento da apelação. Sentença é o ato judicial apelável (Cód. Proc. Civil, art. 153). É apelável e, por isso mesmo, considerado sentença, o ato do juiz que declara extinta a execução (Cód. Proc. Civil, arts. 794-5).

No sistema do Código de Processo Civil, da sentença (não de acórdãos) cabe apelação (art. 513). Das decisões e despachos interlocutórios de juiz de 1.^a instância cabe agravo de instrumento (art. 522). Os despachos de mero expediente são irrecorríveis (art. 504).

10. Proferida a sentença, não pode o juiz modificá-la, salvo para lhe corrigir inexatidões materiais ou para retificar erros de cálculo. Todavia, se interpostos embargos de declaração, pode esclarecer obscuridade, dissipar dúvida, desfazer contradição, bem como suprir omissão (Cód. Proc. Civil, arts. 463-5).

Se o ato judicial decisório é irretratável, e desde logo irrecorrível ou não mais sujeito a recurso, tem-se coisa julgada formal.

Se um direito formativo se extingue por não ser exercido tempestivamente, há decadência ou preclusão. Ocorre preclusão, por exemplo, se cabia mas não foi interposto no prazo legal o recurso cabível: "É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão". (Cód. Proc. Civil, art. 473).

Coisa julgada formal e preclusão são conceitos em parte coincidentes.

Os despachos de mero expediente são irrecorríveis, mas não irretratáveis: podem ser modificados de ofício ou a requerimento do interessado. O ato judicial recorável somente pode ser modificado se interposto o recurso cabível.

11. A sentença é ato judicial com forma prescrita em lei. São requisitos essenciais da sentença: o **relatório**, bem como os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; os **fundamentos**, parte da sentença em que o juiz analisa as questões de fato e de direito e, finalmente, o **dispositivo**, com que o juiz conclui, re-

solvendo as questões submetidas à sua decisão (Cód. Proc. Civil, art. 458). A nulidade da sentença, por falta de requisito essencial, deve ser alegada no prazo do recurso, sob pena de preclusão (Cód. Proc. Civil, art. 245).

12. Objeto da sentença é o pedido formulado pelo autor (Cód. Proc. Civil, art. 459), também chamado **pretensão processual** ou **res in iudicio deducta**. Sob o ponto de vista de seu objeto, a sentença pode ser de mérito ou meramente processual. É de mérito quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor (Cód. Proc. Civil, art. 269, I e IV), bem como quando declara extinto o processo (Cód. Proc. Civil, art. 329), por haver o autor renunciado ao direito sobre que se fundava a ação, ou por haver o réu reconhecido a procedência do pedido, ou porque as partes transigiram (Cód. Proc. Civil, art. 269, incisos V, II e III). É **meramente processual** quando o julgamento do juiz consiste na afirmação de que não pode julgar o pedido formulado pelo autor, o que ocorre nas hipóteses enumeradas no artigo 267 do Código de Processo Civil. Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, a sentença pode ser concisa (Cód. Proc. Civil, art. 459, segunda alínea).

Quando o autor formula pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida (Cód. Proc. Civil, art. 459, § único). É vedada sentença **extra** ou **ultra petita** (Cód. Proc. Civil, art. 460). A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional (Cód. Proc. Civil, art. 461).

Os fatos constitutivos, impeditivos ou extintivos do direito afirmado pelo autor, ocorridos na pendência da lide, devem ser levados em consideração pelo juiz, no julgamento (Cód. Proc. Civil, art. 462).

A CATEGORIA JURÍDICA DOS ATOS EXISTENCIAIS

Transformação da Concepção Clássica de Negócio Jurídico

Trabalho apresentado em conclusão ao "Curso de Aperfeiçoamento" ministrado pelo Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da UFRGS durante o ano letivo de 1973, visando a habilitação para o concurso para professor assistente daquele departamento. O trabalho foi aprovado em arguição oral, pelos professores Drs. Clóvis do Couto e Silva, Leonidas Caminha e Arno Schilling.

Verena Nygaard Becker

- I — Introdução: a doutrina das relações contratuais fácticas
- II — O conceito de negócio jurídico e o tráfico em massa
  - 1 — O princípio da autonomia da vontade
  - 2 — A vontade como elemento essencial do suporte fáctico de negócio jurídico:
    - a) o ato existencial como negócio jurídico
    - b) o ato existencial como ato-fato
- III — Conclusão
  - 1 — "O futuro do direito privado" (Raiser)
  - 2 — O princípio da proteção à confiança
- IV — Jurisprudência

I — INTRODUÇÃO A DOUTRINA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS FÁCTICAS

Sob a denominação geral de "atos existenciais" (*) compreende-se uma grande variedade de atos que diferem entre

---

(*) Denominação introduzida no nosso vocabulário pelo prof. Clóvis do Couto e Silva, na tentativa de traduzir a expressão alemã *daseinsvorsorge*.

si, mas que tem em comum a característica de todos visarem atender às necessidades básicas do indivíduo, tais como vestuário, alimentação, transporte, água, energia elétrica, etc. Tendo como finalidade satisfazer necessidades vitais da existência humana, são atos cuja prática se impõe a todos os indivíduos. Trata-se naturalmente de um conceito essencialmente variável no tempo e no espaço, pois o que se considera necessidade vital varia de uma sociedade a outra, de uma época para outra, dependendo do tipo de cultura e do grau de evolução de um povo.

Praticados assim quotidianamente por todos os indivíduos, formam uma parcela significativa do chamado "tráfico em massa" que vem crescendo de importância devido, principalmente, ao aumento das populações, ao avanço tecnológico dos nossos dias e a conseqüente elevação do nível de vida. O tráfico em massa caracteriza-se pela tipificação e standartização das relações jurídicas que o constituem. Esta tipificação é muitas vezes legal: outras vezes, resulta simplesmente da prática constante e idêntica dos mesmos atos por todos ou pela maior parte dos indivíduos integrantes da coletividade e em conseqüência adquire uma certa cogência, integrando os usos e costumes do tráfico, que passam a reger a conduta dos indivíduos.

É muito revelador do processus jurídico-social acima descrito, o fato de o Estado, à medida em que determinados serviços de caráter existencial vão sendo considerados imprescindíveis à coletividade, decidir convertê-los em monopólio estatal ou reservar para si a exclusividade de sua prestação, seja diretamente pelo próprio Estado, seja mediante concessão de serviço "público": aquele serviço de caráter existencial "privado", cujo tráfico generalizado e cujo espontâneo reconhecimento de cogência pelos indivíduos, induziu o Estado a declará-lo público.

A pergunta que aqui surge é a de se saber se as relações jurídicas do tráfico em massa que tem como finalidade uma prestação existencial podem ser qualificadas de negócio jurídico e mais precisamente como contrato, pois que se trata sempre de negócios jurídicos bilaterais.

Este problema foi examinado e largamente discutido na Alemanha desde 1941, quando foi suscitado pelo Prof. HAUPT no seu trabalho intitulado "Das Relações Contratuais Fáticas" (*Über Faktische Vertragserhältnisse*) (1). Observe-se desde logo que a expressão não é feliz, pois contém contradição evidente como também observaram Pontes de Miranda (2) e Nikisch (3): se se trata de relações contratuais, elas serão forçosamente jurídicas e não fáticas

e vice-versa. Na verdade, o que ela quer significar, são certas situações, semelhantes às contratuais, que no entender de HAUPT, não se estabeleceriam a partir de manifestações de vontade, ou manifestações de vontade válidas.

Com a doutrina das relações contratuais fáticas, HAUPT defendeu a tese de que a teoria clássica do negócio jurídico não serve mais em nossos dias, para explicar uma série de situações e a da conseqüente necessidade de construir-se uma nova teoria do negócio jurídico a fim de nela abrangê-las. Esta colocação originou o que alguns chamaram de "crise do negócio jurídico" e as opiniões se dividiram, tanto na doutrina como na jurisprudência. No Brasil, o problema não foi suscitado, nem por uma, nem por outra; como tem implicações profundas, repercutindo nas concepções que estão à base de todo ordenamento jurídico, cremos interessante abordá-lo, ainda que parcial e sucintamente.

As situações visadas por HAUPT sob a denominação geral de relações contratuais fáticas dividem-se em quatro grupos e são as seguintes (4):

- 1 — o "contato social" no qual se reconhecem situações semelhantes às relações contratuais;
- 2 — relações jurídicas de prestação que se estabeleceram sem declaração de vontade, tendo sido satisfeitas por uma das partes ao menos;
- 3 — as situações oriundas de relações duradouras nascidas de contratos nulos ou ineficazes que, sem atenção à deficiência funcionam de fato e devem ser protegidas;
- 4 — as situações criadas pelo moderno tráfico em massa, onde contratos são celebrados sem participação da vontade individual (contratos de massa e de adesão).

As discussões no entanto mostraram que os dois primeiros grupos devem ser retirados do âmbito das relações contratuais fáticas. De fato, o chamado contato social suscita tão só problemas de responsabilidade extra-contratual, constituindo campo à parte e que é o da teoria da culpa in contrahendo, ou seja, obrigações que surgem no trato negocial e que não tem seu fundamento ou sua fonte num contrato, porque este ainda não foi celebrado ou o foi, e é nulo.

O que HAUPT denominou de relações jurídicas de prestação que se estabeleceriam sem declaração de vontade não oferece o menor problema, já que a lei permite que as declarações de vontade para a conclusão de contrato sejam tácitas (§ 151 do BGB, Arts. 1079 e 1984 do C. Civil) e não se compreende mesmo que tais situações tenham sido problematizadas.

Assim, a doutrina das relações contratuais fácticas abrange, no estado atual da discussão, tão somente as situações criadas por relações jurídicas duradouras oriundas de contratos nulos (especialmente de trabalho e de sociedade) que não podem, decretada a nulidade, ser apagadas do mundo jurídico, seja porque uma das prestações não pode ser devolvida (o trabalho efetivamente prestado), seja porque há interesses importantes de outra ordem a serem resguardados (interesses de credores da sociedade de fato); e as situações criadas pelo tráfico em massa no campo das prestações existenciais. O presente trabalho se propõe examinar tão somente esta última categoria.

II — O CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO E O TRÁFICO EM MASSA

Com a doutrina das relações contratuais fácticas levantou HAUPT o problema da necessidade de se revisar desde a sua base a teoria do negócio jurídico, porque, tal como é tradicionalmente entendido, não se adapta às exigências do moderno tráfico em massa, especialmente no que diz respeito às relações jurídicas que tem por objeto uma prestação de caráter existencial. Exemplos de relações desta espécie são as que se estabelecem entre o usuário e a empresa concessionária do transporte público, entre o particular e a companhia fornecedora de água, gás, eletricidade, etc. Constituem tais relações os chamados contratos de massa ou de adesão, os quais, se contratos são, representam efetivamente uma transformação da concepção clássica de contrato e que é a adotada pelos códigos modernos. A fim de se examinar esta questão, impõe-se o exame preliminar do conceito de contrato ou, mais amplamente, de negócio jurídico.

A teoria do negócio jurídico, elaborada no século passado, numa época em que o indivíduo era considerado como valor supremo, representou uma das formas, e talvez a mais importante, pelas quais o ordenado jurídico reconheceu a liberdade individual, através da consagração do princípio da autonomia da vontade. O negócio jurídico foi inicialmente concebido como o instrumento por meio do qual a vontade individual podia produzir efeitos jurídicos, criando direitos e obrigações; constituiu-se em pedra angular de toda ordem jurídica privada. As duas teorias, a da vontade e a da declaração, explicitaram de forma diversa o mesmo fenômeno: a consagração jurídica do dogma da autonomia da vontade a qual era, em última análise, vontade arbitrária. Só mais tarde é

que se reconheceu que a vontade não pode ser fonte de direitos e obrigações, pois os efeitos jurídicos decorrem exclusivamente da lei. A vontade foi reduzida então a elemento do suporte fáctico de fato jurídico: este é que, após a incidência da norma jurídica, produz efeitos jurídicos. Este reconhecimento contribuiu decisivamente para o abandono do voluntarismo no direito.

No entanto, como segundo as palavras do Professor Armando Câmara, «cultura é relação», este fenômeno não pode ser compreendido isoladamente e é interessante tecer algumas considerações meta-jurídicas.

A teoria do negócio jurídico foi profundamente influenciada pelo espírito individualista, fruto do liberalismo político dominante na época em que foi elaborada e que em verdade só se modificou com as duas grandes guerras. O liberalismo estabelecia uma separação nítida e quase antitética entre o Estado e a sociedade, menosprezando aquele como um poder exterior ao grupo social, sempre pronto a oprimi-lo, valorizando a sociedade como o lugar onde o indivíduo, valor supremo e livre por natureza, se afirma e se realiza. Tarefa principal do Estado liberal é a de proteger a liberdade individual; suas intervenções na esfera particular se limitam a medidas de polícia com a finalidade de regulamentar o exercício das liberdades que pressupõe, não colocando em questão a liberdade de comércio e indústria, a propriedade particular e o dogma da autonomia de vontade. «O direito individual sobre o qual repousa o edifício liberal, presume-se satisfeito quando o indivíduo goza de uma esfera de autonomia que lhe garante o exercício do mesmo. Tem seu fundamento no homem, seja porque é inerente à natureza humana, seja porque não depende senão do próprio homem realizá-lo. O direito individual delimita negativamente a competência do Estado; legitima o dever de abstenção do Poder e a faculdade de resistência do indivíduo. O direito social, ao contrário, corresponde à consagração jurídica da necessidade. Seu fundamento repousa numa obrigação positiva do Estado em relação aos indivíduos. (...) As liberdades clássicas, que são formais e abstratas, pois que é freqüentemente impossível ao homem fazer uso delas em razão de sua dependência econômica, se oporiam as liberdades concretas, caracterizadas pelo uso efetivo que proporcionam ao direito. Com o direito individual, sou livre de ir e vir; a esta liberdade teórica, o direito social acrescenta um cupon de transporte» (5).

O conceito de liberdade individual e de autonomia da vontade sofreu no correr dos tempos, modificações profundas. A liberdade do homem, após ter sido por ele descoberta, foi pri-

meiramente abstratamente garantida e protegida (Declarações de Direitos Individuais) mas foi necessário depois, realizá-la in concreto. «Enquanto a liberdade, entendida como prerrogativa inerente à natureza humana se acomoda com seu reconhecimento abstrato, a liberdade compreendida como uma maneira de ser da existência humana exige a transformação do meio social. À liberdade metafísica é suficiente ser afirmada; à liberdade real, é necessário proporcionar a possibilidade de se exercer» (6). Assim, além de se reconhecer aos homens a faculdade de proverem livremente à realização de sua personalidade e de regularem seus interesses segundo critérios pessoais, torna-se necessário fornecer a cada um as prestações que sua situação requer para que encontre o bem estar e a segurança inseparáveis de uma existência verdadeiramente humana. Ao direito de fazer algo, que de nada vale se o indivíduo não tem os meios, se acrescenta o direito de obter algo. «Assim o direito de trabalhar se torna o direito ao trabalho, isto é, o direito de obter um emprego; o direito de se instruir, o direito ao ensino, ... (7). No plano político passou-se então da democracia liberal para a democracia social. Foi no entanto somente com as duas grandes guerras que estas transformações se completaram, modificando radicalmente a concepção do papel a ser desempenhado pelo Estado na vida do indivíduo e da sociedade. «Desde o início do século, a administração pública passa, sempre em maior grau, de simples garantia da ordem, a sujeito de prestações de caráter existencial» (8).

1 — O Princípio da Autonomia da Vontade

A evolução foi assim no sentido da crescente intervenção do Estado no domínio outrora deixado ao indivíduo. Esta intervenção na esfera particular se faz em benefício do interesse geral, para proporcionar a todos os indivíduos o gozo efetivo de uma liberdade concreta. É dentro dessa perspectiva que se há de entender a afirmação corrente de que se observa hoje uma restrição sempre maior ao princípio da autonomia da vontade. «Se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua vontade, não se poderia falar de personalidade» (9). A conquista da liberdade humana foi definitiva. O princípio da autonomia da vontade (também chamado de autonomia privada ou auto-determinação) é o princípio jurídico através do qual a ordem jurídica sanciona a liberdade individual que no plano político pode ser reconhecida de forma mais ou menos ampla conforme as concepções dominantes numa determinada sociedade, num dado mo-

mento. Todavia, hoje não se entende mais por autonomia da vontade, como os pandectistas alemães do século passado, o poder ilimitado e quase arbitrário da vontade na criação dos efeitos jurídicos. Depois que se reconheceu que a eficácia jurídica decorre da lei e não da vontade, não tem mais sentido falar-se de autonomia fora do âmbito de incidência da lei, de modo que «a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites» (10). Do ponto de vista jurídico, a vontade sempre teve limites; as regras sobre existência, validade (cuja sanção é a nulidade) e eficácia dos atos jurídicos em geral, nada mais são senão a expressão dos limites traçados pela lei à vontade. Esta, após ter sido identificada com o próprio negócio jurídico, passou a elemento essencial do seu suporte fático, ao lado da lei. Assim, o negócio jurídico pode ser conceituado como o instrumento que a ordem jurídica coloca à disposição dos indivíduos para que, através de manifestações de vontade, regulem seus interesses, adquirindo, modificando ou extinguindo direitos e obrigações, livremente, dentro dos limites por ela estabelecidos. E autonomia de vontade, como o princípio jurídico segundo o qual a ordem jurídica reconhece ao indivíduo a possibilidade de compor, através de manifestações de vontade, o suporte fático para a incidência de regras jurídicas que prevêm para ele determinados efeitos jurídicos (11). O ordenamento jurídico sanciona assim, em se tratando de negócio jurídico bilateral, o regramento de interesses que resultou de acordo de vontade, porque pressupõe que, como resultou de vontades autônomas, que se exercem dentro dos limites em que reconhece a autonomia, corresponda àquilo que as partes quiseram, e as regras jurídicas sobre anulação de negócio jurídico o asseguram.

Tal como é entendido pelo código civil relativamente aos negócios bilaterais, o princípio da autonomia da vontade aparece em dois momentos: antes da conclusão do contrato, significando a possibilidade que tem o indivíduo de concluí-lo, se e com quem quiser; no momento da conclusão, sob a forma da liberdade no regramento do conteúdo, através da possibilidade de escolha das cláusulas contratuais, sendo então chamado «princípio do auto regramento da vontade».

A teoria das relações contratuais fáticas argumenta que o campo do tráfico em massa não oferece os pressupostos para a incidência daqueles princípios, de sorte que não se poderia ver nas relações jurídicas de prestações existenciais, contrato (12).

De fato, valoriza-se neste campo precipuamente o interesse geral; o indivíduo como tal é relegado a um segundo plano. Na prestação de serviços existenciais que se dirige a to-

dos, abstrai-se das características individuais, procedendo-se, como se expressa Pontes de Miranda (13) a «certa abstratização dos figurantes» e as necessidades individuais são padronizadas para poderem ser atendidas globalmente. Não seria eficiente o serviço que, dirigido a todos, levasse em conta as exigências de cada um. O indivíduo só é considerado enquanto participante do tráfico e não como personalidade singular.

As relações de prestação estruturam-se então segundo critérios fixos, estabelecidos no interesse geral; constituem assim relações jurídicas tipificadas, ou, como diz Pontes de Miranda, «contratos com tipicidade subjetiva» (14), ao que no entanto se deve acrescentar, «e objetiva». Assim, ainda segundo o mesmo autor, «os negócios jurídicos que resultam de atos da vida em público podem ser de tipicidade tráfica tal como ocorre com as compras e vendas em público...» (15).

Todo aquele que necessitar da prestação, há de participar da mesma relação, no sentido de que ela é idêntica para todos, estruturada que foi, de antemão, da melhor forma a atender eficientemente as exigências de todos. Por outro lado, como condição de eficiência da prestação, imprescindível se torna também, evitar ao máximo, quaisquer conflitos e atritos de ordem individual no desenvolvimento daquelas relações. Por isso, muitas das regras gerais sobre negócios jurídicos, especialmente as referentes à invalidade, não são aplicáveis, ou o são com restrições, às relações de prestação existencial.

Assim sendo, observa-se a primeira limitação ao princípio da autodeterminação através do que se chama de «coação a contratar» (*Kontrahierungszwang*), em outras palavras, o dever e a obrigação que tem o Estado ou a empresa concessionária do serviço público, de prestar o serviço a todo aquele que o exigir; não lhes sendo facultado escolher entre prestar a um ou alguns e recusar a outros, em função de características individuais de pessoas ou grupos. Como observa Pontes de Miranda (16), tal dever não resulta do caráter monopolístico que pode ter a empresa, mas da natureza existencial do serviço, e as infrações a ele, através de discriminações, feriram o princípio da isonomia, uma vez que a oferta ou a invitation à oferta por parte daquele que presta serviço, se dirige a todos. A seu turno, tampouco o indivíduo tem a possibilidade de escolher entre contratar com um ou outro quando a empresa que presta o serviço, tem caráter monopolístico, o que ocorre freqüentemente (fornecimento de água, luz, telefone, ...) Nesta hipótese, a possibilidade de escolha fica reduzida à decisão entre aceitar a prestação por parte daquele que a oferece ou não aceitá-la e ficar privado do serviço.

A segunda limitação que se observa é quanto a liberdade no regramento do conteúdo do contrato e não menos significativa, porque o regramento individual das cláusulas contratuais é substituído pelo regramento legal, ocorrendo a tipificação legal do contrato quanto ao seu conteúdo. Os contratos de massa caracterizam-se por ter seu conteúdo pré-fixado, unilateralmente no interesse geral, excluindo assim a possibilidade da participação individual no seu regramento. O indivíduo adere simplesmente a tal contrato, que é por isso também chamado de contrato de adesão.

O princípio da livre determinação do conteúdo do contrato, que incide amplamente no direito civil, no campo do direito das obrigações, através do grande número de normas dispositivas que contém, é, em outros setores do direito, grandemente limitado. Isto ocorre sempre que há interesses gerais que prevalecem sobre interesses individuais, requerendo proteção maior. Estas hipóteses vem aumentando, na medida em que se abandonam as perspectivas liberais, dando-se maior importância à dimensão social do indivíduo, atribuindo ao Estado, maior número de tarefas a serem por ele desempenhadas em benefício da coletividade. Assim é que intervém no meio social, transformando-o, e a moderna sociedade de planificação econômica e social é exemplo desta transformação. Uma das técnicas mais empregadas pelo Estado é precisamente a da regulamentação do conteúdo negocial. «pré-estabelecendo o conteúdo ou parte do conteúdo do negócio jurídico bilateral» (17). O tabelamento dos preços de bens de consumo considerados de primeira necessidade e a determinação do salário-mínimo são exemplos da intervenção do Estado com a finalidade de proteger interesses gerais, limitando a liberdade individual no regramento de negócios jurídicos bilaterais.

Também na esfera estritamente particular observa-se limitações ao princípio da livre determinação do conteúdo contratual, através das condições gerais de negócio, estabelecidas por certas empresas (de transportes, de hotelaria, de seguro, etc.) com a finalidade de racionalizar e uniformizar, para simplificar, a conclusão e o desenvolvimento de contratos, porque as relações que se estabelecem entre a empresa e os clientes são numerosas e sempre iguais umas às outras. As condições gerais de negócio estabelecem um regramento geral do conteúdo do contrato e se aplicam a todos os negócios celebrados pela empresa; cada cliente a elas se submete, ou não conclui o negócio. A validade de tal procedimento é discutida; também o é a sua natureza jurídica e há os que

vêm nelas verdadeiras normas jurídicas a que faltaria tão somente a característica da obrigatoriedade do direito positivo, porque o empresário que as edita, não é legitimado para a edição de direito (18). Em todo o caso, observa Larenz, «como via de regra é de se esperar a submissão do cliente a elas, as condições gerais de negócio funcionam facticamente como normas jurídicas».

É partindo dessas observações que HAUPT afirma, relativamente às relações jurídicas de prestação existencial que «um contrato cairia no vazio, porque não há mais nada a ajustar» (19). De fato, estando todo o conteúdo do contrato pré-determinado, nada mais há a ajustar, não restando ao indivíduo senão aceitá-lo, submetendo-se àquela determinação.

Face a estas limitações ao princípio da autonomia da vontade, sendo ela o próprio fundamento do negócio jurídico, justificada está a dúvida quanto a poderem ser as relações de prestação existencial qualificadas de negócio jurídico.

Todavia, o princípio da autonomia da vontade não é um princípio absoluto; ele comporta gradações, o que já se verifica no próprio código civil; amplamente consagrado no direito das obrigações, através das normas dispositivas e interpretativas, mais limitado se encontra no direito de família e no direito das coisas, através de maior número de normas cogentes e de figuras típicas que estes setores contêm, porque regulam relações humanas por sua natureza ou por seus efeitos, de importância fundamental para o Estado. «A manifestação de vontade supõe autonomia de vontade, auto-regramento, mas o que se considera autonomia não é sempre o mesmo» (20). Tendo-se conceituado, como o fizemos, a autonomia da vontade com a possibilidade que tem o indivíduo de compor, através de manifestações de vontade, o suporte fático para a incidência de normas jurídicas que lhe atribuem determinados efeitos, e o negócio jurídico, como o resultado dessa incidência, forçoso é reconhecer que, para que haja negócio jurídico, basta um mínimo de autonomia, pois de resto, a questão é a de saber o que a lei prevê para a sua incidência, deslocando-se assim grande parte do problema para o plano do direito positivo. (Quanto mais numerosas as suas exigências, menor será a autonomia).

Por outro lado, é preciso não perder de vista que a explicitação da autonomia de vontade como a liberdade de concluir negócios e a de regramento do seu conteúdo, é feita a partir das normas que estruturam o negócio jurídico tal como é concebido pelo código civil; e que esta concepção foi influenciada pelas idéias liberais, refletindo o espírito individualista que o informa. Além disso, os fatos que ele visava

regular, no início do século, eram diversos dos atuais, tendo a realidade social, política e econômica se transformado profundamente de lá para cá. Um dos traços mais marcantes desta transformação é a progressiva massificação das relações jurídicas, na medida em que se passou da democracia liberal para a democracia social.

É preciso reconhecer que hoje, ao lado do campo próprio de aplicação do negócio jurídico, tal como é regulado pelo direito civil, visando essencialmente relações jurídicas de estrutura individual, outro campo existe, em que se estabelecem relações jurídicas com características de massa, relações cujos pólos não são os indivíduos singularmente considerados, mas a coletividade, vale dizer, a massa. A questão está mal formulada se ela for colocada em termos de «crise» do negócio jurídico, ou de «prestabilidade» da teoria clássica na época contemporânea. A teoria do negócio jurídico conserva seu campo próprio de atuação, que é aquele constituído de relações jurídicas de estrutura individual e a grande maioria dos negócios entre particulares, principalmente os de vulto, como observa Flume, (21) são concluídos nos moldes tradicionais previstos pelo código. A revisão da teoria do negócio jurídico a que os autores se referiram como sendo uma necessidade imperiosa, de fato o é, porque é preciso saber se a concepção clássica é suficientemente elástica para abranger também as relações jurídicas do tráfico em massa, de forma a se poder estender a elas a aplicação das normas jurídicas que definem e estruturam o negócio jurídico.

Já se evidenciou que o negócio jurídico não supõe só e sempre o máximo de autonomia que consiste em poder-se contratar-se com quem e como se quiser. O mínimo de autonomia, é não constranger o indivíduo a emitir manifestação de vontade porque aí, ou ter-se-á criado dever de manifestar vontade, o que diz respeito ao plano da eficácia (este dever é o que tem a empresa concessionária de serviços públicos em relação ao Estado e resultou do contrato de concessão), ou se estará negando o próprio conceito de pessoa. Por isso é que esse mínimo é encontrável no campo das prestações existenciais em massa. A relação de prestação existencial nasce em virtude do ato de quem aceita a prestação: «não se pode negar o que há de ato autônomo no entrar no ônibus que passa...» (22).

Mas isto é exigência mínima do próprio conceito de personalidade e não basta ao negócio jurídico, o qual, como resultado da incidência de normas jurídicas sobre suporte fático composto por manifestação autônoma de vontade, requer

também o mínimo de autonomia para ambas as partes, na determinação do conteúdo (composição do suporte fático), o que não se verifica quanto aos atos existenciais. É verdade que o reconhecimento, pelo código civil, do princípio da autonomia de vontade naqueles termos amplíssimos corresponde a concepção que a democracia liberal tinha de liberdade individual. Na medida em que esta se transformou, como se mostrou, no sentido de concretizar-se, tinha de transformar-se também a concepção de autonomia de vontade, porque esta não é senão a projeção jurídica daquele princípio político. O indivíduo goza hoje de maior liberdade porque dispõe dos meios concretos de exercê-la e esta liberdade só tende a aumentar, através da multiplicação dos tipos de prestações existenciais oferecidas à coletividade e a acessibilidade sempre maior e mais fácil dos bens lato sensu a maior número de pessoas. Por isso torna-se o campo do tráfico em massa cada vez mais extenso e mais importante e o do negócio jurídico individual, mais restrito, porém não se pode dizer que se torne menos importante.

Paralelamente a esta evolução, foi se operando um estreitamento da autonomia de vontade; entretanto, quanto a sua essência, ela não pode deixar de ser o que é: a liberdade maior ou menor no momento da conclusão do negócio jurídico e a liberdade, maior ou menor, na determinação do conteúdo negocial.

2 — A Vontade como Elemento Essencial do Suporte Fático de Negócio Jurídico

O argumento central da teoria das relações contratuais fáticas para negar constituírem as relações de prestação existencial negócio jurídico, diz respeito a teoria das fontes e é o de que tais relações se estabelecem a partir do fato da utilização da prestação e não a partir de manifestações de vontade. A utilização da prestação, é, segundo ela, uma conduta objetiva sem nenhum conteúdo volitivo. Falou-se por isso, em «teoria dos dois níveis» (Zwei-Ebenen-Theorie), significando a igual relevância do suporte fático com vontade e do suporte fático com fato. Se a relação jurídica se estabelece por força da utilização da prestação e se esta não se constitui em manifestação de vontade, sua fonte não pode ser negocial. Este é o significado da denominação «relações contratuais fáticas»: relações contratuais cuja fonte não é um contrato, mas um fato.

O exemplo utilizado por HAUPT e pelos demais autores que se detiveram na análise desta questão, é o do transporte

público coletivo: a relação de transporte entre o passageiro e a empresa transportadora, nasce não por força da conclusão de um contrato entre eles, mas pelo fato de entrar o indivíduo no ônibus. Neste momento nasce a relação jurídica, da qual o pagamento da tarifa, a que o passageiro está obrigado, é efeito. Uma obrigação bilateral nasceu, não do consenso, mas de um fato.

Karl Larenz, que também defendeu este ponto de vista, denominou aquele fato de «conduta socialmente típica» ou «conduta social — típica» e a colocou, no seu Lehrbuch, entre as fontes de obrigação, dizendo: «o moderno tráfico em massa acarreta que, em alguns casos, segundo a concepção do tráfico, assume-se obrigações, estabelecem-se relações jurídicas obrigacionais, sem que verdadeiras manifestações de vontade sejam emitidas» (23). Estes casos são os que se referem às prestações existenciais imprescindíveis que podem ser utilizadas por qualquer pessoa, nas condições da tarifa. «As declarações de vontade se substitui a oferta pública de fato de uma prestação (ao lado da publicação da tarifa) e a utilização fática da prestação por um participante do tráfico. Ambos, a oferta pública de fato e a utilização fática da prestação, não representam declarações de vontade dirigidas à produção de determinados defeitos jurídicos, mas uma conduta correspondente, a qual, pelo significado social típico, tem os mesmos efeitos jurídicos da atuação jurídica negocial». (23)

A oferta pública através do colocar à disposição a prestação e a aceitação através da utilização dela, não são adequadas a configurar a conclusão de contrato, como a entende a lei civil, porque não há consenso. Assim, as regras jurídicas que regulam o contrato são aplicáveis ao desenvolvimento da relação jurídica de prestação, mas não se aplicam ao surgimento dela, porque falta ao suporte fático, elemento essencial, a vontade concordante. Segundo esta orientação, o ato existencial, ou, na terminologia de Larenz, já aceita, a conduta social típica, é então ato-fato.

O interesse da distinção está em se encontrar o fundamento jurídico para justificar a não aplicação aos atos existenciais, das normas jurídicas relativas a invalidade do negócio jurídico. Este é ponto que causa alguma perplexidade, mas de fato, no campo do tráfico em massa ninguém pensará em anular um ato existencial por incapacidade relativa do agente ou sob a alegação de ter havido erro por exemplo, desde que o ato «se realize dentro de moldes normais e adequados» (24).

A convicção geral é no sentido de que o menor ou o lou-

co possam trafegar no bonde ou no trem, fazer compras em supermercado e refeições em restaurante, obter o fornecimento de água ou energia elétrica, e assim por diante, sem se cogitar de se estavam ou não autorizados por seus representantes legais ou mesmo se os tinham, não se investigando sequer a capacidade das pessoas quando elas se comportam adequadamente. O ato existencial, visando atender necessidades básicas do indivíduo, é, por definição, praticável por todos; em lugar da capacidade, exige-se que o ato se conforme ao padrão de normalidade estabelecido por usos e costumes do tráfico, muitas vezes previstos na própria lei ou regulamento de determinado serviço. Os pressupostos de «validade» do ato existencial são então somente objetivos e não subjetivos: exige-se a conformidade da conduta a um padrão objetivo e não a conformidade dela aos elementos subjetivos do agente. Por isso, denominou-o Larenz de «conduta social típica».

O problema cresceu de interesse na Alemanha, porque a jurisprudência desse país se utilizou dessa concepção para fundamentar alguns julgados, decidindo pela existência de uma obrigação contratual nascida de conduta social típica, apesar da declaração expressa de vontade da parte em sentido contrário. (Ver item IV).

As opiniões da doutrina dividiram-se, por assim dizer, em duas correntes: a que vê no ato existencial manifestação de vontade e a que lhe nega qualquer conteúdo volitivo.

a) O ato existencial como negócio jurídico

Esta corrente conta com o maior número de adeptos: Esser, Siebert, Lehmann, Flume, Bidlinsky, alguns dos quais muito radicais nesta opinião. O que todos eles pretendem, por caminhos um pouco diversos, é, em face da tese de HAUPT, «salvar» a teoria do negócio jurídico.

Para qualificar de negócio jurídico os atos existenciais, partem da afirmação de ser o ato de utilização da prestação, manifestação de vontade. De fato, não exigindo a própria lei que a declaração de vontade para concluir negócio jurídico seja expressa (arts. 1079 e 1084, § 151 BGB), podendo ser tácita ou pelo silêncio, ou ainda através de atos ou atuações volitivas Willensbetätigungen, denominadas por Pontes de Miranda de manifestações simples de vontade, porque são a-declarativas no sentido de ser o ato simples indício de vontade, não haveria aparentemente, maior dificuldade em admitir-se esta concepção. Mas a dificuldade não está na maneira como se exterioriza a vontade, senão que está na própria vontade, porque «o que importa para se saber se a declara-

ção de vontade ou ato volitivo a-declarativo pode ser suporte fático de negócio jurídico é precisar-se se a vontade, que ali se declara ou que aqui se manifesta, contém a de estabelecer o negócio jurídico ou o suporte fático de negócio jurídico. Não há negócio jurídico sem vontade de negócio. *Vontade de negócio e não só declaração de vontade*» (25).

O negócio jurídico supõe, como condição de existência, a exteriorização de vontade negocial. A caracterização desta é, no entanto, ainda hoje, discutida. Assim, como pressuposto de existência da vontade negocial e portanto do negócio jurídico, exigem alguns autores, entre os quais Lehmann, von Tuhr, Pontes de Miranda, a consciência da manifestação (Erklärungsbewusstsein) ou a vontade de manifestar (Erklärungswille). Outros, como Enneccerus-Nypperday, Manigk, contentam-se com a existência de uma consciência da exteriorização. Por outro lado, persiste a antiga dicotomia: primado da vontade sobre a declaração ou primado desta sobre aquela, e se pergunta: é necessário que por trás da manifestação exista uma vontade negocial ou basta, para a vinculação, tão somente a manifestação? Quanto a este ponto há-se de concordar com Pontes de Miranda quando diz que «à tese do primado da declaração formal sucedeu a antítese da teoria da vontade, a que havia de se seguir a síntese, e esta tinha de partir de que a vontade é que há de primar, salvo onde fazê-la mais forte que a manifestação poria em risco a segurança do tráfico (26). Aqui está presente, em última análise, o reconhecimento de um segundo princípio do direito privado, ao lado do princípio da autonomia da vontade e que é o da proteção à confiança, que a seguir será examinado.

Quanto à vontade negocial, há ainda os que a caracterizam como sendo a vontade dos efeitos jurídicos. Mas isto não basta; de um lado, porque os efeitos jurídicos são efeitos de fato jurídico e por conseguinte, de suporte fático em que há vontade e da lei; de outro, porque muitos efeitos se produzem sem terem sido queridos e mesmo contra a vontade dos manifestantes. Queridos ou não, os efeitos são aqueles que a lei atribui a determinado fato jurídico. «Ora, a vontade pode não ser dos efeitos jurídicos; quem compra não pensa na actio empti; pensa em vir a adquirir a coisa, o que não depende só da compra e venda; pensa no negócio jurídico; e ainda que pensasse em X efeitos jurídicos, a declaração ou manifestação de vontade só irá obter aqueles que resultarem do negócio jurídico mesmo» (27). A vontade dos efeitos é portanto inseparável da vontade de negócio; quem quer certos efeitos jurídicos precisa querer também o negócio jurídico (intenção de realizar negócio). Assim, por von-

tade negocial apta a ser suporte fáctico de negócio jurídico se há de entender em 1º lugar, a vontade de realizar negócio, e só posteriormente a dos efeitos. Negócio jurídico existe, em existindo apenas aquela e foi não sério, mas inexistente na hipótese inversa. No que se refere à manifestação, há de se exigir seja ela consciente. Quem manifesta vontade, sem consciência do seu significado negocial, não pratica negócio jurídico, por exigência do princípio da autonomia da vontade.

Os autores que adotam a posição que ora examinamos, sublinham todos a necessidade de se desligar «de um falso psicologismo no campo da doutrina da declaração de vontade» (28) e a crítica feita por Siebert a Haupt e Larenz é a de que, se não vêem no ato de utilização de prestação existencial, manifestação de vontade, é porque partem de uma concepção demasiado individual-psicológica de declaração, quando em verdade, «aquele que se utiliza da prestação existencial está, via de regra, consciente de que se trata, ao entrar no bonde, de outra coisa do que quando aceita, no domingo, o convite de amigo para passeio pelo campo. Em outras palavras, o participante do tráfico, aquele que se utiliza do bonde, por exemplo, tem consciência das consequências jurídicas e econômicas de sua conduta. Tem por isso, via de regra, a vontade de originar um determinado efeito negocial e com isto também a vontade negocial, pressuposto regular de uma declaração de vontade» (29). Sublinha ainda o mesmo autor, não se tratar de uma ficção de declaração de vontade, mas de valorização jurídica de uma conduta fáctica.

Há aqui aparentemente uma certa contradição, porque, ou se trata de uma conduta que realmente manifesta vontade, portanto, de manifestação tácita de vontade ou manifestação simples de vontade, ou de uma conduta à qual a lei ou os usos do tráfico atribuem um significado negocial. E de fato, a esta conclusão acaba por chegar Siebert, ao analisar a hipótese formulada por Haupt através do seguinte exemplo: um aviador amador, sem o saber, pousa seu avião num aeroporto comercial, incorrendo por este fato, na obrigação de pagar a correspondente taxa de pouso. Aqui, embora a conduta do indivíduo manifeste uma determinada vontade negocial, não tinha ele consciência deste fato, nem a intenção de manifestar tal vontade, de modo que, segundo as regras da lei civil, se há de concluir que negócio jurídico não houve. Esta conclusão, no entanto, segundo Siebert (e também segundo Haupt, mas por outras razões) não se adapta as relações de prestação existencial no campo do tráfico em massa, porque «a tipicidade social destas relações, a necessidade prática de execução dos casos singulares sem atritos, seu caráter

de massa, dão ensejo a que se atribua importância maior aos círculos do tráfico partícipes da relação, especialmente ao destinatário da manifestação, do que ao interesse do agente em não ficar vinculado a sua conduta exterior, de cujo significado negocial não tinha consciência» (30).

O ter evidenciado desta forma as especialidades do tráfico em massa é, segundo o mesmo autor, o grande mérito da teoria das relações contratuais fácticas, embora não se precise, para chegar aquela conclusão, negar, com Haupt, que a relação de prestação não se estabelece em virtude da conclusão de negócio jurídico. Isto porque no próprio BGB a consciência da manifestação e a vontade negocial não são pressupostos absolutos da manifestação de vontade, pois em certos casos, a lei atribui à conduta exterior de uma das partes, sem atenção a sua vontade interior, um conteúdo de declaração negocial. O exemplo citado por Siebert é o da continuação do uso da coisa pelo locatário, que vale como prorrogação da locação por prazo indeterminado se o locador, dentro de duas semanas findo o prazo da locação, outra coisa não declarar (BGB § 568, Código Civil, art. 1195). Em casos como este, ninguém há de alegar falta de consciência ou de vontade negocial, embora aquela situação seja impugnável, entre outras razões, por exemplo, por erro. De maneira que nesta hipótese, manifestação de vontade existe, independentemente da verificação dos elementos subjetivos; a validade já é outro problema.

Mas, ainda outra hipótese existe, no direito alemão, em que a vontade interior (consciência e intenção) não é pressuposto da manifestação de vontade negocial. A partir do § 157 BGB que contém regra de interpretação que não temos em direito civil brasileiro mas sim em direito comercial no art. 131 do código comercial e que tempera o subjetivismo da regra do § 133 e art. 85 do código civil, segundo a qual «os contratos devem ser interpretados como o exige a boa fé, atendendo-se aos usos e costumes», a jurisprudência alemã construiu, relativamente ao valor objetivo de declaração de uma conduta, o princípio por ela mesma assim formulado: «reconhece-se, no estado atual do direito, que cada um tem de deixar valer os seus atos contra si mesmo, não como era a sua intenção segundo a vontade interior, não manifestada, mas como foram entendidos pelos usos e costumes do tráfico, isto é, pelas concepções do tráfico». Ou ainda: «decisiva não é a vontade interior do agente, mas sim, de como sua conduta é valorizada pelos usos e costumes e concepções dominantes do tráfico». — Disso se conclui que «o fundamento direto da responsabilidade não é uma vontade dirigida a esta respon-

sabilidade, mas o princípio da boa fé e o da proteção à confiança» (31).

Reconhece-se aqui vigência ao princípio da proteção à confiança o qual, segundo as palavras de Staudinger (32) é hoje da mais alta relevância devido à «despersonalização do moderno tráfico negocial». Incide ele sobre as relações jurídicas negociais ao lado da autonomia da vontade e visa, limitando-a, proteger a segurança do tráfico. «A autonomia privada é de um lado, o *primum principium* para todas as situações jurídicas de direito privado. Mas de outro, uma compreensão global do direito privado seria impossível, se se negligenciasse seus outros fatores, porque as regras que deles emanam atingem profundamente a autonomia privada, completando e limitando-as» (33). Estes outros fatores são precisamente a boa fé e a proteção à confiança.

A idéia da proteção à confiança constitui, segundo Staudinger, o segundo princípio da ordem jurídica privada porque também dela e não só da autonomia privada, podem resultar vinculações jurídicas e responsabilidade no tráfico jurídico, risco que corre todo aquele que dele participa. Assim, enquanto em muitas hipóteses alguém se obriga porque quis obrigar-se, manifestando expressa ou tacitamente esta vontade negocial, em outras, pode alguém obrigar-se porque se conduziu de forma tal que outrem desta conduta depreendeu uma vontade negocial e nela confiou. Na primeira hipótese, vontade negocial existe, e o fundamento da vinculação é o princípio da autonomia da vontade; na segunda, vontade negocial de fato pode não existir, mas um vínculo jurídico se estabelece baseado no princípio da proteção à confiança. É por isso que se disse que «decisiva não é a vontade interior do agente mas sim, de como sua conduta é valorizada pelos usos e costumes e concepções dominantes do tráfico». Trata-se portanto de conduta concludente (*facta concludentia*, já percebida e revelada por Savigny), espécie de manifestação tácita de vontade em sentido amplo, mas dela se distinguindo em sentido estrito, porque o indivíduo responde pela sua conduta, mesmo que não tenha manifestado nem tenha tido intenção de manifestar vontade negocial, se de sua conduta se podia concluir ou alguém concluiu, vontade negocial, de forma que será tratada como se tivesse tido essa vontade. Staudinger assim se expressa: «Responsabilidade pela confiança, em virtude de conduta concludente no tráfico jurídico se estabelece, quando uma parte se comporta no tráfico negocial de maneira tal que determinados terceiros, pressuposta uma orientação honesta e razoável, possam confiar em que aquela parte tenha tomado e exteriorizado determinada decisão ne-

gocial, assim que exige a boa fé, seja aquela parte tratada como se tivesse declarado a correspondente vontade negocial» (34). E continua: «O fundamento aqui não é a existência de uma vontade negocial da parte obrigada, ainda que não declarada, mas, baseada no princípio da boa fé, a proteção à confiança de terceiro, que confiou na conduta daquela parte». Em verdade, de manifestação de vontade aqui não se pode falar. Há uma presunção *juris et de jure* ou mesmo uma ficção de manifestação, mas somente quanto aos efeitos dela. «A equiparação à manifestação de vontade diz respeito aqui tão somente aos efeitos que se atribui a referida conduta, porque o fundamento de tais efeitos é totalmente diverso, repousando não na autonomia privada, mas no princípio da proteção à confiança» (35).

Na interpretação da conduta concludente decisivo é o significado objetivo que os usos e costumes do tráfico lhe atribuem, porque somente quando este significado é unívoco é que se pode cogitar de responsabilidade pela confiança em virtude de conduta concludente.

Por outro lado, pode o indivíduo, tendo consciência do significado de sua conduta, ter interesse em evitar as consequências que dela resultam, o que ele obtém através de uma *protestatio*. A eficácia dela, no entanto, é limitada, o que aparece claramente quando se cogita de que há efeitos que a lei atribui a uma manifestação de vontade e que se produzem independentemente e mesmo contra a vontade do manifestante. Além disso a máxima «*protestatio facto contraria non valet*» impede que se possa pretender protestar contra um determinado significado da conduta, quando a conduta de fato é incompatível com a *protestatio*. O exemplo citado por Staudinger é o daquele que recebe livro para examiná-lo antes da compra e que corta as folhas ou faz apontamentos: tem-se que, por esse fato, expressou sua vontade de comprar, mesmo se protesta expressamente contra sua interpretação.

Siebert entende então que o fato da utilização da prestação existencial, do qual nasce a relação jurídica de prestação, é uma conduta concludente que permite dela inferir-se vontade negocial. Com ele parece concordar Flume quando diz, criticando Larenz, que «a utilização da prestação oferecida em troca de uma tarifa é, exatamente devido ao seu significado social típico, um negócio jurídico» (36), porque as concepções dominantes do tráfico atribuem aquele ato um significado de manifestação de vontade negocial. Mesmo que no caso esta não exista, a obrigação se estabelece, baseada no princípio da proteção à confiança e não na autonomia da vontade.

A consequência desta diversidade quanto ao fundamento da responsabilidade é a de que nem todas as regras relativas ao negócio jurídico tal como é concebido pela lei civil, ou seja, aquele que nasceu de manifestação autônoma de vontade, são aplicáveis aos negócios jurídicos cujo objeto é uma prestação existencial. Assim, as regras sobre anulação de negócios por defeito de vontade tem uma aplicação restrita; a possibilidade de anulação por erro se exclui totalmente, porque, como diz Staudinger, «a admissão de manifestação tácita de vontade nesse caso, perderia seu sentido essencial, se o agente pudesse declarar que se enganara a respeito do significado que se poderia atribuir a sua conduta» (37), já que o fim visado não é a proteção da vontade individual, mas a confiança de terceiros. Esta construção, como o aponta Siebert, se adapta perfeitamente às prestações existenciais em massa, porque no campo do tráfico em massa o suporte fático das regras sobre anulação por erro não se compõe, já que, como se disse anteriormente, a vontade individual não é valorizada: «as características e as finalidades individuais são niveladas, só tendo significação jurídica os caracteres típicos e gerais. Tipificação e nivelamento são a expressão de supressão do momento volitivo. O destinatário da prestação se encontra numa situação típica; a identidade das relações jurídicas para todos exclui que se leve em consideração a vontade individual» (38).

Também a anulação por dolo ou coação não é de ser admitida porque só se protege, por definição, a confiança que terceiros, «honesta e razoavelmente» depositaram no significado negocial de determinada conduta, e por isso afirma Staudinger, que tais regras «não são necessárias». De maneira que está implícita a inaplicabilidade das normas relativas à anulabilidade por dolo e coação. Siebert não se dá conta deste detalhe, apesar de também ter frisado que se pressupõe, na proteção à confiança, uma orientação honesta e razoável por parte daquele que confiou, pois afirma que «a idéia de direito da força normativa dos usos e costumes do tráfico exige que se pesem os interesses do tráfico na execução dos casos singulares sem atritos e o interesse do participante individual em ser exonerado do vínculo negocial em virtude de deficiência de vontade. Na anulação por dolo ou coação, o momento anti-jurídico pesa mais a favor da proteção do interesse individual» (39). Acrescenta no entanto que, referentemente às prestações existenciais, tais casos dificilmente ocorrerão, porque o destinatário (o empresário) não conhece ou não poderá conhecer o dolo e muito menos o exercerá pessoalmente. Quanto a coação, que também raramente há de ocorrer, «a anula-

ção é de se admitir sem restrições». Todavia, a razão está em Staudinger, porque quando há coação ou dolo, a hipótese de proteção à confiança, por definição, nem chega a se configurar, de modo que não se estabelece vínculo jurídico algum; há, isso sim, ato ilícito absoluto.

Em última análise, pode se afirmar que as regras relativas à conclusão de negócio jurídico que tem como suporte fático a vontade, não se aplicam aos negócios jurídicos que nascem em virtude de proteção à confiança, porque esta, e não a vontade, é que está a sua base.

No entanto, exceção se abre, às regras sobre capacidade, e neste particular, Siebert é evasivo dizendo que «as hipóteses de incapacidade praticamente, não alcançam maior importância, porque, ou, semelhantemente aos demais casos de utilização social típica de prestação existencial se desenvolverão sem atritos, ou não chegam a se tornar agudos (...) quando a outra parte, reconhecendo a incapacidade recusa a conclusão de contrato» (40). O BGB possui, porém, uma disposição chamada de «parágrafo da mesada» (Taschengeldparagraph), § 110, que facilita a solução desta hipótese, pois, de acordo com ele, «um contrato concluído pelo menor sem o consentimento do representante legal considera-se desde o início válido, se o menor satisfaz a prestação contratual com meios que, para esse fim, ou para livre disposição lhe foram cedidos pelo representante ou, com o consentimento deste, por terceiro». Segundo Siebert, esta, ou a exigência da autorização, estarão satisfeitas na maior parte dos casos, mas admite, em última instância que os contratos que tem por objeto uma prestação existencial possam ser declarados nulos por incapacidade, hipótese que se resolve, se a prestação já foi utilizada, através do enriquecimento sem causa, pois que não pode ser devolvida.

Segundo Siebert, em suma, juridicamente explicável é tão somente a impossibilidade de anulação por erro. Mas, repita-se, sem razão, pois como se viu, na espécie em que incide o princípio da proteção à confiança, também, e por definição, não se pode admitir a anulabilidade por dolo ou coação. Quanto a nulidade por incapacidade absoluta, que teoricamente quanto àquela espécie é impossível, mas que, no campo das prestações existenciais é de se excluir, Siebert fica de certo modo a meio caminho, tentando explicar o jurídico através do que mais ocorre na prática, o que não representa nenhuma solução jurídica. Este é assim o ponto que a concepção da relação jurídica de prestação existencial como negócio jurídico nascido da proteção à confiança não resolve, é o ponto fraco desta concepção.

A maioria dos autores que adotaram o ponto de vista de ser o ato existencial negócio jurídico, de uma forma ou de outra, concordam em que tal ato não pressupõe vontade negocial. Assim, além de Siebert, Esser: «a integração dogmática da relação tipificada de prestação existencial no nosso sistema só pode ser feita através de tratamento analógico de atuações volitivas que fundamentalmente prescindem de manifestação, como uma manifestação» (41), e Ballerstedt: «é errôneo crer-se que o manifestante é obrigado porque queira obrigar-se; trata-se em última análise, de quais as consequências que a lei atribui a uma determinada conduta» (42). Em consequência, apontam todos a impossibilidade de se aplicar as regras sobre negócios jurídicos tais quais são postas pela lei civil, sublinhando a necessidade de utilização de métodos de interpretação tais como analogia e restrição, de acordo com as particularidades de cada caso, já que sob a denominação geral de ato existencial se abrangem em realidade uma série de atos que diferem entre si, e ainda a necessidade de modificação do direito através de construção doutrinária e jurisprudencial que, sem ser contra legem, lhe atribua uma dimensão mais social.

Esta mesma orientação, de ser o ato existencial negócio jurídico, é adotada ainda por Pontes de Miranda, cuja exposição no entanto não é clara e as vezes, contraditória (43). Assim, por exemplo, após ter afirmado que «a concepção do tráfico recebe alguns atos humanos como se fossem manifestações de vontade», diz que (crítica que se refere diretamente a Larenz, mas que se estende às opiniões que acabamos de expor), «a afirmação de o moderno tráfico em massa implicar que se assumam deveres e obrigações sem que se tenha querido manifestar vontade, é falsa... Não se pode dizer que o ato de entrar no ônibus, ou no bonde ou de ter de pagar o preço não seja manifestação de vontade. O que se passa é que quase todo o conteúdo da manifestação de vontade já estava pré-estabelecido, e não se pode deixar de ver na vinculação ou no direito a ser transportado, eficácia de negócio jurídico típico». Surge então a dúvida: o ato de utilização da prestação é manifestação de vontade ou é ato ao qual a concepção do tráfico atribui tal significado.

Quanto ao aspecto que diz com a nulidade e anulabilidade dos atos existenciais, diz Pontes de Miranda: «o Estado teve de reger o convívio humano, devido ao crescimento das populações, das empresas técnicas e a impossibilidade mesma de se identificar cada um dos figurantes. O direito público intrometeu-se e estabeleceu os contratos de exploração de serviços públicos, em que não se deu importância ao ato huma-

no como suscetível de deficiência (nulidade, anulabilidade). Em vez disso, considerou o ato humano como suficiente e sem deficiência». A caracterização nestes termos serviria antes à conclusão de ser o ato existencial ato-fato; mas esta objeção é refutada em seguida pelo próprio autor: «quem foi no trem, no bonde, no ônibus, na barca ou na balsa, negociou. O direito tem tal ato como ato humano, que é, embora o reputa não suscetível de se lhe investigar a deficiência».

Então, de um lado excluiu-se a nulidade e a anulabilidade porque o direito considera o ato suficiente; mas por outro lado, afirma Pontes de Miranda que o menor e o louco podem negociar porque «o direito público teve que atender a que o louco e o menor de 16 anos precisam de transporte como as outras pessoas. Entre vedar-lhes a utilização dos transportes e considerá-los com o consentimento dos pais, tutores ou curadores, ou do Estado, se os não tem, o direito preferiu o segundo caminho». Então, ainda segundo o mesmo autor, quem aceita (pela utilização) não é o incapaz, mas o representante legal e na ausência deste o Estado («por necessidade pública ou por negligência»), entrando o ato do incapaz no mundo jurídico, como ato-fato.

Parece fora de dúvida que Pontes de Miranda vai longe demais; como admitir-se um ato-fato que necessite de consentimento? Por outro lado, não se entende em que sentido é o ato suficiente, não suscetível de se lhe investigar a deficiência: assim é porque se trata de ato-fato e então não há necessidade de consentimento, ou porque há presunção absoluta de consentimento e então o ato de utilização da prestação não é o ato-fato. Uma coisa exclui a outra; há duas soluções, é preciso adotar só uma.

Ainda outra afirmação que não se enquadra no contexto da exposição de Pontes de Miranda é a de que «o cartão, o bilhete, a ficha ou outro recibo sem nome é expressão de que se abstraiu do apresentante, de jeito que não se pode pensar em invocação de regras jurídicas sobre incapacidade e invalidade por erro de pessoa ou por dolo. A violência e o dolo ou o próprio erro só seriam matéria para discussão da posse. O cartão é para alguém dentre todos...» Se se abstraiu dos figurantes de jeito a não se poderem invocar, por isso, as regras sobre incapacidade e deficiência de vontade, porque presumir o consentimento do representante legal (e fingir representante legal na pessoa do próprio Estado)? Pontes apresenta aqui mais uma solução para o problema da incapacidade. Quanto à anulabilidade nada se diz sobre poder ser anulado o consentimento presumido do representante legal.

Parece-me que, no fundo, o que Pontes de Miranda não consegue é explicar porque o ato de utilização da prestação não é, em todos os casos, ato-fato. Desta conclusão ele de certa maneira foge, porque, não admitindo que o negócio jurídico possa surgir sem vontade negocial, mas reconhecendo que «a vida de relação procede a certa abstratização dos figurantes dos negócios jurídicos em que há o contato com o alter, ou com o freguês, e dos figurantes do contrato de transporte», ela seria a única coerente.

b) A concepção de Karl Larenz e a concepção do ato existencial como ato-fato

Uma referência à concepção de Larenz já foi feita anteriormente (pg. 15 e 16). Segundo este autor, o usuário que entra no ônibus «tem, neste momento, via de regra, apenas a vontade de ser transportado ao destino e não cogita de concluir previamente um contrato com a empresa. Estará todavia, disposto a assumir as conseqüências jurídicas de seu ato, e por isso, a pagar o preço tarifário. Só que, para o nascimento da relação de transporte é indiferente se ele tem esta vontade ou se reconhecidamente não a tem» (44). Renunciando-se recorrer a uma ficção, o fundamento da responsabilidade só pode ser encontrado, segundo Larenz, na convicção jurídica geral de que aquele que se conduz da maneira estabelecida, «social típica», qual seja, utilizando uma prestação existencial oferecida publicamente, por este fato se vincula juridicamente, sem considerações sobre ter sido ou não esta a sua vontade. A relação de prestação «nasce por força da convicção jurídica do tráfico, através da utilização de fato da prestação existencial como conduta social típica». Por isso é de se excluir a possibilidade de anulação do ato assim como a exigência de capacidade negocial do agente, mas somente a «aptidão para reconhecer o significado social típico da conduta». Em contraposição há de se exigir que «o agente tenha consciência das circunstâncias das quais resulta o significado social típico de sua conduta, portanto por exemplo, que saiba que está se utilizando de um meio de transporte ou que o estacionamento que utiliza é sujeito a pagamento. Só então tem ele a possibilidade de orientar sua conduta em função dos efeitos, o que constitui exigência do princípio da autonomia privada. Dever conhecer é o mesmo que conhecer. Neste sentido tem de ser a conduta, no seu significado social típico, imputável ao agente» (45).

As regras jurídicas sobre contratos se aplicam ao desenvolvimento da relação jurídica, mas não podem aplicar-se ao seu nascimento, já que não havendo vontade, não há consenso.

Esta concepção suscita certas dificuldades, como a de saber o que significa o ter de ser a conduta, quanto ao seu significado social típico, imputável ao agente. O louco ou o estrangeiro que acaba de chegar ao país de costumes e concepções totalmente diversas não tem condições de conhecer tal significado e portanto não pode orientar sua conduta em função dos efeitos. A pergunta que surge é a de se saber qual a conseqüência disso: seria o ato nulo na primeira hipótese e anulável na segunda? Sob pena de perder sentido toda a construção, a solução só pode ser no plano da existência, de forma que se há de dizer que vinculação jurídica não houve, a obrigação não nasceu; solução de certa forma no mundo fáctico impraticável, mormente se a prestação foi efetuada pela outra parte.

A outra dificuldade está em que, de acordo com Larenz, sempre que o passageiro, antes da utilização do transporte, adquire bilhete ou passagem, a fonte da obrigação repousa no contrato, o que acarreta a conseqüência de incidirem todas as regras jurídicas sobre conclusão de negócio jurídico. Ora, uma diferenciação tão nítida e profunda do ponto de vista jurídico não se justifica para duas situações de fato praticamente idênticas. O meio de transporte pode ser o mesmo, o mesmo o preço e a duração da viagem, apenas diverso o regulamento por ser diversa a empresa transportadora. Numa situação se exigirá capacidade, permitir-se-á anulação por erro, etc. E noutra nada disso ocorre.

Em verdade, esta dificuldade é mais profunda, atingindo as prestações existenciais na sua totalidade. É a extrema dificuldade e quase impossibilidade de tratar unitariamente todas as espécies com a finalidade de sistematizá-las. Elas diferem uma das outras tanto em si mesmas (compare-se os atos que visam obter o fornecimento de água ou luz com os que visam atender as necessidades de vestuário, alimentação ou transporte), quanto à forma sob que se apresentam, oferecidas algumas pelo Estado, direta ou indiretamente, outras a das prestações; mas mesmo que se admitisse, com Larenz, ser cargo ou critério exclusivo dos particulares ou com alguma interferência do Estado através de limitações ou tabelamento de preços.

A concepção de Larenz é insustentável exatamente porque, em lugar de simplificar as hipóteses para permitir uma sistematização, ainda que em termos gerais, diversifica-as ainda mais, dificultando uma análise global. Na hipótese acima figurada poderia ver-se simplesmente uma inversão na ordem das prestações; mas mesmo que se admitisse com Larenz, ser a fonte em certas hipóteses contratual, ter-se-ia de reconhecer

que tal contrato tem características específicas, porque se trata de um negócio do tráfico em massa; por isso não lhe seriam aplicáveis, sem mais, as regras da lei civil sobre conclusão de negócio.

A concepção do ato existencial como ato-fato aproxima-se muito da concepção de Larenz e pode-se mesmo afirmar que, quando diz que para o nascimento da relação de prestação é indiferente o saber-se se o indivíduo tinha ou não a vontade de concluir negócio, está a dizer que a fonte daquela relação é um ato-fato.

Quanto ao ato-fato é preciso ter-se presente que não se trata de uma categoria jurídica em que não está presente a vontade, mas sim, daquela categoria em que não se valoriza a vontade que pode existir ou que de fato existe no ato. Abstrai-se dela e o ato entra do mundo jurídico como fato, porque ao direito só interessa o resultado do ato. «Mais rente ao determinismo da natureza, o ato foi recebido pelo direito como fato do homem, pondo-se entre parênteses o quid psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico» (46).

Segundo as palavras do mesmo autor, o ato (existencial) é suficiente.

Assim é, de um lado, porque no campo das prestações existenciais em massa se abstrai do indivíduo e de sua subjetividade, e por outro, porque as concepções do tráfico ou a própria lei ou regulamento de determinado serviço existencial, têm ou prevêem expressamente que o ato é suficiente. Por isso é que se pode denominá-lo de conduta social típica.

Este ato típico é o elemento de conexão indispensável e suficiente para incidência do regramento jurídico. Basta entrar no ônibus, estacionar o veículo no parque especialmente destinado a esse fim ou aterrisar no aeroporto e se estará obrigado a pagar a tarifa correspondente; basta pegar a mercadoria exposta pela loja ou supermercado para se ter de pagar o preço pré-fixado.

É perfeitamente possível ver-se em todos esses atos típicos, atos-fatos; qualquer criança pode praticá-los e o regramento em todos os casos é cogente, no sentido de que as condições de prestação e as conseqüências do ato são unilateralmente fixadas, não dando margem a discussão.

Mesmo aquele que pleiteia o fornecimento de energia elétrica ou de água através de um pedido de ligação, se conduz de forma social típica e o ato previsto pelo regulamento da companhia fornecedora como requisito ou pressuposto da prestação, é suficiente, não suscetível de deficiência. E o mesmo vale para a hipótese em que o indivíduo antes de se utilizar

do transporte, adquire bilhete. Todo o ato no campo das prestações existenciais em massa é ato típico; uma vez praticado dentro dos moldes pré-estabelecidos, ele é suficiente. O ato-fato existe (e produz certos efeitos determinados em lei) ou não existe; o ato existencial ou é praticado segundo o padrão e é suficiente, ou não o é e não é apto a produzir o resultado a que se visa.

Por definição, está o ato existencial mais rente ao determinismo da natureza, dando-se maior relevo à necessidade do que à vontade, pois decisivo é o que o indivíduo precisa e não o que ele quer.

Semelhantemente ao que diz Larenz, também ao desenvolvimento da relação nascida de ato-fato, se aplicam as regras jurídicas sobre negócio jurídico (por exemplo, as regras sobre vícios redibitório). Por isso, e à mingua de outra denominação mais apropriada, pode-se chamar tal relação de «contrato», sobre o qual não incidem e são inaplicáveis, as regras jurídicas sobre negócio que tem como elemento do suporte fático a vontade negocial. Ocorre que, esvaziado de seu conteúdo, a vontade, sobrou apenas, mas sobrou, o mecanismo do negócio jurídico.

III — CONCLUSÃO

1 — “O Futuro do Direito Privado”

A problemática dos atos existenciais, como penso ter ficado evidenciado, é extremamente complexa e de grande alcance doutrinário, porque atinge a base da teoria dos negócios jurídicos e os próprios fundamentos da ordem jurídica privada. Assim Spiros Simitis, indo demasiado longe, segundo Larenz, pretendeu ver neles a expressão da transformação da função social do direito privado, especialmente do contrato (47). É no entanto inegável, e a ampla discussão que se estabeleceu na Alemanha o prova, que aparecem aqui novas tendências jurídicas, suscitadas pelas transformações gerais da vida humana. O mundo social não é estático, e o direito, como processo social de adaptação ou como instrumento de ordenação da realidade social utilizado pelo Estado para manter ou desenvolver o Bem Comum não pode ser concebido como algo imutável. A época atual se caracteriza pelo processo acelerado de transformações, devido à rapidez com que hoje se pode por em prática as novas descobertas científicas e o direito não pode ficar alheio sob pena de se tornar ineficaz. Por isso, não só a necessidade de um trabalho legislativo mais acelerado se impõe, mas também a pesquisa e a elaboração doutrinária precisam ser intensificadas.

É forçoso reconhecer que ao lado do campo de atuação próprio e específico do negócio jurídico, outro campo começou a surgir: o do tráfico em massa, do qual as prestações existenciais constituem uma parcela significativa e que só tende a se ampliar e que possui certas características que o especificam: o volume de transações, a despersonalização das relações jurídicas, as restrições ao princípio da autonomia da vontade e a grande necessidade de segurança.

O negócio jurídico, como instrumento da autonomia da vontade não pode ser utilizado nesse campo sem algumas modificações ou adaptações. Isto perceberam todos os autores que examinaram a natureza jurídica dos atos existenciais. E o problema que surgiu foi o de se saber se tais modificações são possíveis, no sentido de as comportar a teoria do negócio jurídico sem desnaturar o instituto. Quanto aos atos existenciais, a concepção que vê neles atos-fatos, responde negativamente a esta pergunta.

Neste trabalho tentei mostrar que a modificação é possível através do reconhecimento de vigência, no direito privado, do princípio da proteção à confiança. No campo do tráfico em massa ocorre aquilo que Pontes de Miranda apontou: o fazer-se mais forte a vontade põe em risco a segurança do tráfico.

Não se trata de admitir, conforme a crítica de Bidlinsky (48) que haveria dois campos distintos incidindo num deles o princípio da autonomia da vontade e no outro, o da proteção à confiança. Ambos incidem em todas as relações jurídicas de direito privado, com maior ou menor intensidade conforme a maior ou menor necessidade de segurança do tráfico que se mede pelo grau de interesse público presente. É preciso não perder de vista que o princípio da autonomia da vontade também atende a uma necessidade de segurança, mas é a segurança do indivíduo singularmente considerado; por isso, onde a necessidade de segurança do tráfico é maior do que a do indivíduo porque este, enquanto participante do tráfico obtém sua segurança daquela, há de incidir com maior intensidade o princípio da proteção à confiança.

Como mostra o professor Raiser em excelente conferência realizada em 1971 na Sociedade Jurídica de Berlim, intitulada «O Futuro do Direito Privado» (49), se, por um lado, se reconhece com toda a amplitude a autonomia privada e mesmo se lhe confere maior garantia hoje através da elaboração de um direito de personalidade, de outro, desde a primeira guerra, vem-se valorizando sempre mais a «idéia ética do indivíduo como membro» e de sua conseqüente responsabilidade social.

Esta idéia se manifesta no alargamento do princípio da boa fé, na complementação da teoria das declarações de vontade pelo princípio da proteção à confiança, na extensão de efeitos contratuais a relações jurídicas sem concordância total de vontade (sem consenso) e no anseio por uma justiça material nos contratos. «Não resta dúvida», prossegue Raiser, «de que se consumou uma modificação essencial no direito privado quanto ao seu conteúdo e também no método de aplicação do direito ou, mais geralmente falando, no seu espírito. O sistema se mostrou, naturalmente a custa de sua unidade interna, suficientemente flexível para se adaptar a concepções e necessidades profundamente modificadas».

Mas, se de um lado assim é, de outro, dado o aumento e a intensificação dos direitos de intervenção e controle do Estado em razão da pressão de suas tendências socializantes e previdenciais, pode-se falar de uma perda de função por parte do direito privado, de um estreitamento do seu âmbito de aplicação. Isto se manifestou claramente primeiro no direito do trabalho e depois no direito econômico, os quais no início do século ainda pertenciam ao direito privado, mas, nos últimos 50 anos, se independizaram, tornando-se ramos do direito à parte. Ainda segundo Raiser, manifesta-se também no que se chamou de «direito administrativo privado» ou seja, o fenômeno da utilização, pela administração pública, por razões meramente instrumentais e de oportunidade, de formas e institutos de direito privado, cujo campo de aplicação assim aparentemente se alarga, quando em verdade se restringe, porque o direito privado é apenas «tomado emprestado» para fins que lhes são alheios e informado por princípios de direito público.

Tudo isso, mostra, segundo Raiser, que «o direito privado, quanto ao seu conteúdo espiritual não está enrijado, mas quanto ao seu campo de aplicação, ao que parece, se encontra em retirada». Surge então a pergunta de se saber se esse processo é irreversível ou de saber qual a função que o direito privado é hoje e poderá ser no futuro, chamado a exercer. Aqui é preciso atentar para a circunstância de que apesar de me referir e de se referir Raiser a direito público e direito privado como se entre eles houvesse uma nítida distinção, esta todavia não é pressuposta, pois como diz aquele autor, esta distinção não constitui uma exigência de lógica jurídica mas significa apenas uma tentativa de ordenar utilmente complexos de normas e de compreendê-los segundo a sua aplicação.

Para que o direito privado se mantenha atuante, dois são os pressupostos que, de acordo com Raiser, se hão de exigir.

Em primeiro lugar, que se mantenha as concepções de liberdade, auto-determinação e responsabilidade individual da pessoa, porque sem elas não se pode conceber um direito privado. Em segundo lugar, é preciso que ele não se isole nas suas concepções clássicas por receio de perder sua identidade, mas que se proponha formar e ordenar, em cooperação com o direito público, aquele campo que Raiser denominou de público, porque, não obstante nele atuarem preponderantemente pessoas ou organizações de direito privado, esta situação é informada por princípios de direito público e dirigida a fins públicos. Esta tarefa só será realizável se levar em conta a multiplicidade de setores de vida e de necessidade de uma sociedade industrial, o que significa que não poderá fixar seus institutos em uma só função social, mas ao contrário, deverá visar a multiplicidade de funções. Trata-se de utilizar simultaneamente o mesmo instituto jurídico em funções diferentes, conforme as exigências do setor em que é empregado.

«Minha tese», diz Raiser, «é no sentido de que o grau de privatividade ou de publicidade de um campo de vida deve conduzir a diferenças juridicamente relevantes na função e manejo de institutos jurídicos de direito privado, diferenças estas que devem ser reconhecidas mais claramente do que o foram até hoje». Este critério da publicidade não é novo e aparece já nos códigos através da tipicidade legal dos direitos reais e no direito societário, por exemplo, sem que isso signifique a interferência do Estado através de atos de autoridade. Raiser sugere assim que se estruture o direito privado segundo campos de função que correspondam a campos de vida típicos, utilizando como critério de distinção o grau de privacidade ou publicidade destes campos. Quanto mais intensa a presença do conteúdo público, tanto mais intensamente vigirão, no manejo das normas e institutos do direito privado, ao lado ou em lugar dos princípios «clássicos» que se referem ao indivíduo e sua vontade, aqueles, novos, já mencionados, determinados pela idéia da responsabilidade social do indivíduo. Aplicando então este critério, Raiser distingue quatro campos em que o grau de publicidade aparece em sentido crescente. O das prestações em massa onde «os interesses tipificados de grupos passam a frente das relações e interesses individuais» ocupa o 2º lugar, porque «as relações jurídicas e os conflitos de interesse ganham, devido a sua tipicidade, significado público (não será talvez o contrário?) e tem de ser, por isso, tratadas juridicamente, apesar de com a utilização dos velhos institutos, segundo padrões diversos» (31). Aqui se observa a tipificação e standartização das relações contratuais (semelhantemente

ao que ocorreu com o direito do trabalho que por isso se separou das relações privadas e individuais de serviço reguladas pelo Código Civil); as prestações oferecidas não visam satisfazer necessidades individuais, mas «necessidades normais de grupos inteiros de consumidores. O direito contratual clássico tinha de tolerar modificações significativas e ampliações para a proteção dos consumidores, tanto no que se refere ao nascimento de tais relações jurídicas, quanto ao que diz respeito a determinação do seu conteúdo e que restringem basicamente e em muito, o princípio da autonomia privada».

A luz destas considerações e aceitando o critério proposto por Raiser, voltemos às duas concepções de ato existencial anteriormente expostas.

As modificações que se operaram no campo do tráfico em massa relativamente ao direito contratual clássico são tais, que se pode admitir ter sobrado do contrato (negócio jurídico bilateral) apenas o mecanismo, esvaziado do seu conteúdo. Exemplos mais significativos disso são os chamados contratos de adesão, as condições gerais de negócio e os contratos que tem por objeto a prestação de serviços existenciais. Em todas estas hipóteses, do princípio da autonomia da vontade só ficou a escolha inicial de querer contratar (e mesmo isso pode ser posto em dúvida).

Especificamente quanto a natureza jurídica dos atos existenciais, a opção é dupla: ou se trata de negócio jurídico informado pelo princípio da proteção à confiança, ou de atos-fatos.

Quanto a primeira, a questão pendente que não foi resolvida é a que diz respeito a capacidade negocial, porque segundo ela, haveria de admitir-se a possibilidade de nulidade do ato por incapacidade absoluta, o que não corresponde às concepções dominantes do tráfico nem ao que de fato ocorre na prática, porque se permite que incapazes utilizem prestações existenciais. Isto porque, como disse Pontes de Miranda, neste campo era preciso cogitar de todos e portanto, o grau de publicidade aqui presente é tão elevado que autoriza a que se tenha como operada mais uma modificação no regramento positivo dos contratos e por ele tolerado. Vale repetir que nos defrontamos aqui com um contrato ao nascimento do qual não se aplicam as regras jurídicas referentes a conclusão de negócio jurídico porque tal contrato não é informado pelo princípio da autonomia da vontade, mas pelo princípio da proteção à confiança e as modificações assim operadas no regramento de direito positivo se legitimam devido ao alto grau de publicidade ali presente.

Ao desenvolvimento da relação jurídica no entanto, se aplicam as regras referentes aos contratos, porque seu desenvolvimento obedece ao mecanismo próprio dos contratos.

Há, porém, limites para a modificabilidade dos institutos segundo a diversidade de funções que é chamado a exercer; uma fronteira para além da qual não se poderia mais falar de contrato ou de negócio jurídico sob pena de torná-lo tão vago e impreciso a ponto de não saber mais o que de fato é. Este seria assim um argumento em favor da concepção do ato existencial como ato-fato. As transformações operadas no instituto do contrato por exigência do tráfico são tão essenciais, porque afinal, nega-se vigência ao princípio da autonomia da vontade e a própria vontade, os dois elementos definidores e caracterizados do negócio jurídico, que mais vale negar vigência também ao próprio instituto.

A questão permanece em aberto; as duas concepções são viáveis. Todavia, a que vê no ato existencial negócio jurídico fundado na proteção à confiança parece-nos mais adequada aos princípios éticos que informam o ordenamento jurídico, porque a concepção do ato-fato teria o inconveniente de ordem meta-jurídica, no sentido de que viria contribuir para uma visão filosófica, hoje difundida, do indivíduo massificado ou do ser humano coisificado (para evitar este inconveniente é que Larenz exige que a conduta seja imputável ao agente, no sentido de que é necessário que ele possa orientá-la segundo o seu significado social-típico). Embora esta visão tenha sido consequência imediata, no plano filosófico, da revolução industrial e signifique apenas um estágio passageiro para uma liberação maior do indivíduo, no sentido de lhe permitir o gozo efetivo de uma liberdade concreta, a concepção do ato-fato implica numa certa desvalorização da personalidade humana.

Opto por isso pela concepção do ato existencial como negócio jurídico informado pelo princípio da proteção à confiança. E porque esse princípio, como o disse Staudinger, vem adquirindo sempre maior importância devido a crescente despersonalização das relações jurídicas em nossos dias, creio ser ininteressante proceder a mais alguns esclarecimentos a seu respeito.

2 — O Princípio da Proteção à Confiança

Em excelente trabalho publicado em 1941 na revista alemã «Arquivo para a Prática Civil», intitulado «Problemas básicos de uma renovação do direito contratual», (50) Walter Schmidt-Rimpler, propondo-se a uma análise de um ponto de

vista de política jurídica e não dogmático, examina o princípio da segurança do tráfico juntamente com o da segurança jurídica. Ambos atravessam, como princípios «técnicos», todos os outros princípios, denominados pelo autor de «materiais», no sentido de positivos e obrigam a admitir, como certos, determinados resultados que segundo os últimos, seriam errados.

A necessidade de segurança do tráfico parte da constatação de que o tráfico entre os indivíduos, sua atuação recíproca e conjunta, é necessária para a coletividade, mas se tornaria impossível ou muito difícil, em casos especiais, pela aplicação sem exceções, daquilo que é certo segundo os princípios materiais. Ou seja, algo que, via de regra, é certo, torna-se errado no tráfico, por razões especiais que nele próprio se encontram. Assim, quem deseja adquirir uma posição jurídica e preencheu os pressupostos gerais para tal, deve estar seguro de sua aquisição, mesmo que falem certos requisitos de correção os quais não se pode verificar sem alguma dificuldade mas, em cuja existência, devido à aparência, se pode confiar e é permitido confiar com o emprego da diligência exigida segundo o tráfico. Neste sentido, princípio da segurança do tráfico, princípio da proteção à confiança e princípio da aparência são idênticos. A confiança na aparência só é protegida enquanto e na medida em que permitido confiar nela. Somente quando a aplicação dos princípios materiais impedir praticamente a ordem em geral e o tráfico em geral é que os princípios da segurança jurídica e do tráfico tem, pela vontade da coletividade, de passar a frente, mesmo que assim, ao indivíduo, se faça injustiça. Entretanto, ao trazerem desvantagens materialmente injustas para um que, em nome da segurança do tráfico fica prejudicado, trazem via de regra, como se trata de relação jurídica, vantagens a outrem. Assim, à desvantagem de um não corresponde só a vantagem da coletividade, mas também a vantagem individual do beneficiado. Proteção à segurança do tráfico é sempre, na sua eficácia, proteção do indivíduo na aquisição, portanto, proteção de uma vantagem individual. É por isso preciso ter certa cautela ao invocá-lo, e Schmidt-Rimpler formula algumas regras para a sua utilização. É preciso assim que, sem a modificação por ele autorizada, o tráfico em geral se torne impossível. Porém, o que geralmente ocorre, é que o tráfico é tão somente dificultado (verificação dos registros antes de uma aquisição, por exemplo). Nesta hipótese é preciso verificar se esta dificuldade é tão onerante que, por ela, se deva desprezar o prejuízo injustificado de uma das partes. Aqui, papel importante cabe à frequên-

cia com que tais prejuízos ocorrem, já que constitui prejuízo menor para o tráfico como totalidade, se o participante dele só raramente e casualmente sofre uma desvantagem. Mas, em seguida, é de se examinar ainda se esta desvantagem pode ser justificada no caso concreto, por razões especiais que estariam na própria relação jurídica dos atingidos, se e porque estão no tráfico e, quanto mais fortemente a parte prejudicada pode ser responsabilizada pela confiança e fé que a outra depositou na aparência, tanto menor precisa ser a dificultação do tráfico. Ao contrário, na medida em que esta é mais forte, bastará uma justificativa mais fraca na relação interna.

A segurança do tráfico jamais poderá ser o princípio fundamental para a aquisição de uma posição jurídica: o fato de que segundo ela, aquele que quer adquirir uma posição jurídica deverá obtê-la quando falte um pressuposto via de regra necessário, mostra que se trata de um princípio que incide apenas em casos excepcionais.

Esta análise é inteiramente pertinente à problemática dos atos existenciais e demonstra que, com justeza, se pode considerá-los negócios jurídicos baseados na proteção à confiança. Se se permitisse que estes atos pudessem ser anulados por deficiência de vontade ou declarados nulos por incapacidade, o tráfico seria grandemente dificultado. Por outro lado, sendo os usuários muito numerosos e as prestações existenciais a cargo de número relativamente reduzido de empresas, fazer-se justiça ao interesse individual daquele acarretaria um ônus pesado para estas, ao mesmo tempo em que, por via de consequência, vindo em detrimento da segurança do tráfico, prejudicaria também o indivíduo. A frequência dos prejuízos para as empresas seria muitíssimo maior do que a frequência deles para os indivíduos, porque cada um seria por eles atingido apenas eventual e raramente. E por fim, no que se refere à justificação da proteção à confiança na relação interna entre os figurantes, ela é plena, porque, onde o indivíduo se comportou segundo o padrão de conduta típica, a outra parte está plenamente legitimada a confiar em que tenha querido o resultado que através daquela conduta, normalmente se sói obter.

Com isto, a problemática dos atos existenciais não está solucionada, (mesmo porque, além das apontadas, ainda outras soluções são possíveis). A grande dificuldade que resta é a da própria definição de ato existencial sem a qual não se pode delimitar o campo em que se hão de autorizar as modificações às regras gerais. Isto por sua vez é imprescindível, pois, como disse Schmidt-Rimpler, o princípio da proteção à

segurança do tráfico não é princípio geral, mas só deve ser admitido em casos especiais. Os atos existenciais são casos especiais e não devem ser confundidos com os que não o são.

Siebert (51) aponta as seguintes características que especificariam o ato existencial: é preciso que se trate de um negócio do tráfico em massa que não deixa margem a configuração individual e cuja conclusão repousa na conduta concludente ou social típica; que exista identidade com um grande número de relações de prestação iguais; o anonimato e a impossibilidade de individualizar os figurantes e o conteúdo contratual; que seja vital para a coletividade. Neste campo se compreenderiam então: a utilização dos meios de transporte público, utilização da prestação de água, gás e energia elétrica, utilização de estacionamento públicos, portos e aeroportos e todos os negócios entre os grandes magazines que oferecem o necessário à alimentação, vestuário e habitação, e o consumidor.

A finalidade do presente trabalho foi antes suscitar o problema do que resolvê-lo. Foi também a de, através dele, problematizar a teoria clássica do negócio jurídico como um instituto que necessita e tolera modificações no seu regramento e conteúdo segundo a função que é chamado a exercer. Na medida em que esta função apresenta maior conteúdo de publicidade, na medida portanto, em que se afasta da função para a qual foi concebido, o princípio da autonomia da vontade, que segundo esta o informa, há de ser substituído pelo da proteção à confiança que visa a segurança do tráfico e que não é um princípio estranho ao direito privado, mas, pelo contrário, o integra, completando aquele. Partindo da idéia da responsabilidade social do indivíduo, tem posição de destaque na moderna democracia social, assim como o princípio da autonomia da vontade teve seu maior destaque na democracia liberal.

IV — JURISPRUDÊNCIA

Alguns casos foram julgados pelos tribunais alemães com base na teoria das relações contratuais fácticas. Dentre eles, o mais citado, por ser o mais significativo, é o chamado «caso do estacionamento» (Parkplatzfall), decidido pelo BGH em 1956. A cidade de Hamburgo havia destinado determinados locais da mesma cidade a estacionamentos públicos sujeitos a pagamento e entregara à autora a guarda dos veículos em troca de determinada tarifa, sob condições previamente estabelecidas, o que foi amplamente levado ao conhecimento público. A ré, ao estacionar seu veículo num destes

parques declarou expressamente aos agentes da autora, recusar a guarda do veículo e o pagamento da tarifa correspondente. Visando este pagamento, a autora propôs a ação e obteve ganho de causa, tendo o BGH baseado sua decisão no reconhecimento de existência de uma relação contratual fáctica fundada na utilização de fato do estacionamento.

Torna-se claro neste caso concreto que a fonte da relação jurídica não pode ser contratual, já que, de um lado, a manifestação de vontade que foi emitida, foi em sentido oposto a conclusão de negócio jurídico; e de outro, não se pode falar de negócio jurídico nascido de conduta concludente, pois a manifestação do agente foi em sentido contrário à conclusão a que normalmente leva sua conduta. De modo que, como pondera Larenz (52), o terreno da doutrina do negócio jurídico foi definitivamente abandonado, sendo preciso procurar a causa do nascimento da relação jurídica fora dela.

Se não se quiser aceitar as concepções da doutrina das relações contratuais fácticas, como o fez a decisão citada, tendo sido por isso muito criticada pela doutrina em geral, as duas soluções desenvolvidas no decurso do presente trabalho aparecem como perfeitamente possíveis. Tem-se então, de acordo com a concepção do ato existencial como ato-fato, que a relação de prestação e a obrigação de pagar a taxa relativa ao estacionamento se estabeleceu a partir do ato de utilização (suficiente), desprezando-se a manifestação de vontade porque esta, em se tratando de ato-fato, não tem a menor relevância.

A mesma conclusão se há de chegar segundo a concepção do ato existencial como negócio jurídico fundado na proteção à confiança, pois nesta hipótese, defrontando-se os dois princípios: o da proteção à segurança visando a segurança do tráfico e o da autonomia da vontade, fundamento do protesto, releva aquele sobre este. No tráfico em massa, onde, para o nascimento da relação jurídica não se requer senão o ato de utilização, ato típico, a protestatio facto contraria não vale. Hipótese semelhante foi julgada em 1925: uma indústria recebia energia elétrica da companhia municipal fornecedora; em dado momento, tendo sido aumentado o preço, recusou-se ao pagamento da taxa, alegando não reconhecer dito aumento por ser excessivo. Não obstante, continuou a utilizar e consumir energia elétrica. A objeção de que reiteradamente protestara por escrito contra a nova taxa, o tribunal respondeu que, tendo continuado a utilizar energia com o conhecimento de que só o podia sob as novas condições, a elas se submeteu apesar do protesto, o qual «em verdade só tem o significado de uma protestatio facta con-

traria, é incompatível com a conduta real do usuário e deve, por isso, ser afastada». Esta solução se impõe assim, em atendimento não do princípio da autonomia de vontade, mas da boa fé, não se precisando negar a existência de negócio jurídico como pretenderia a teoria das relações contratuais fácticas.

Nenhuma questão relativamente a ato existencial como tal foi suscitada em jurisprudência brasileira. Entretanto, são encontráveis decisões em que aparece uma fundamentação semelhante, no sentido da invocação da proteção à confiança e da boa fé relativamente ao tráfico negocial. Assim, por exemplo, na Revista dos Tribunais, vol. 145, pg. 652; vol. 157, pg. 360; vol. 180, pg. 663; vol. 246, pg. 410; vol. 270, pg. 277; vol. 314, pg. 224.

Todas estas decisões referem-se à hipótese de atraso no pagamento de prestações em contratos de locação ou de compra e venda e foram decididas no sentido de que, o credor tendo aceitado anteriormente as prestações fora do prazo, tolerando portanto o atraso, é tido como tendo renunciado tacitamente à cláusula que estabelece o tempo para o pagamento, negando-se-lhe o direito de resolução por inadimplemento se este só se refere ao tempo do pagamento. O credor, por seu comportamento, fez com que nascesse no devedor, a convicção de que renunciara ao prazo ou que o prorrogara, «colocando em situação de não haver a ação de resolução ex abrupto» (RT, vol. 270, pg. 277). A boa fé exige que esta confiança depositada pelo devedor no significado da conduta do credor não fique desprotegida, vindo a prejudicá-lo.

- 1 — Infelizmente não me foi possível dispor desta obra.
- 2 — **Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado.** Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1972, V. 38, p. 30.
- 3 — **Nikisch.** Archiv für die Civilistische Praxis, 1958, V. 157, fasc. 1, p. 106
- 4 — **Esser, Josef. Gedanken zur Dogmatik der "faktischen Schuldverhältnisse".** Archiv für die Civilistische, V. 157, p. 88.
- 5 — 6 — 7 — **Burdau, Georges. Problèmes Politiques Fondamentaux de l'Etat.** Paris, Université de Paris, Institut d'Etudes Politiques, fasc. 3, p. 246, 260, 261.
- 8 — **Siebert, Wolfgang. Faktische Vertragsverhältnisse.** Karlsruhe, C. F. Müller, p. 12. (Conferência realizada em Karlsruhe em 21.06.1957).
- 9 — **Pontes de Miranda. Tratado.** V. 38, p. 38.
- 10 — ———, obra citada, V. 38, p. 39.

- 11 — Utilizo a expressão “manifestação de vontade” em sentido amplo, compreendendo também as atuações volitivas ou manifestações simples.
- 12 — Utilizo no decorrer do trabalho indiferentemente as expressões “negócio jurídico bilateral” ou “contrato”.
- 13 — **Pontes de Miranda. Tratado.** V. 38, p. 30
- 14 — ———, obras citada, V. 38, p. 30
- 15 — ———, obra citada, V. 38, p. 30
- 16 — ———, obra citada, V. 38, p. 41
- 17 — ———, obra citada, V. 38, p. 45
- 18 — **Larenz, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts.** München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1962, V. 1, p. 89
- 19 — **Haupt. Über Faktische Vertragsverhältnisse.** Apud Siebert, **Faktische Vertragsverhältnisse**, p. 17.
- 20 — **Pontes de Miranda. Tratado.** V. 38, p. 31
- 21 — **Flume, Werner, Archiv für die Civilistische Praxis**, V. 157
- 22 — **Pontes de Miranda. Tratado.** V. 38, p. 31
- 23 — **Larenz, Karl. Lehrbuch.** V. 1, p. 33
- 24 — **Couto e Silva, Clóvis. A obrigação como processo.** Porto Alegre, Emma, 1964, p. 95.
- 25 — **Pontes de Miranda. Tratado.** V. 3, p. 7
- 26 — ———, obra citada, V. 4, p. 217
- 27 — ———, obra citada, V. 1, p. 91
- 28 — **Ballerstedt, Kurt, Archiv für die Civilistische Praxis**, V. 157, fasc. 1, p. 105
- 29 — **Siebert, Wolfgang. Faktische Vertragsverhältnisse.** P. 29
- 30 — ———, obra citada, p. 26
- 31 — Apud Siebert, obra citada, p. 29
- 32 — **Staudinger. Kommentar.** Berlin, Schweizer Verlag, 1957, V. 1, p. 496
- 33 — ———, obra citada, p. 532
- 34 — ———, obra citada, p. 586
- 35 — ———, obra citada, p. 586
- 36 — **Flume, Werner. Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten.** Archiv für die Civilistische Praxis, V. 161, fasc. 1, p. 61
- 37 — **Staudinger. Kommentar.** V. 1, p. 585
- 38 — **Siebert, Wolfgang. Faktische Vertragsverhältnisse.** p. 32
- 39 — ———, obra citada, p. 32
- 40 — ———, obra citada, p. 36
- 41 — **Esser, Josef. Gedanken zur Dogmatik der “faktischen Schuldverhältnisse”.** Archiv für die Civilistische Praxis, V. 157, fasc. 1, p. 97

- 42 — ———, **Archiv für die Civilistische Praxis**, V. 157, fasc. 1, p. 105
- 43 — **Pontes de Miranda. Tratado.** V. 38, p. 29 e seguintes
- 44 — **Larenz, Karl. Lehrbuch.** V. 1, p. 33 e seguintes
Mais recentemente, na Parte Geral do seu Direito Civil, 1967, p. 515 e seguintes, Larenz reformulou em parte sua opinião, inserindo no ato de quem se utiliza de uma prestação existencial, uma “vontade latente” de deixar valer seu ato “como” aceitação da oferta pública. Ora, pergunta-se: que significado e importância jurídica pode ter uma “vontade latente de aceitar”? O que Larenz com isto pretende é não excluir totalmente os atos existenciais do âmbito da teoria geral do contrato, permitindo que sejam enquadrados na disposição do § 151 do BGB (arts. 1079 e 1084 do Código Civil Brasileiro).
- 45 — ———, obra citada, p. 35
- 46 — **Pontes de Miranda. Tratado.** V. 2, p. 373
- 47 — **Larenz, Karl. Lehrbuch**, p. 35: **Archiv für die Civilistische Praxis**, V. 157, fasc. 1, p. 117 e seguintes
- 48 — **Bidlinsky, Franz. Privatautonomie und objektive Grundlagen des Verpflichtenden Rechtsgeschäftes.** Wien, Springer Verlag, 1967, p. 91
- 49 — **Raiser, Ludwig. Die Zukunft des Privatrechts.** Berlin. Sociedade Jurídica de Berlim. Conferência realizada em 1971
- 50 — **Schmidt-Rimpler, Walter. Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts.** Archiv für die Civilistische Praxis, V. 27 da nova série, p. 130 e seguintes.
- 51 — **Siebert, Wolfgang. Faktische Vertragsverhältnisse.** P. 38
- 52 — **Larenz, Karl. Lehrbuch.** P. 34

DO PROCEDIMENTO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO

(Algumas observações sobre a Lei Estadual nº 6.537, de 27.2.73)

RÔMULO MAYA

Membro do Inst. dos Advogados do RGS
Prof. da Fac. de Direito da UFRGS
Prof. da PUCRGS e da Unisinos

I

INTRODUÇÃO

Promulgou o Estado do Rio Grande do Sul, em fevereiro deste ano, a Lei nº 6.537, cuja ementa reza:

“Dispõe sobre o procedimento tributário administrativo e dá outras providências”.

O referido diploma legal divide-se em quatro títulos, assim denominados:

- I — Das infrações à legislação tributária
- II — Do procedimento tributário administrativo
- III — Do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais
- IV — Das disposições especiais e transitórias.

Os dois primeiros títulos são os mais importantes, versando cada um deles, no âmbito estadual, matéria de grande interesse jurídico e econômico, além de social, como costumam ser as infrações tributárias e o procedimento tributário administrativo. O assunto tratado do “Título III” poderia ter sido incluído no “Título II”, pois diz respeito aos órgãos que funcionam no procedimento, sendo, portanto, parte integrante deste. O destaque, em tratamento separa-

do, vale para dar maior relevo às funções desempenhadas pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais e pelos outros setores acessórios.

A nosso juízo, a lei em causa constitui tentativa válida de aperfeiçoamento da legislação anterior sobre o problema do procedimento tributário no Estado, já antes disciplinado pela Lei nº 5.443/67. Várias modificações foram introduzidas no sistema, com maior proveito às partes e inegável acerto jurídico, fato que se nota pela própria terminologia ora adotada.

Ressalte-se, desde logo, o uso da expressão “procedimento tributário”, em vez dos já tradicionais “contencioso tributário”, “processo fiscal” ou “processo tributário administrativo”, como usava, por exemplo, a Lei nº 5.443 em vários de seus artigos. Tais termos são oriundos de outros países onde existe a jurisdição administrativa ao lado da judicial, o que não acontece no Brasil. Note-se que, em algumas disposições, a Lei nº 6.537 utiliza ainda os termos “processo” e “contencioso”, mas emprega-os em sentido restrito, aquele significando série de atos integrantes do procedimento e este como inconformidade ou oposição do sujeito passivo à pretensão fiscal, manifestada através da sua impugnação.

Somos de opinião que os termos “processo” e “contencioso”, quando usados no sentido geral ou genérico, devem ser reservados, no âmbito do nosso direito, para a via judicial, uma vez que adotamos, por mandamento constitucional expresso, o princípio da unidade jurisdicional. Só há, entre nós, jurisdição, contencioso e processo quando a controvérsia for submetida à apreciação do Poder Judiciário. Dentro desta linha de pensamento, damos a “PROCESSO” um conceito ou noção privativa, definindo-o como o instrumento de composição da lide usado pelo Estado, através do seu poder judiciário, para manter a paz social. Tem, dest’arte, o processo um caráter nitidamente instrumental e a sua regulamentação jurídica faz-se pelas normas de direito processual civil ou penal, reservando-se na doutrina processualista a denominação de “processo” à modalidade judicial de extinção de conflito.

Já o “procedimento”, nas palavras de Alcazá-Zamora y Castillo, é o rito a que se sujeita o processo, não se confundindo com este, excedendo em muito o seu âmbito a área jurídica-processual, para incluir o procedimento administrativo em suas múltiplas formas, dentre elas encontrando-se o procedimento tributário administrativo, que ora nos interessa.

Em alguns países, principalmente europeus, vige o princípio da pluralidade ou qualidade jurisdicional, existindo, lado a lado, a jurisdição judiciária e a jurisdição administrativa. Possui esta defensores ardorosos, arrimados, principalmente, no êxito alcançado na França pelo CONSELHO DE ESTADO. Em tais sistemas jurídicos admite-se o contencioso administrativo, que JEZE define como o conjunto de recursos jurisdicionais administrativos organizados para a proteção do indivíduo contra os excessos de poder da Administração. Vê-se no conceito salientado a existência de jurisdição e a efetivação do controle dos atos administrativos pela própria Administração, com efeitos vinculativos para todas as partes integrantes da lide.

O Direito Constitucional Brasileiro não favoreceu esta solução. Em nosso país vigora unicamente o sistema judicial de dirimir conflitos, a jurisdição é uma. Jamais nos foi tradicional o contencioso administrativo. Não o herdamos de Portugal que não o conheceu, ao menos durante o período em que o Brasil foi colônia. As tentativas de sua implantação entre nós, situam-se no regime monárquico, esboçadas em 1841 pela Lei nº 234, de 29.11.1841, que no seu art. 8º instituiu um “Conselho de Estado”. A Constituição de 1891 aboliu o contencioso administrativo, orientação que foi mantida pelas cartas magnas posteriores, inclusive a atual, as quais inscreveram o princípio da unidade jurisdicional como garantia ou direito individual do cidadão. Esta orientação constitucional, porém, lembre-se, não é recebida pacificamente, embora, desde tempos remotos, tivesse sido preconizada pelos Viscondes do Uruguai e do Ouro Preto, no império, e pelo gênio de Rui Barbosa nos primórdios republicanos. Hoje, alguns eminentes juristas, como Castro Nunes e Pereira Lira, por exemplo, batem-se pelo contencioso administrativo ou pela pluralidade da jurisdição, tendo mesmo o segundo deles publicado, a respeito, trabalho que denominou de “O TABU DA UNIDADE JURISDICCIONAL”.

Em todo o caso, a corrente predominante, cuja vitória está assegurada pelo dispositivo constitucional expresso no art. 153, § 4º da Lei Maior vigente, é pelo monopólio jurisdicional do poder judiciário, e acertada andou a Lei Estadual nº 6.537, no seu Título II, repetindo a ementa, ao adotar a denominação correta de “procedimento”, eis que ali também se lê: “do procedimento tributário administrativo”.

Não pretendemos alongar-nos na apreciação de tal problema, aqui abordado à guisa de introdução, qual seja da conveniência ou vantagem da adoção da unidade ou da dualidade jurisdicional, uma vez que há mandamento constitu-

cional expresso a respeito do assunto. Por outro lado, falece-nos para tanto, igualmente, melhores luzes e conhecimentos mais aprofundados. Também a limitação deste trabalho, em virtude da sua própria natureza, não se presta a demasiadas considerações de ordem doutrinária.

Preocupamo-nos, neste introyto, apenas em ressaltar o primeiro mérito, a mostra vestibular de acerto e coerência do legislador estadual, ao denominar corretamente a matéria disciplinada na lei sob exame.

Passemos, pois, de imediato, às observações que desejamos fazer sobre dispositivos que suscitam, em nossa opinião, maior interesse dentro dos 123 artigos que compõem a Lei nº 6.537.

II

DISPOSITIVOS ANOTADOS

A primeira observação a fazer-se é que o art. 17 da lei reduziu as modalidades de início do procedimento administrativo tributário, por parte do agente fiscal, a uma só, o chamado "Auto de Lançamento". Eliminaram-se, o auto de infração, a representação, a notificação, etc. É uma vantagem, pois uniformiza e diminui as espécies de documentos utilizáveis. Não seguiu o legislador estadual a orientação da administração federal, que ainda continua usando o auto de infração e a notificação de lançamento como formulários distintos (Decr. número 70.235, de 06.03.72, art. 9º), além de admitir a representação (art. 12, Decr. cit.).

Logo a seguir, deparamo-nos com o art. 19, disciplinador da intervenção do sujeito passivo no procedimento tributário. Nele se estabelece, mantendo orientação anterior (Lei nº 5.443/67), que a representação do contribuinte se fará pessoalmente ou por procurador-advogado. Louvável, sob o ponto de vista dos bacharéis, o dispositivo. Amplia-se o mercado de trabalho de uma classe que já tantas dificuldades encontra para desempenhar suas atividades, em parte pelas condições objetivas da realidade nacional e em parte pelo número excessivo dos seus integrantes. É uma peculiaridade na vida administrativa brasileira. No plano federal não se adotou tal providência, nem a legislação municipal de Porto Alegre a prevê. O Decreto nº 70.235, antes referido, aceita a representação pessoal, pelo preposto ou pelo mandatário, sem exigir maiores qualificações deste. Temos dúvidas sobre a constitucionalidade da disposição. A lei estadual não poderia opor restrições ao exercício profis-

sional, competência exclusiva da União, nos termos da Constituição vigente. Lembra-se que nem o Estatuto da Ordem dos Advogados fez a reserva de tal atividade para seus associados, e que a possibilidade de representação pessoal, concretizada pela simples aposição da assinatura do sujeito passivo, dará margem a que se contorne facilmente a lei. É uma restrição que se impõe aos economistas e contadores, os quais, atualmente, costumam atuar nesse campo, como é público e notório.

No art. 24, § único, estabelece a Lei nº 6.537, o local do domicílio tributário do sujeito passivo. São normas decalcadas de preceitos do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.72), nada havendo a objetar contra elas, salvo numa passagem. É a parte referente às pessoas naturais, a cujo respeito, além das situações previstas no Código Tributário, estabelece a lei a possibilidade de constituir o domicílio fiscal do contribuinte o lugar que constar da peça inicial do procedimento. Ignora tal dispositivo o que determina a lei complementar tributária no § 1º do seu art. 127, onde disciplina os casos não enquadráveis nos incisos I, II e III do mesmo artigo.

No citado parágrafo estabelece-se expressamente que considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação tributária. Não há a menor referência, na norma em causa, à possibilidade de a autoridade administrativa fixar ao seu "nutum" o local do domicílio, como permite a Lei nº 6.537, ao incluir, entre as possíveis localizações, o lugar que conste do auto de lançamento. É, pois, dispositivo de duvidosa legalidade, podendo criar embaraços à normal tramitação do processo ou provocar eventual declaração de nulidade em caso de posterior apreciação pelo judiciário, promovida pelo prejudicado.

O artigo 26 cria a "urgência" para os julgamentos dos feitos, ficando a sua concessão delegada ao arbítrio da autoridade julgadora. Uma vez concedida a urgência, terão os respectivos autos andamento preferencial, não se explicitando, porém, em que consistirá tal rito. Será matéria talvez para o regimento interno do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, ou para os regulamentos das repartições julgadoras de primeira instância. Acharnos que a medida pode constituir faca de dois gumes, gerando uma grande quantidade de pedidos de urgência, entorpecedora da ação dos julgadores ou então proporcionar favoritismos injustificados. Note-se que medida semelhante não existe no procedimento federal.

O art. 28 fixa o prazo para apresentação da defesa do sujeito passivo, seja sob a forma de impugnação ou de contestação, em 30 dias. Aumentou, assim, o prazo anteriormente concedido que era de vinte dias. Elogiável a providência, lamentando-se apenas que não fosse a mesma adotada também para os prazos recursais. A administração federal já segue esta orientação, concedendo prazo igual para o contribuinte contestar ou recorrer (Decr. 70.235, arts. 15 e 33). Deveria a Lei Estadual uniformizar também, na medida do possível, todos os seus prazos. No entanto, o art. 44 estabelece, na Lei nº 6.537, que os recursos voluntários deverão ser interpostos em vinte dias, contados a partir da intimação da decisão.

O art. 32 permite a produção de prova pericial, que é disciplinada no art. 33, dando à autoridade administrativa a competência para designar o perito. Nos parágrafos deste último artigo surge a figura do assistente, que pode apresentar laudo divergente. Melhor seria que se mantivesse a orientação tradicional, com expertos indicados por ambas as partes e um desempatador em caso de necessidade, ou então a nomeação de um só perito idôneo e equidistante. A primeira solução é a que prevalece no âmbito federal. Embora tenha o novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.689, de 11.01.73) adotado orientação semelhante, não parece seja a melhor, "data venia" de ilustre autor do respectivo projeto.

O art. 37 ao atribuir a competência para julgamento em primeira instância, faz uma distinção pouco explícita. Dá ao Desembargador Corregedor Geral de Justiça a competência para julgar os processos que importem em aplicação de penalidade a infrator que seja membro ou servidor do Poder Judiciário. Pode-se discutir a legalidade deste dispositivo, pois as atribuições da Corregedoria são disciplinadas, por exigência ou determinação constitucional, no Código de Organização Judiciária, cuja elaboração compete exclusivamente ao Tribunal de Justiça do Estado. Além disso, a lei nº 6.537, como acontecia com a anterior (Lei nº 5.443), não estabelece como serão feitos tais julgamentos. O Código de Organização Judiciária vigente não prevê uma competência tão ampla para a Corregedoria, como dissemos. Entende-se que lhe caiba a apreciação de infrações decorrentes da função judiciária. Mas as infrações tributárias podem nada ter a ver com o exercício do cargo, não se justificando, dest'arte, a instância especial. Não foi feliz a redação dada ao citado artigo, sendo de prever-se a sua posterior adaptação jurisprudencial ou costumeira à realidade.

O art. 41, seguindo trilha idêntica à da esfera federal, deu um passo à frente no sentido de eliminar grande quantidade de trabalho às instâncias superiores, dispensando o recurso de ofício nas decisões de primeira instância contrárias ao fisco, se configuradas as hipóteses nela previstas.

O art. 43 dizendo que o recurso de ofício devolve o conhecimento do feito ao Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais unicamente em relação à parte recorrida, está, parece-nos, em contradição com o que dispõe o art. 41, § 4º que permite ao Tribunal, ao apreciar recurso voluntário, considerar como interposto o recurso obrigatório, se não o fora, em sendo o caso. Se, não havendo sido interposto o recurso exigido pela lei, pode, ainda assim, o julgador de segundo grau considerar como se proposto fosse, orientação essa também adotada pelos nossos pretórios, com muito maior razão deverá o juiz administrativo superior haver como abrangente da totalidade da matéria discutida o recurso obrigatório parcial de primeira instância. Existindo outros pontos da decisão resolvidos contra o interesse da Fazenda além dos recorridos, caberia ao juízo superior conhecer e pronunciar-se sobre os não mencionados no apelo. Quem pode o mais, isto é, quem pode criar um recurso inexistente, em que não houve qualquer manifestação da autoridade prolatora, pode também o menos, isto é, alargar o âmbito de um recurso, onde se verificou inconformidade expressa, embora parcial, de pedido de reexame da matéria decidida.

O art. 58 manteve o chamado "PEDIDO DE ESCLARECIMENTO", já existente na legislação anterior, e que não aparece nas outras esferas administrativas. O recurso citado equivale aos embargos declaratórios do processo civil. Trata-se de medida cabível e louvável, pois facilitará a apreciação dos recursos pela segunda instância, escoimando ou eliminando dúvidas eventuais. Adotou também a lei administrativa orientação correta ao fulminar "ab initio" os pedidos manifestadamente protelatórios.

O art. 60 disciplina o pedido de reconsideração, estabelecendo a exigência de que só caberá quando a decisão não for unânime. É outra novidade que não nos pareceu feliz. A legislação federal admite o pedido de reconsideração desde que haja fundamento novo, de fato ou jurídico, ainda não apreciado pelo Conselho de Contribuintes. Não exige outro requisito. Tal orientação é tradicional no procedimento tributário administrativo brasileiro. Deveria ter sido respeitada pela lei estadual. A restrição pode ter sido origem na louvável intenção de reprimir abusos das partes,

mas poderá acarretar injustiças, forçando se leve a demanda ao poder judiciário.

O art. 63 instituiu o chamado "RECURSO EXTRAORDINÁRIO", cabível nas decisões do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais proferidas com o voto de desempate do seu presidente, quando o sujeito passivo ou o defensor da Fazenda entenderem ser a decisão contrária à legislação tributária ou à evidência das provas. O recurso será julgado pelo Secretário da Fazenda cuja sentença será final e irrecurável na esfera administrativa.

A figura é nova. Não era cogitada nas leis anteriores. Equivale, no plano judicial, ao recurso extraordinário previsto na Constituição dentro da competência do Supremo Tribunal Federal. Dele evidentemente foi tirado o nome do recurso administrativo em tela. No procedimento administrativo federal se aproxima do recursos hierárquico exclusivo do fisco, nas decisões não unânimes dos Conselhos de Contribuintes em que o representante da Fazenda for voto vencido. Em tal caso a competência decisória é do Ministro da Fazenda, cuja sentença é final e irrecurável administrativamente.

Deu-lhe, porém, a lei estadual maior amplitude, atribuindo-o a ambas as partes litigantes, mas o limitou quanto às espécies de decisões recorríveis, restritas às que forem proferidas com base no voto de Minerva do presidente do TARF. Somos de opinião que se devesse estabelecer apenas a condição de existência de voto divergente e que a decisão contrariasse a lei tributária complementar ou fosse adversa à prova carreada para os autos. A admissão do recurso, a exemplo do que ocorre na legislação processual, poderia ser controlada pelo presidente do órgão recorrido.

Cabe acrescentar que o recurso extraordinário previsto na lei nº 6.537, tem efeitos suspensivo e devolutivo, conforme dispõe o § único do art. 63, diferentemente do recurso extraordinário constitucional, que não é suspensivo.

Fato digno de nota é a eliminação da exigência da garantia de instância pela lei nº 6.537. Antes obrigava-se o recorrente a depositar 50% do valor do crédito tributário discutido para poder fazer valer o seu direito. Agora o depósito tem um fim meramente cautelar. É o que diz o art. 72, § 3º, estabelecendo que o depósito administrativo em dinheiro do valor do crédito tributário questionado ilide a incidência da correção monetária. A medida já fora adotada pelo Governo Federal e esperamos que seja também tomada pelas demais entidades políticas nacionais.

Aliás, com a adoção do critério de atualização do valor do crédito tributário, mediante correção monetária, deixou de ser interessante para o contribuinte o atraso no pagamento dos seus débitos fiscais, perdendo, também, por outro lado, parte do seu significado a prévia garantia da instância.

Num regime inflacionário, em que pese a redução anual do índice respectivo, é aceitável a aplicação da correção dos valores devidos ao Estado, como se faz em outros campos da atividade financeira. Entretanto, a recíproca deveria ser verdadeira, isto é, em casos de pagamento indevido de tributos, total ou parcial, a lei deveria estabelecer idêntica obrigação para a entidade pública, de devolver o que recebeu, devidamente atualizado. Nós todos sabemos da demora da solução dos pedidos de restituição, seja na via administrativa, seja na via judicial. A reciprocidade de obrigações é medida de elementar justiça, principalmente considerando o caráter coercitivo da arrecadação do tributo.

Ressalte-se que o § 4º do art. 72 prevê a devolução corrigida do depósito administrativo em dinheiro quando o lançamento for julgado improcedente no caso do § 3º do mesmo artigo. É um primeiro passo, aplicável apenas a uma situação restrita, mas que, no entanto, deveria ser generalizado.

Cabível, nesse passo, um esclarecimento pertinente. O autorizado RUBENS GOMES DE SOUZA no seu clássico "COMPÊNDIO DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA", referindo-se ao contencioso tributário, ensina que nele intervêm o Fisco, amparado por três importantes privilégios:

- 1º) a presunção de liquidez e certeza que goza o crédito tributário;
- 2º) a inversão do ônus da prova (consequência do anterior);
- 3º) o "solve et repete" (a garantia da instância).

Os dois primeiros favores estão confirmados pelo Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66), no art. 204 e seu parágrafo único, a seguir transcritos:

"Art. 204 — A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.

§ único — A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite".

Quanto ao terceiro privilégio, alguns autores, como, por exemplo, o professor paulista FABIO FANUCCHI, pensam que no Brasil não existe nem nunca existiu o "solve et repete", a velha máxima latina do paga para depois discutir. Tal instituto tributário tem existência na Itália, como informa Rubens Gomes de Souza e confirma Aster Rotondi. No direito peninsular só seria possível a discussão sobre um crédito tributário, depois de extinto o mesmo pelo pagamento. No Brasil tal situação não ocorre. Entre nós exigiu-se, ou ainda se exige, a chamada garantia da instância, o depósito administrativo ou judicial em dinheiro ou prestação de uma fiança idônea ou caução suficiente, a juízo do Fisco. No sentido verdadeiro não teríamos o "solve et repete", portanto. Parece-nos mais acertada esta opinião e, por isto, ao analisarmos o art. 72, § 3º da Lei nº 6.537, deixamos propositamente de mencionar o tradicional brocardo jurídico.

Passemos, agora, a algumas observações relativamente aos dispositivos concernentes ao TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, órgão colegiado de segunda instância no sistema tributário administrativo do Estado.

Somos de opinião que não se deveria denominar de TRIBUNAL àquele órgão administrativo. Não existindo jurisdição no sentido próprio, no procedimento administrativo tributário, mais conveniente seria chamá-lo de CONSELHO, por exemplo, nome utilizado na esfera federal e pelo município de Porto Alegre. Tomariamos a liberdade de sugerir que fosse mudada sua denominação para CONSELHO ESTADUAL DE RECURSOS FISCAIS. Parece-nos melhor que "CONSELHO ESTADUAL DE CONTRIBUINTES", apesar da tradição que goza este tipo de nome. Tal colegiado não é constituído somente de contribuintes, mas é paritário, misto de representantes da Fazenda e dos particulares, e conhece tanto dos recursos interpostos pela primeira como pelos segundos. A denominação proposta mostra desde logo a finalidade precípua do órgão, ao mesmo tempo que elimina a possibilidade de engano quanto à sua verdadeira natureza, isto é, órgão não dotado de jurisdição plena.

Além disso, convém lembrar que a vantagem dos órgãos colegiados administrativos é a sua especialização, conforme, aliás, já acentuou o conhecido jurista francês, GASTON JEZE. Parece-nos também que, no TARF, o mandato de dois anos conferido aos seus membros não é suficiente para assegurar uma razoável especialização dos seus integrantes. Com dois anos apenas de exercício, se não antes, pode ocorrer a sua substituição, principalmente se mudar o governo. Os novos componentes encontrariam, sucessivamen-

te, as mesmas dificuldades em especializar cada vez mais seus conhecimentos. Acresce, também, que com a alteração da composição poderia variar a orientação jurídica do colegiado, não se sedimentando uma jurisprudência orientadora dos interessados, como acontece nos pretórios judiciais. E a jurisprudência administrativa constitui até fonte, embora secundária ou complementar, do Direito Tributário Nacional. Daí a sua importância, a necessidade da sua estabilização. Preconizaríamos, pois, se não for possível a completa profissionalização, fosse fixado um período maior de mandato para os seus "juizes".

Aqui chegados, cabe dizer que, igualmente, não concordamos com a designação de "juizes" para os componentes do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais. Mais adequado seria o título de conselheiro, por exemplo, para que não haja confusão com os integrantes do poder judiciário.

A posição do TARF como órgão dependente da administração estadual, fato que de per si lhe tira a característica de tribunal, está perfeitamente delineada no § 3º do art. 9º da lei nº 6.537, que permite ao Secretário da Fazenda avocar e decidir, em caráter irrevogável, os processos pendentes, no caso de funcionamento precário ou irregular do órgão.

A situação de subordinação aos integrantes da administração dos órgãos julgadores administrativos é, aliás, expressamente reconhecida pelos autores, como, por exemplo, MIGUEL LINS e CÉLIO LOUREIRO, no seu "TEORIA E PRÁTICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO", onde afirmam que a declaração de inconstitucionalidade é exclusiva do Poder Judiciário. Não só as leis, mas também os decretos executivos, ainda que inconstitucionais devem ser cumpridos pelos colegiados administrativos, enquanto não forem fulminados pelo judiciário. Por isso, tais colegiados integram a administração pública, sendo apenas relativamente independentes, obrigados a aplicar os textos ainda quando espúrios. Frize-se, aliás, que a ressalva era feita expressamente no art. 20 "in fine" da Lei nº 5.443/67, com a redação dada pela Lei número 5.506/67, que excluía da competência das instâncias administrativas a declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto.

O art. 102 estabelece a remuneração dos componentes do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, atribuindo-lhes gratificações fixas, de Cr\$ 120,00 ou Cr\$ 60,00, por exemplo, por sessão. Acharnos desaconselhável o critério, pois qualquer alteração posterior dependerá sempre de lei nova. Melhor seria que fixasse a lei nº 6.537 uma remuneração in-

dexada, referida a um fator que permitisse seu reajuste automático.

Padece a T. A. R. F., como acontece com os demais órgãos colegiados administrativos, da falta de profissionalização dos seus integrantes, os quais deverão, simultaneamente com o desempenho dos seus mandatos, exercer suas atividades normais, o que acarreta inconvenientes inexistentes nos tribunais judiciários e nos órgãos administrativos julgadores dos países onde existe a dupla jurisdição.

A falta de tempo, muitas vezes, impede o exame acurado dos processos ou o melhor estudo da matéria envolvida, e, em consequência, as suas decisões não apresentam o gabarito necessário para resolver convincentemente a questão, levando o vencido a apelar para o poder judiciário. Há assim uma grande perda de tempo e de trabalho, o que se evitaria não fossem as condições apontadas impedirem uma solução mais correta para a controvérsia.

Com a evidente intenção de aproximar o procedimento tributário administrativo ao que tem de melhor no processo judicial, contempla ainda a Lei nº 6.537 a figura do Defensor da Fazenda Pública, disciplinando sua existência e atividade nos arts. 108 a 113. Tais funcionários corresponderiam ao Ministério Público na via judiciária, sem as vantagens da especialização e da profissionalização que caracterizam os promotores de justiça. Mas é também a medida um aperfeiçoamento que merece ser levada avante.

Já nas disposições especiais e transitórias, verificamos que o artigo 115 reservou ao Secretário da Fazenda a competência para a aplicação da equidade, mediante proposta das autoridades julgadoras ou em decorrência dos recursos extraordinários. Entendemos que ao Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais deveria ser mantida também competência para tanto, pois, assim, evitar-se-iam tramitações posteriores, que alongariam desnecessariamente o litígio. Também alguns casos não chegam até a autoridade superior por falta de manifestação dos órgãos julgadores, o que é perfeitamente compreensível, dadas as circunstâncias, impedindo-se, desta maneira, a mitigação da penalidade aplicável, apesar de cabível "in casu", a menos que o sujeito passivo adote a providência prevista no § 2º do art. 115, reclamando contra a omissão do TARF.

É de ser lembrado que a legislação anterior (Lei nº 5.443, art. 20 e seu § único, com a redação dada pela Lei nº 5.508, de 30.10.67) atribuía à autoridade de primeira instância a dispensa da totalidade da multa ou de 50% do seu valor, mediante recurso de ofício ao T. A. R. F. Pelo mesmo

dispositivo podia também o Tribunal perdoar a penalidade, aplicando a equidade se não o fora feito na instância singular.

A Lei nº 6.537 deu, em nosso entender, um passo atrás ao reduzir o perdão da multa para 50% apenas, impossibilitando, desta maneira, a aplicação plena da equidade. Muitas vezes o suposto infrator age com a mais absoluta boa fé, mas se engana na interpretação da complexa legislação tributária, ou mesmo não dispõe de condições econômicas para satisfazer a pena. Por uma questão de justiça, dever-se-ia releva-la totalmente a multa, o que agora não poderá acontecer, em virtude do dispositivo legal citado.

Por outro lado, é de estranhar-se, embora tenha adotado orientação igual à traçada na legislação federal, haja a Lei nº 6.537 retirado do T. A. R. F., e principalmente dele, a competência que já antes lhe fora outorgada. Lança-se, assim, sobre os componentes do colegiado a suspeita de má conduta anterior, o que, em absoluto corresponde à verdade. Diga-se de passagem, que nada assegura possa o critério do Senhor Secretário da Fazenda ser melhor ou mais justo para a aplicação da equidade do que a decisão de especialistas na matéria. Por isso o desacerto da medida.

O art. 116 institui igualmente outra medida nova, que poderá trazer benefícios aos contribuintes dos municípios do interior do Estado, uma vez posta efetivamente em prática. A possibilidade de submeter à apreciação do T. A. R. F. as suas controvérsias com o fisco local oferecerá uma certeza de melhor distribuição de justiça. Os órgãos estaduais mais bem aparelhados têm condições de dirimir, com maior correção, as divergências existentes.

Não podemos deixar passar sem menção, o instituto da "CONSULTA", versado nos arts. 75 a 80 da Lei nº 6.537, enquadrados no capítulo IV do Título II, carente de mais acurado estudo, inclusive comparando-o, em suas normas e efeitos, com o seu similar nas esferas federal e municipal. Por isso e para não fugir ao gabarito do presente trabalho, que se alongaria demasiado, deixamos de focalizar aqui o problema.

O mesmo pode-se dizer relativamente à matéria disciplinada pelo Título I da Lei nº 6.537, as infrações à legislação tributária estadual, assunto que merece ser abordado com maior espaço e tempo mais dilatado. Chamamos para ela a atenção dos estudiosos do Direito Tributário, lembrando a conveniência da discussão da justiça e da eficácia das penalidades cominadas. Esperamos, outrossim, que, em bre-

ve, apareçam manifestações doutrinárias e comentários a respeito do problema, com a divulgação que se faz mistér.

Foram estas as observações que entendemos capazes de despertar, desde logo, a atenção dos que, como nós, por dever de ofício ou como estudiosos da matéria, se viram postos em contato com a lei ora respigada em alguns dos seus dispositivos mais interessantes. Trata-se de modesta contribuição para o conhecimento do assunto, pouco investigado em nosso meio.

III

CONCLUSÕES

Por derradeiro, de tudo o que aqui foi dito, permitimo-nos tirar as conclusões que seguem:

- a) A Lei Estadual nº 6.537, de 27.02.73, disciplinando o procedimento tributário administrativo, constitui um aperfeiçoamento do sistema, embora seja ainda suscetível de reparos alguns dos quais foram neste trabalho modestamente sugeridos.
- b) Seria desejável e conveniente houvesse uma maior especialização dos órgãos administrativos julgadores, principalmente o de segunda instância, com a crescente profissionalização dos seus integrantes, como meio de assegurar melhor distribuição de justiça.

A P Ê N D I C E S

a) LEGISLAÇÃO CITADA

Constituição Federal — Emenda Constitucional nº 1, de 1969.
Lei Federal nº 5.172, de 25.10.66 — Código Tributário Nacional
Lei Federal nº 5.689, de 11.01.73 — Código de Processo Civil
Dec. Lei nº 822, de 05.09.69
Decreto Federal nº 70.235, de 06.03.72
Lei Estadual nº 5.443, de 23.01.67
Lei Estadual nº 5.508, de 30.10.67
Lei Estadual nº 6.537, de 27.02.73
Lei Municipal nº 3.095, de 13.12.67
Lei Municipal nº 3.284, de 10.07.69
Lei Municipal nº 3.353, de 19.12.69
Lei Municipal nº 3.466, de 23.12.70

b) BIBLIOGRAFIA

Aliomar Baleeiro — Direito Tributário Brasileiro
Alfredo A. Becker — Teoria Geral do Direito Tributário
Aster Rottondi — Apunti sull'obbligazione tributária
Anastácio Jardim de Oliveira — Alterações no processo fiscal do Estado
Fabio Fannucchi — Curso do Direito Tributário
Geraldo Ataliba — Noções de Direito Tributário
Gilberto Ulhoa Canto — O processo tributário
Giuliane Fonrouge — Derecho Financiero
Igor Tenório — Curso de Direito Financeiro Brasileiro
J. Guilherme de Aragão — La jurisdiction administrative au Brésil
J. Guimarães Menegale — Centencioso Administrativo (verbetes do Repertório (Enciclopédico Direito Brasileiro)
J. Guimarães Menegale — Processo
José Pereira Lira — O tabú da unidade judisdcional
Jorge Monteiro Furtado — Dicionário de Assuntos Fiscais Tributários
Miguel Lins e Célio Loureiro — Teoria e Prática do Direito Tributário
Rubens Gomes de Souza — Compêndio de Legislação Tributária
Rubens Gomes de Souza — A administração de justiça em matéria fiscal
Ruy Barbosa Nogueira — Direito Financeiro — Curso de Direito Tributário
Zola Florenzano — Curso Superior de Direito Tributário
Zola Florenzano — Processo Fiscal.

REVISTAS :

Revista de Direito Público
Revista de Direito Administrativo
Revista dos Tribunais

c) LEI ESTADUAL Nº 6.537, DE 27.2.73

TEXTOS DOS ARTIGOS REFERIDOS NESTE TRABALHO

“Art. 17 — A exigência do crédito tributário, salvo quanto ao pagamento antecipado sujeito a homologação, será for-

malizado em AUTO DE LANÇAMENTO por servidor a quem compete a fiscalização do tributo”.

“Art. 19 — A intervenção do sujeito passivo no procedimento tributário administrativo faz-se pessoalmente ou por intermédio de procurador, que deverá ser advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil”.

“Art. 24 —

§ único — Considera-se domicílio fiscal do sujeito passivo:

a) quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual no Estado ou, sendo esta incerta ou localizada em outra unidade da Federação, o local habitual de suas atividades ou, ainda, o que constar da peça inicial do procedimento”.

“Art. 26 — É assegurado ao sujeito passivo o direito de requerer urgência para o julgamento do processo, pedido que só será atendido pela autoridade julgadora se as razões apresentadas o justificarem.

§ único — Os processos cuja urgência tenha sido deferida terão tramitação preferencial”.

“Art. 28 — A impugnação e a contestação, formalizadas por escrito e instruídas com os documentos em que se fundamentarem, serão apresentadas no prazo de 30 dias, contado da notificação ou intimação, à repartição mencionada no art. 24”.

“Art. 32 — Recebida e autuada a impugnação, ou contestação, a autoridade preparadora, ouvido o autor do procedimento, determinará, de ofício ou a requerimento do sujeito passivo, a produção de provas periciais quando entendê-las necessárias, indeferindo, em despacho fundamentado, as que considerar prescindíveis ou impraticáveis”.

“Art. 33 — Deferindo a produção das provas referidas no artigo anterior, a autoridades preparadora designará o perito para realizá-la.

§ 1º — As partes poderão, no prazo comum de 5 dias, contado da ciência do deferimento, apresentar quesitos e indicar assistente técnico para acompanhar os atos do perito designado.

§ 2º — Os assistentes técnicos terão o prazo comum de 3 dias, contado da data da ciência do laudo do perito, para subscrevê-lo ou apresentar laudo divergente.

§ 3º — A parte que provocar a perícia será responsável pelas despesas decorrentes, inclusive as originadas de quesitos apresentados pela oponente, salvo, em se tratando do sujeito passivo, quando o lançamento vier a ser julga-

do, definitiva e totalmente improcedente, hipótese em que caberá a indenização do que tiver sido dispendido”.

“Art. 37 — O julgamento do processo em primeira instância compete:

.....

IV — ao Corregedor Geral de Justiça, quanto à imposição de penalidade a infrator que seja membro ou servidor do Poder Judiciário”.

“Art. 41 — A autoridade julgadora de primeira instância recorrerá de ofício, com efeito suspensivo ao Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, sempre que proferir decisão contrária à Fazenda, no todo ou em parte, podendo deixar de fazê-lo quando:

- I — a importância pecuniária não exceder de 10 vezes o valor do salário mínimo vigente no Estado;
- II — a decisão for fundada exclusivamente no reconhecimento de erro de fato;
- III — a decisão se referir exclusivamente a obrigação acessória”.

“Art. 43 — O recurso de ofício devolve o conhecimento do feito ao TARF unicamente em relação à parte recorrida”.

“Art. 58 — Das decisões do TARF, entendidas omissas, contraditórias ou obscuras, cabe pedido de esclarecimento ao próprio Tribunal, com efeito suspensivo, apresentado pelas partes, no prazo de 5 dias, contados da intimação.

§ único — Não será conhecido o pedido, que, a juízo do TARF, for manifestamente protelatório ou vise indiretamente a reforma da decisão”.

“Art. 60 — Das decisões não unânimes do TARF cabe pedido de reconsideração desde que verse sobre matéria de fato ou de direito não apreciada na decisão reconsideranda”.

“Art. 63 — Cabe recurso extraordinário das decisões do TARF, proferidas com o voto de desempate de seu Presidente, quando o sujeito passivo ou o Defensor da Fazenda entendê-las contrárias à legislação tributária ou à evidência das provas”.

§ único — O recurso extraordinário, que terá efeito suspensivo e devolutivo, será interposto ao Secretário da Fazenda, no prazo de 10 dias, contado da intimação da decisão recorrida”.

“Art. 73 — .....

§ 3º — O depósito administrativo em dinheiro do valor do crédito tributário questionado, evitará a aplicação do disposto neste artigo, salvo em relação ao tempo transcorrido

até à data da sua efetivação se o valor depositado não tiver sido corrigido.

§ 4º — No caso do parágrafo anterior, se o lançamento for julgado improcedente em decisão administrativa ou judicial definitiva, o valor depositado será devolvido de ofício, até 60 dias após, monetariamente atualizado com bases nos índices a que se refere este artigo”.

“Art. 99 — .....

§ 3º — Se, por falta de quorum, decorrente da ausência de juízes representantes dos contribuintes, o TARGF deixar de se reunir por 5 sessões consecutivas, o Secretário da Fazenda poderá avocar o julgamento dos processos pendentes, incluídos na pauta das sessões não realizadas, proferindo decisão irrecorrível na esfera administrativa”.

“Art. 102 — O presidente do TARGF e os juízes representantes dos contribuintes têm direito à gratificação de Cr\$ 120,00 e os juízes representantes da Fazenda à de Cr\$ 60,00 por sessão a que compareçam, até o máximo de 15 sessões por mês”.

“Art. 115 — O Secretário da Fazenda, com fundamento na equidade e por proposta das autoridades julgadoras ou quando decidir sobre recurso extraordinário, poderá reduzir a multa aplicada em percentagem igual à referida no § 2º do art. 7º, atendendo às características pessoais ou materiais do caso, desde que não tenha havido reincidência específica, fraude, conluio ou falsidade.

§ 1º — A proposta de que trata o artigo será apreciada antes da intimação da decisão ao sujeito passivo.

§ 2º — Do despacho da autoridade julgadora que deixar de encaminhar proposta de aplicação de equidade solicitada pelo sujeito passivo, cabe a este, no prazo de 5 dias, contado da intimação, interpor recurso, com efeito suspensivo, ao Secretário da Fazenda, que decidirá a matéria na forma do disposto no “caput” deste artigo”.

“Art. 116 — Mediante convênios firmados entre o Estado e os Municípios, as autoridades administrativas estaduais poderão ser incumbidas da apreciação e do julgamento de questões suscitadas entre a Fazenda Pública Municipal e seus contribuintes”.

ESTUDOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA RODOVIÁRIA DE TRANSPORTE POR DANOS PESSOAIS

Carlos Eduardo Garcez Baethgen

Prof. de D. Ind. Civil na UFRGS e na UNISINOS

PRÓLOGO

Não tem este trabalho a pretensão de esgotar os pontos que aborda.

Muito já se disse sobre os tópicos analisados nele e a intenção do autor não é a de repetir, enfadonhamente, as tradições e origens de cada instituto examinado.

Antes pelo contrário, a intenção é a de trazer algumas sugestões que possam ajudar a atualizar o direito à sociedade atual, completando-se, assim, como um instrumento digno e apto a reger condutas humanas.

É gasta pelo tempo a frase e a certeza de que o direito acompanha, lentamente, as evoluções sociais regredindo-as após, e muito, seu surgimento.

Se isto é verdade e aceitável, não é menos verdade que o desenvolvimento técnico-científico de nossos dias fez com que a sociedade agigantasse seu passo, criando novas condições e novas exigências de vida, fazendo tudo isso com que o cidadão da década de 70 seja absolutamente diferente e com aspirações totalmente diversas do pacato cidadão da década de 50.

Nada menos do que 20 anos, o que historicamente é um nada, alteraram profundamente as estruturas sociais de nossa realidade.

Hoje em dia não mais se aceitam certas idéias, tabus e tradições, adotando-se, de outro lado, novas normas de convívio, e já se nota que a geração de 80 será, igualmente diversa e com ambições até antagônicas com as nossas.

Por tudo isso e para tudo isso, é necessário que o di-

reito mude seu ritmo. Não ao ponto, é verdade, de adiantar-se à sociedade, mas tão somente para ser mais dinâmico, libertando-se de certa rigidez anacrônica e de certos dogmas hoje inadmissíveis, porque bastante ultrapassados.

Não se coloca o assunto, entretanto, em termos de alteração absoluta dos padrões jurídicos. O que se visa é que o direito passe a usar, com mais frequência, métodos que a ciência coloca a seu dispor; que se mantenha uma ciência de cunho profundamente humanístico porque voltado para o homem, porém sem parar no tempo, atualizando-se, a fim de que possa cumprir, em tempos futuros seu papel dentro de uma sociedade cada vez mais dinâmica e exigente.

1 — A RESPONSABILIDADE CIVIL

CAPÍTULO I

HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A noção de responsabilidade pelos danos causados a outrem é uma das noções que acompanham o homem desde os primórdios de sua evolução.

Embora, é evidente, sem sistematização jurídica nem científica, o fato do dano é sentido como algo destoante de uma certa lógica.

Povos já razoavelmente evoluídos reagem, não só ao dano causado pelo inimigo, como também achavam razoável a revolta do ofendido ante um dano provocado ou produzido pela ação direta de um companheiro.

Nesta fase, é sabido, a justiça privada era o meio disponível com que se buscava a composição dos litígios, mas o que cumpre notar é que a repulsa ao dano já era um sentimento atuante nestas sociedades rudimentares.

Assim o mal era reparado pelo mal. Ao ferimento que se sofria, respondia-se com outro ferimento ou até com a morte, que era tolerada pelos componentes estranhos à controvérsia como manifestação justa de equilíbrio social.

Já neste aspecto nota-se que qualquer dano produz, de imediato, um desequilíbrio social. Fosse permitida a causação de danos sem remédios reparadores cairíamos no caos, em pouco tempo.

Entretanto, com a evolução dos homens e da sociedade, a justiça privada, pela imoderação dos meios que representava, já não se tornava mais instrumento eficaz de equilíbrio social, mas revelava a pura e simples preponderância do mais forte sobre o mais fraco. A este desequilíbrio res-

ponde a primeira manifestação legislativa neste sentido, a Lei das XII Tábuas, pela aplicação do talião, através do “si membrum rupsit ni eo pacit talio est”.

Como resposta à justiça privada o sistema oferecia vantagens, eis que se consertava o desequilíbrio causado pelo predomínio do mais forte sobre o mais fraco. Como solução para o problema é evidente que, em pouco tempo, não mais satisfez.

Qualquer organização societária exige, para seu funcionamento, a preservação de seus componentes. O talião, ao contrário, atentava contra os mesmos, eis que sua aplicação representava, na verdade, a duplicação do problema: a um dano causado seguia-se outro na mesma proporção. A um braço que se imobilizava seguia-se o do ofensor, e com isso a sociedade perdia mais protagonistas na batalha econômica.

Plantado mais este problema não tardou a solução com o que se denominou de período de composição do dano, buscando-se a fórmula de reparar o mal causado.

Passou-se a aplicar uma “pena” ao ofensor, iniciando-se uma das grandes confusões doutrinárias como mais tarde veremos, com o nascimento da responsabilidade penal ao lado da responsabilidade civil.

No início desta nova era não se tinha um critério para a transformação do dano causado em pena. De outro lado era impossível evitar impulsos de vingança através da fórmula do “olho por olho, dente por dente”.

Crescia, neste momento, a força da autoridade governamental e aos poucos o assunto vai se submetendo às diretrizes determinadas pelos governantes.

Da composição organizada e pesada pela vítima, passa-se a critérios que se vão uniformizando, aos quais se obriga o respeito tanto do ofensor como da vítima.

Sentindo a sua força, a autoridade passa a punir não só o dano pessoal como também aqueles atos que turbavam a paz social, sem prejuízo pessoal ou com ele, iniciando-se a lenta mas progressiva separação das duas responsabilidades: a penal e a civil.

O ofensor respondia perante o Estado pela perturbação da ordem que seu gesto causava perante a vítima pelo dano específico que fazia nascer. Iniciou-se, assim, a participação do Estado como sujeito passivo de certos delitos, o que permanece até nossos dias, com os crimes de ação pública e os de ação privada.

Do lado da responsabilidade civil estes movimentos geraram o nascimento da “ação de indenização” nos casos em

que a composição voluntária, entre as partes, não prosperava.

Neste espírito e nessas condições é trazida a lume a famosa "Lex Aquilia" que traz consigo a idéia de responsabilidade por danos causados a terceiros inexistente qualquer pacto ou convenção entre ofensor e vítima, sendo hoje em dia a culpa aquiliana sinônimo de culpa extracontratual.

De início de aplicação restrita aos cidadãos foi, aos poucos, alargando-se a incidência da "Lex Aquilia" abrangendo também aos peregrinos, e regulando também ferimentos produzidos em homens livres e danos às coisas em geral. (Originalmente tratava de ferimentos em escravos e em animais de pasto, bem como do ressarcimento do DAMNUM INJURIA DATUM).

A seguir abrandaram-se as exigências e requisitos de indenização baseada nela, passando, com Justiniano, a conceder-se ação também para o ressarcimento do DAMNUM NON CORPORE DATUM.

Essa, em rápidos traços, a evolução da responsabilidade civil no direito romano, cabendo destaque todo especial a edição da lei Aquilina, que determinou novo rumo aos acontecimentos.

Desta lei surgiu, fundamentalmente, como veremos adiante, a noção ainda muito atuante em nossos dias de que a responsabilidade repousa na culpa do ofensor, sendo árdua conquista da ciência jurídica a idéia, hoje preponderante, da responsabilidade sem culpa, em certos casos.

No direito francês, por exemplo, firmou-se, a partir deste panorama, a idéia ferrenha de que responsabilidade e culpa sempre deveriam andar juntas, embora já se iniciasse a entender que a gravidade da culpa não alterava a reparação.

A fixação de obrigatoriedade da noção de culpa como requisito de existência de responsabilidade permanece até hoje, mitigada pela evidente realidade contrária, mas a prisão e dogmas e tradições jurídicas impedem que se afaste, em definitivo esta idéia, ainda sustentada por autores de nomeada.

A época de Justiniano os outros povos de formação jurídica evidentemente inferior aos romanos ainda engatinhavam nas diferenciações de responsabilidade civil e penal. Entendiam ainda a reparação do dano como uma pena, um castigo, pela prática de algo contrário à ordem.

Estes os aspectos que cumpria, a nosso ver, ressaltar dentro da evolução da responsabilidade civil. Interessante

relembrar que toda a força mobilizadora deste instituto, ligado diretamente à vida social, está na perseguição de um equilíbrio rompido com o dano. O estabelecimento desta noção é fundamental para o desenvolvimento de nossas idéias no desenrolar deste trabalho.

Relembrando, ao desequilíbrio causado pelo dano em si, entenderam os homens restabelece-lo através da aceitação da vingança privada. Deste processo outro desequilíbrio, socialmente até de maior peso, qual seja o predomínio do mais forte sobre o mais fraco, desequilíbrio este que provocou nova reação, mesmo porque o desequilíbrio primeiro (causado pelo dano) não desaparecera.

Passou-se, então ao talião, de início com medida apenas da vítima e após medido também pela autoridade, a fim de evitar abusos. Razões de manutenção de ordem social e até de raízes econômicas condenaram o talião e o período de composição segue-se, estabelecendo-se aos poucos um regime de características mais definidas.

Passa então a autoridade a comandar as ações e a ditar as normas, impondo-as tanto a vitimados como a ofensores.

Esta evolução tão rápida no papel é fruto, entretanto, de longos e longos séculos de adaptações de interesses. Em nossos dias sente-se um desequilíbrio, não mais em termos sociais amplos, já que o círculo social alargou-se de tal forma que um fenômeno generalizado é, nestas características, difícil de ocorrer, mas em face a situações concretas restritas, resultante da evolução da responsabilidade civil, dentro de uma espiral dialética, o que será assunto para as próximas páginas.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como vimos, entretanto, foi grande a convicção dos autores de que a culpa é requisito para a existência de responsabilidade civil.

Até nossos dias permanecem vigorando certos dispositivos que exigem a culpa para a caracterização de responsabilidade.

Já se viu que o elemento dinâmico que gerou toda a cadeia de instituições que culminou na responsabilidade civil é o desequilíbrio social gerado pelo dano em si.

A culpa como requisito da responsabilidade esbarra, des-

de logo, nos casos de responsabilidade por fatos de coisas ou de animais, ou ainda, por atos de incapazes. Nestes casos torna-se bem mais difícil a inserção do conceito de culpa para justificar e fundamentar a responsabilidade.

Entretanto, os adeptos da teoria da culpa, mesmo assim, procuram encontrar em todos estes atos manifestações de vontade do responsável que encerrariam algum resquício de culpa, sendo grande espada neste sentido a "culpa in vigilando" e a "culpa in eligendo".

A teoria de culpa chega ao ápice com a afirmativa de VON IHERING: "sem culpa nenhuma reparação" (1).

Ante a desencadeada idéia de que a culpa era requisito para existência de responsabilidade, pesquisou-se no sentido de descobrir se, no direito romano, já estava assim tão presente a idéia de culpa, e concluíram os MAZEAUD que somente no fim da República é que ganhou sentido a culpa aquiliana, sendo antes muito precária a sua noção entre os romanos.

Em nossos dias permanece acesa a disputa entre a teoria da culpa e a chamada teoria do risco, para caracterização do verdadeiro fundamento da responsabilidade civil.

Evidentemente que ambas correntes já se apresentam, principalmente a primeira, despidas daqueles dogmas que vigoraram durante tanto tempo.

Na verdade, a tendência é pela adoção de critérios mais flexíveis, que permitem que novos fatos sociais sejam aceitos e regulados dentro de condições doutrinárias mais favoráveis, sob pena de incidirmos no mesmo erro que criticamos, ou seja, a estagnação do direito diante de uma realidade determinada, sem condições de acompanhar a evolução daquele fato.

De nada nos adiantaria a fixação de critérios, embora perfeitos, para nossa realidade atual, rígido que se auto-destruía em pouco tempo.

As posições das pessoas em face ao dano e ao desequilíbrio que ele gera alteram-se, na mesma medida em que as condições sociais em que aquelas pessoas vivem se altera. Se não há um condicionamento absoluto, e não o defendemos, é inegável a influência do cenário social sobre a concepção individual.

Assim, antes de formular idéias sobre o fundamento da responsabilidade civil, é de alertar do perigo da posição dog-

mática absoluta, como impecilho de desenvolvimento do próprio direito.

Mas, exige a ciência jurídica a explicação e a fundamentação de cada fenômeno normativo.

Os seguidores da teoria da culpa, a princípio absolutos e intransigentes, diante de certos fatos sociais que passaram a ocorrer com maior frequência, foram forçados a revisar suas posições e partir para soluções técnico-Legislativas, ainda hoje vigentes, inclusive no Brasil como adiante veremos, a fim de salvar a teoria da culpa que ameaça naufragar ante a torrente.

A solução mais exitosa foi a instituição da culpa presumida, através da qual retira-se da vítima o pesado encargo de provar a culpa do ofensor.

Em nossos dias, os tribunais brasileiros fundamentam vários acórdãos nesta presunção de culpa, entendendo-a patrocinada por dispositivo legal, no caso de transporte de pessoas o art. 17 da lei nº 2.681 de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro.

Tem-se assim, ainda, como fundamento do dever de indenizar, a culpa porém uma culpa toda especial qual seja a presumida. Esta presunção se não é "de jure" somente admite prova em contrário na hipótese de caso fortuito ou culpa do viajante.

Com isso contorna-se uma das maiores dificuldades que a teoria da culpa ocasionava, ou seja, a quase impossibilidade do ofendido de demonstrar em juízo a responsabilidade do ofensor, eis que tinha de suportar o ônus probatório da culpa pelo dano.

Mesmo com a presunção da culpa não se conseguiu afastar todos os problemas, tendo sido ingente a tarefa da jurisprudência em regulamentar a matéria, parca de disposições legais.

Em outros aspectos teve de se socorrer de conceitos pouco claros e imprecisos, tais como a "culpa in vigilando" e "in eligendo".

Assim em atos de incapazes ou fatos de animais, ante até o desconhecimento dos atos ou dos fatos pelo responsável civil, trazia-se o mesmo através destas duas formas de culpa.

Esta solução, entretanto, tecnicamente, não soluciona problemas mais modernos, como é o caso, por exemplo, da responsabilidade civil da empresa de transporte por acidentes causados por seus prepostos. Aplicando-se, como fundamento, a "culpa in eligendo" admite-se a prova em contrário e toda a empresa moderna, na escolha de seus motoris-

(1) VON IHERING, Schulnmoment, pag. 50, apud Pontes de Miranda, in José de A. Dias "Da Responsabilidade Civil" pag. 48, 5.ª Ed.

tas, age com evidente cuidado e esmero, isentando-se a partir daquele raciocínio da responsabilidade, eis que não haveria forma de fundamentá-la.

Ora, a realidade atual não se pode satisfazer com esta solução.

A idéia de culpa "in vigilando" e "in eligendo" tem, é evidente, suas aplicações, mas o seu uso exagerado para explicar todos os fenômenos em que não há participação direta do responsável, não pode ser admitido como construção teórica de um instituto.

SALEILLES inicia, a partir da constatação desta realidade, uma reação que traz como idéia básica a verificação de que a culpa não pode ser considerada indispensável para a fundamentação da responsabilidade civil.

Pode-se inferir até que a teoria da culpa nasceu e se desenvolveu dentro de um espírito de confusão entre a responsabilidade civil e a penal.

O respeitável autor frances procura sanar este vício entendendo de se alterar a proposição inicial. Do "quem é o responsável", deve-se partir para "quem deve reparar o dano?" afastando todo e qualquer resquício de identidade entre as duas responsabilidades.

Realmente se nos afigura correta a ponderação de SALEILLES. A indagação de quem é o responsável traz dentro de si a preocupação com o causador do dano, ao passo que só perquirição de quem será o reparador do mesmo ajuda a afastar a noção exagerada de culpa e ajuda a responder a indagação básica da responsabilidade.

Segundo José de A. Dias nasceu a teoria do risco com a preocupação de THOMASUS em explicar a responsabilidade pelos atos de incapazes, a quem não se poderia denominar de culpados⁽²⁾.

Vários autores, a partir da sucumbência da teoria da culpa, procuraram sistematizar uma nova fundamentação do dever de indenizar, baseando-se no risco, sob diferentes enfoques.

Uns entendiam que a exploração normal de um negócio já é fundamento suficiente para fazer com que o titular do mesmo arque com os danos que ele ou seus prepostos causem a terceiros, seja através da execução de contratos derivados da exploração do negócio, seja através das relações extra-contratuais.

Com isso deixava-se a preocupação da existência ou não de culpa do negociante para um segundo plano, ou seja,

(2) José de A. Dias, ob. cit., pág. 57

para o caso da participação de terceiros no dano e a competente ação regressiva.

Assim, mesmo sem culpa, responde o negociante pelos riscos que o seu negócio traz em si, indenizando o lesado, somente pelo fato de expô-lo ao risco, independente de aspecto subjetivo, qual seja a perquirição de culpa.

Outros entendiam como solução o fato de examinar-se a situação econômica dos participantes da relação em que surgiu o dano. Assim, se é de posses o ofensor deve responder pelo dano, ao passo que invertendo-se as figuras, teríamos a exoneração do ofensor de poucas posses.

Esta corrente, preocupada com o desequilíbrio social posterior à Revolução Industrial, esquece e confunde elementos, a nosso ver totalmente distintos. Pouco importa, para a fundamentação do instituto, a situação econômica das partes envolvidas. Poderá ela ter alguma repercussão na fixação da quantia indenizatória, mas nunca no plano de procura do responsável.

Os expoentes da teoria do risco foram, indubitavelmente, ADOLF e RUDOLF MERKEL.

Várias outras feições tomou a teoria do risco, sendo que esta primeira é a de maior importância.

Como reação ao que se denominou o exagerado risco, surgiram correntes conciliatórias procurando unir as duas teorias, tentando dar uma idéia mais flexível do fundamento da responsabilidade.

DEMOGUE entendia que a utilização da teoria do risco somente deveria ocorrer quando o negociante usasse o que denominou de agentes perigosos.

Desde logo surge a dúvida: o que será elemento ou agente perigoso? Em princípio todo o agente que cause dano a terceiros é perigoso e assim a aplicação da teoria do risco seria absoluta.

SAVATIER entende que culpa e risco são ambos fundamentos de institutos diferentes, cada um fundamentando o seu. Assim a responsabilidade por culpa seria outra coisa diferente da responsabilidade sem culpa. Parece-nos uma idéia que embora não totalmente absurda, eis que há responsabilidade fundada na culpa e responsabilidade sem culpa, não enfrenta o problema fugindo do mesmo.

Se algo pode apresentar mais de um aspecto, pode permitir mais de um enfoque, nem por isso terá natureza diversa. Fundado na culpa ou fundado no risco o que há é o dever de indenizar, que é um só, uno e lógico em si mesmo.

Em nossos dias a tendência pende para a teoria do risco, mais pelo fato de livrar-se do fantasma da culpa absoluta do que por méritos flagrantes seus.

Livres, entretanto, do domínio absoluto da culpa, não raro os juristas de hoje voltam a preocupar-se com ela. Já assente a desnecessidade da culpa para a existência da responsabilidade, custem as legislações a adotar tal idéia. Tímidas manifestações de quando em quando confortam ao desenvolvimento da ciência do direito.

Na verdade, em nossos dias, não se pode permanecer estagnado ante a idéia da culpa. O ritmo trepidante de nossos dias não admite mais indagações filosóficas a respeito da fundamentação perfeita do instituto. Ocorrido o dano o desequilíbrio social daí resultante exige a reparação. Há casos em que a culpa é flagrante e não há maiores dificuldades. Há casos, entretanto, em que a procura de alguma culpa, mesmo com as soluções que vimos adotadas pelos seguidores da teoria da culpa, atrasem o processo da reparação, e estes justamente são os aspectos incompatíveis com a realidade de nossos dias.

Um desequilíbrio precisa ser sanado. A solução deve ser rápida e eficiente, mas deve haver o cuidado de não se causar, em certas áreas, outros desequilíbrios tão rigorosos como o causado pelo dano.

CAPÍTULO III

O CONTRATO DE TRANSPORTE — EXISTÊNCIA E VALIDADE

O terreno mais fértil para a aplicação da responsabilidade civil é, indubitavelmente, o transporte que em nossos dias, com o desenvolvimento nesta área oferece os melhores casos para exame.

Neste campo encontram-se, em primeiro lugar, empresas organizadas e desenvolvidas para o fim de transportar pessoas ou cargas, sejam empresas rodo-ferroviárias, aéreas ou marítimas.

Neste campo encontram-se com óbvia maior frequência os casos de acidente, resultando lesões e perdas, ocasionando assim problemas de responsabilidade civil.

Aparecem nitidamente as responsabilidades contratuais e as extra-contratuais, as primeiras relativas às responsabilidades com os passageiros ou mercadorias transportadas e as segundas relativas às responsabilidades por danos causados a terceiros, alheios ao contrato de transporte em si.

Cumprido, por isso, estudar, como primeiro passo, o contrato de transporte, e sua existência e os casos de nulidade do mesmo, com seu reflexo no problema de responsabilidade civil.

A definição de contrato de transporte é singela e não oferece maiores dificuldades. O próprio anteprojeto do Código Civil, ora em estudos, oferece, no seu art. 741 uma definição simples e correta:

“Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro pessoas ou coisas”.

Portanto, no contrato de transporte uma das partes se obriga a transportar e outra a pagar o preço da passagem ou do frete.

Na obrigação de transportar tem-se entendido incluída a cláusula de transportar com incolumidade, ou seja, a obrigação de fazer com que o passageiro chegue são e salvo a seu lugar de destino, bem como a obrigação de fazer a pessoa transportada chegar no local de destino na hora previamente estipulada.

Cogita, inclusive, o anteprojeto do Código Civil da responsabilidade civil pelo descumprimento desta cláusula de horário, exonerando-se apenas em caso de prova de força maior. É evidente que, neste caso, o passageiro deve provar o dano que alega ter sofrido, em razão do atraso ou do adiamento na chegada ou na partida.

Um aspecto que desde logo chama a atenção em relação ao contrato de transporte, é o transporte gratuito, muito comum em nosso meio.

Se o pagamento do preço da passagem é a obrigação principal do passageiro ou do credor do contrato de transporte, se alguém não paga, se é conduzido de favor, há ou não há contrato de transporte?

Na falta de qualquer disposição legal em respeito a esta matéria é de observar o que dispõe o anteprojeto do Código Civil:

“Art. 745 — Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia.

Parágrafo único: Não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração o condutor auferir vantagens indiretas”.

Realmente, faltando uma das contraprestações básicas — pagamento do preço — não se pode cogitar de negócio jurídico bilateral funcional. Contrato stricto sensu não há.

Porém, é evidente que o transportador deverá zelar pela incolumidade do passageiro, haja ou não contrato de transporte. Não se poderia admitir que, em face da inexistência do contrato pudesse o transportador esquecer o aspecto de segurança no transporte.

De outro lado, poderíamos imaginar aspectos de nulidade no contrato de transporte. Exemplo: um absolutamente incapaz contrata com o transportador seu transporte, sem representação de ninguém ou sem mesmo o conhecimento de seu responsável.

Ficaríamos ante um dilema: ou abrigaríamos uma grave exceção no regime de nulidade do direito civil, admitindo a validade de um contrato celebrado por absolutamente incapaz, ou teríamos de admitir que aquele ato contrato não foi. Entendemos que se trata, na espécie, de um ato-fato, ou seja, um ato que entrou no mundo jurídico como mero fato.

Do ponto de vista da responsabilidade civil: há obrigação de conduzir com incolumidade?

É evidente que há. A incolumidade não pode ser encarada como objeto do contrato. As partes não dispõem sobre ela, eis que se admitirmos isto, teríamos que admitir que as partes poderiam dispor diferentemente, e não podem, é evidente.

Portanto, a obrigação de transportar nasce com o contrato. O transportador pode recusar transportar gratuitamente, bem como pode recusar transportar o absolutamente incapaz sem representação. Porém a obrigação de transportar com incolumidade nasce, pura e simplesmente, do fato do transporte; nasce no momento em que qualquer pessoa adentra o veículo, ocasião em que se submete a todas as medidas de segurança que o transportador determinar.

Outro exemplo da inexistência de contrato de transporte é o fato de, por exemplo, o fiscal do poder concedente que, em serviço, embarca num veículo. Não há dever de transportar com incolumidade? Há e é evidente que não há contrato.

Portanto, em nosso ver, a obrigação de transportar com incolumidade nasce do próprio fato do transporte e o dever de indenizar decorrente do descumprimento desta obrigação pode ter origem contratual, bem como pode ter origem extra contratual.

Em nosso entender, do fato de transporte nasce, para o transportador o dever de indenizar os danos sofridos por seus passageiros, independentemente de culpa sua.

É importante situar que a possibilidade desta responsabilidade contratual ou extra-contratual, como dever de reparar independentemente de culpa só se pode aplicar aos passageiros do veículo.

Se a vítima é terceiro, fora do âmbito de ação do transportador, portanto fora daquela área de subordinação do transportador, só se pode reger a responsabilidade civil pelo sistema da culpa, eis que não havia em relação a ele qualquer relação de proteção e a obrigação de não causar danos não é a especial de que goza o passageiro, independente de haver contrato de transporte ou não, mas a comum do "naeminem laedere".

Resumindo nossa idéia, podemos dizer que afastada a preocupação de caracterizar contrato de transporte ou não, sua validade ou nulidade, em relação ao passageiro, tem o transportador responsabilidade sem culpa, ao passo que em relação a terceiros sua responsabilidade somente pode se originar de culpa, admitindo-se até, em função de disposições legais, e da projeção cada vez maior da teoria do risco, a presunção de culpa.

Assim, no primeiro caso não se admitiria sequer a prova em contrário da existência de culpa, eis que dela não se cogita. No segundo caso, entretanto, é de se admitir a prova da existência de culpa, eis que é ela, requisito para a existência da responsabilidade.

Fica ressalvada a possibilidade de ação regressiva contra o terceiro causador do dano em ambas as situações, bem como a possibilidade de a vítima acionar diretamente ao terceiro que entende o responsável pelo dano.

Trata-se de medida de dinamismo do direito, de apressamento de soluções, embora como vimos alertando desde o início há que tomar cuidado com outro tipo de desequilíbrio que se forma, e que se estudará adiante.

A responsabilidade sem culpa do transportador não poderá ser medida isolada. A tendência, já se vê é a adoção da teoria do risco indistintamente a todo ofendido, passageiro ou não, porém isto só se poderá aceitar num estágio mais evoluído da responsabilidade civil, estágio este já aceito em diversas legislações e mesmo na brasileira, em relação a transporte específico como o aéreo.

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA-CONTRATUAL

Costumeira a distinção que se faz entre responsabilidade contratual e extra-contratual.

No caso de transporte de pessoas, contratual seria a responsabilidade do transportador perante o passageiro regular. Extra-contratual seria a responsabilidade do mesmo perante terceiros vítimas de um dano, mas estranhos à relação de transporte.

Em relação aos casos que examinamos no capítulo anterior, teríamos uma dúvida.

Em caso de inexistência do contrato de transporte (transporte gratuito ou fiscalização) e mesmo no caso da nulidade do contrato de transporte (contrato celebrado por incapaz absoluto) teríamos a primeira dificuldade em caracterizar a responsabilidade do transportador.

Se contratual não poderia ser no caso de inexistência do contrato, poder-se-ia cogitar dela em caso de nulidade do contrato?

Abrir-se-ia, a partir deste momento franca discussão, eis que a natureza de contrato ou de ato-fato neste tipo de relação é assunto controverso na doutrina.

Entretanto, cumpre esclarecer nossa posição a este respeito.

Entendemos correta a classificação da responsabilidade em contratual e extra-contratual apenas em face a origem da responsabilidade e não em face ao seu fundamento.

A responsabilidade que nasce do contrato é a mesma que nasce extra-contratualmente, ou do ato ilícito.

Nosso Código Civil regulou separadamente as duas responsabilidades, porém entendemos que as soluções práticas para ambos os casos não podem ser divorciadas, nem obedecem a princípios diversos.

Tanto num caso como no outro a responsabilidade é a mesma.

A distinção que fizemos no capítulo III, in fine, refere-se a outro fato, que não a existência ou inexistência de contrato. Referia-se ela ao fato do transporte da vítima independentemente de verificação da existência de contrato entre ela e o transportador.

Adotávamos para os casos de danos as pessoas transportadas a idéia de que a subordinação às determinações do transportador, em matéria de segurança de transporte, eram

elemento determinante da aplicação direta da teoria do risco, fundamentando-se a responsabilidade do transportador neste fato apenas.

De outro lado, não era a inexistência de contrato de transporte que determinava que a responsabilidade do transportador, perante vítimas não transportadas se fundamentasse na existência de culpa, mesmo presumida: era a sua não subordinação à esfera de poder do transportador.

Portanto, a nosso ver, a distinção entre responsabilidade contratual e extra-contratual tem apenas a finalidade determinativa da origem da mesma, não alterando em nada as suas consequências.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES LEGAIS BRASILEIRAS SOBRE RESPONSABILIDADE EM TRANSPORTE DE PESSOAS

Como sabemos o transporte coletivo de pessoas poderá ocorrer via ferroviária, aérea, marítima ou rodoviária.

Apenas o transporte rodoviário de pessoas não está regido diretamente por nenhum dispositivo legal com relação a responsabilidade civil.

Analisemos os principais dispositivos reguladores da matéria:

- (a) — Lei nº 2.681 de 7 de dezembro de 1912 — Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro.

Este é o primeiro dispositivo legal brasileiro que regularmente, especificamente, a responsabilidade civil em matéria de transporte de pessoas.

O Código Comercial, em seu art. 102 regulara, anteriormente a responsabilidade civil do transportador marítimo por danos e avarias nas mercadorias transportadas.

A lei 2.681 inicia por regular as responsabilidades do transportador ferroviário em relação às mercadorias, e a partir do art. 17 regula a responsabilidade civil do transportador em caso de danos às pessoas transportadas.

Diz ele:

“Art. 17 — As estradas de ferro responderão pelos desastres que em suas linhas sucederam ao viajante e de que resulta a morte, ferimento ou lesão corpórea.

A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:

I — caso fortuito ou força maior;

II — culpa do viajante não concorrendo culpa da estrada”.

Vê-se desde logo que este dispositivo legal, editado em 1912, antes do Código Civil e antes das ponderações de conceituados doutrinadores, sentindo as dificuldades enormes apontadas e conseqüências da aplicação direta e absoluta da teoria da culpa, tenta contorná-las, fazendo inverter o ônus da prova através da presunção da culpa.

Hoje tal sistema é, em nosso entendimento, anacrônico quando o estende ao “viajante” entendendo-se aí o credor de um contrato de transporte válido. Mas à sua época foi um extraordinário avanço que aliás explica a sua vigência e aplicação até nossos dias. O sistema de presumir a culpa é quase a adoção da teoria do risco. Não o é por pequena exceção, quando se permite a prova de caso fortuito ou força maior, abrindo uma discussão acesa para a conceituação desta figura, ante a casuística do dia a dia.

Quanto a permissão de prova de culpa exclusiva da vítima, entendemos que mesmo a teoria do risco admite-a, eis que ninguém se pode beneficiar de algo que praticou, o que traduziria uma iniquidade absoluta.

Se a vítima causou seu próprio dano não há que se cogitar de responsabilidade do transportador, caindo por terra em conseqüência a busca de sua fundamentação.

Como dizíamos, este artigo entrava a rápida obtenção dos remédios legais justamente pela possibilidade de permitir a prova do caso fortuito ou da força maior.

Vários e vários exemplos estão a demonstrar o erro desta permissão. São variados os casos de responsáveis que tentam exonerar-se alegando os mais imaginosos casos de força maior como defeitos imprevisíveis nos veículos e outros fatos.

Entendemos que, justamente estes fatos constituem o somatório de riscos a que está sujeito o transportador.

Portanto, louvemos este dispositivo legal como precursor de uma nova idade de responsabilidade civil no Brasil. Apenas fazemos nossa crítica ao que entendemos o entravamento das soluções para as demandas nesta matéria.

A adoção da teoria do risco, com a única exceção quanto à causação do dano pela própria vítima, parece-nos a medida mais adequada para a solução dos problemas nesta área.

(b) — O Código Brasileiro do Ar. Decreto-Lei nº 32 de 18-11-1966

O Código Brasileiro do Ar, concorde com convenções internacionais a respeito, no tocante à responsabilidade civil, adota integralmente a teoria do risco, em relação aos passageiros.

Assim dispõe no seu art. 97:

“O transportador responde por qualquer dano resultante de acidente relacionado com a aeronave em vôo, ou na superfície, a seu bordo ou em operação de embarque ou desembarque, que causar a morte ou lesão corporal do passageiro, salvo culpa deste, sem culpabilidade do transportador ou de seus prepostos”.

Vê-se aqui, nitidamente, que independe a procura de culpabilidade ou não do transportador: assume ele os riscos do transporte, da atividade negocial que explora. Exceção-se apenas a culpa exclusiva do dano pela própria vítima, o que é curial.

Inexplicavelmente, em nosso ver, a disposição seguinte do parágrafo único do mesmo artigo; representa a volta ao problema que já havia sido sanado:

“Parágrafo único: No transporte gratuito a responsabilidade dependerá de prova, a cargo da vítima ou de seus beneficiários, de dolo ou de culpa do transportador ou de seus prepostos, reservado o direito à indenização do seguro contratado sem exclusão do passageiro gratuito”.

Volta-se, repentinamente, ao sistema da culpa, com todos os seus problemas e indefinições, e a única diferença entre os dois casos é a existência ou não de contrato de transporte, distinção esta que, a nosso ver, não pode alterar substancialmente uma situação idêntica em sua realidade objetiva. É o mesmo que dizer que a incolumidade, ou melhor, o ser transportado com incolumidade é prerrogativa do que firma um contrato de transporte, eis que a prova exigida de dolo ou culpa do transportador aéreo é difícil, senão impossível, de ser obtida, em razão das proporções que geralmente assumem tais acidentes.

No tocante à responsabilidade perante terceiros, aqui entendido o não transportado, o sistema adotado pelo Código Brasileiro do Ar é “sui generis”.

Inicia-se por adotar, novamente, a responsabilidade sem culpa, excepcionando-se, entretanto, no parágrafo imediato, que não será indenizável o dano causado em virtude de ope-

ração normal de aeronave, de acôrdo com as normas regulamentares. Trata-se do art. 110:

“Dará direito à reparação qualquer dano que a aeronave causar a pessoas ou bens no solo ou em água jurisdicionais brasileiras, bem assim o originado por pessoas ou coisas dela caídas ou projetadas, inclusive pelos alijamentos de força maior.

Parágrafo primeiro: Não dará direito, entretanto, à reparação o dano que não for consequência direta do fato causador ou que ocorrer em virtude de operação normal da aeronave, realizada de conformidade com as normas recomendadas”.

Não é admissível esta exceção. Não podemos concordar, em tese, com a extensão de teoria do risco e terceiros não transportados sem a cláusula limitativa da responsabilidade, porém concordamos menos ainda com a quebra absoluta do sistema, quando se adota a teoria do risco em seu rigorismo máximo e após se abre uma exceção que diz exatamente o contrário, ou seja, que o dano causado por atividade normal de aeronave não é indenizável: o mesmo que dizer que quem suporta os riscos da atividade é o terceiro que vê, por exemplo, sua plantação ser destruída pelo combustível lançado ao ar pela aeronave, se esta operação era normal segundo as regras técnicas de aviação. Não podemos entender este dispositivo que foge a qualquer apreciação sistemática.

Grande avanço, entretanto, representa o art. 103 que, tratando da responsabilidade em relação ao passageiro, limita o “quantum” da indenização.

Desde o início desta obra vimos alertando para o perigo de manter o equilíbrio desfeito pelo dano a custa de outro desequilíbrio. É o que evita o Código Brasileiro do Ar, neste artigo, quando estabelece o limite para a pretensão do autor.

Veremos em capítulos posteriores, com maiores detalhes, este aspecto.

Este limite é tornado sem efeito quando aja com dolo o transportador ou seus prepostos, o que é correto, eis que não se poderia entender o estabelecimento deste limite no caso de haver tido o autor a intenção premeditada de causar o dano.

Estas, em rápida análise, as disposições legais de maior significação dentro do ordenamento jurídico brasileiro em relação à responsabilidade civil em matéria de transporte coletivo de pessoas.

Como se vê o legislador adotou, em relação ao transporte ferroviário, a teoria da culpa como regra invertendo o ônus da prova, e assim, tornando a presunção de culpa quase inarredável. Não teve coragem, na época, de adotar totalmente a teoria do risco.

Já o Código Brasileiro do Ar tomou esta iniciativa, consagrando a teoria do risco, abrindo, entretanto, inexplicáveis falhas em relação a aspectos consequentes da aplicação desta teoria, como examinamos.

A fixação de limite para as empresas aéreas, em nossa opinião, é o mais importante passo para a definição correta do assunto, eis que evita aquele outro desequilíbrio a que tanto nos referimos.

(c) — O anteprojeto do Código Civil

No Título IX trata o anteprojeto do Código Civil da responsabilidade, e logo no primeiro artigo examina e regula a matéria (art. 986) traçando uma norma que merece exame mais detido:

“Art. 986: Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único — Todavia haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande riscos para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas”.

Tenta o legislador adotar o critério da responsabilidade sem culpa, aplicando a teoria do risco. Entretanto entendemos falha a redução deste dispositivo.

Em primeiro lugar abrir-se-á enorme discussão para caracterizar os “grandes riscos”, o que sempre determina através judiciais e ingentes esforços jurisprudenciais para amenizar, através de critérios, os debates protelatórios a respeito.

De outro lado, não menos saudável é a exceção que se abre afinal, qual seja a de exonerar o responsável pelo dano quando for comprovado o emprego de medidas preventivas adequadas tecnicamente.

Em princípio, novamente a discussão sobre o que se entender por “medidas preventivas tecnicamente adequadas”, mas principalmente pela instauração de enorme dú-

vida quanto a reparação do dano, nos casos em que o responsável adotar tais medidas.

Apenas como exemplo: provado que a sua equipe de manutenção é excelente e que todas as medidas preventivas foram adequadamente tomadas, exonerar-se-ia o transportador da responsabilidade por acidente cuja causa fosse feito do veículo.

Não será transferir ao passageiro o risco?

Com estes comentários entendemos ter destacado o que de mais importante há em termos de responsabilidade civil em transporte de pessoas, na área legislativa.

CAPÍTULO VI

A TAREFA DA JURISPRUDÊNCIA E SUAS CONCLUSÕES

Como já salientamos, o transporte rodoviário de pessoas não foi contemplado com uma regulamentação própria.

Adiante termos série de dados que informam do extraordinário relevo que este tipo de transporte possui, em nossos dias, no Brasil.

Assim, um sem número de casos do dia a dia aparecem nos tribunais, reclamando uma providência.

Com isso ganhou a tarefa jurisprudencial, neste aspecto, uma conotação quase de fonte direta do direito, tendo de criar normas para reger uma dada situação de fato.

E, como era de esperar, desempenhou-se airoosamente. A primeira grande conquista jurisprudencial, neste tema, foi a extensão da lei 2.681 a outros transportes que não o ferroviário "stricto sensu". Assim, inicialmente o transporte urbano, através de bondes, passou a ser regulado por este dispositivo legal.

Em seguida todo o transporte rodoviário passou a ser considerado pela jurisprudência como regulado pela lei 2681.

Este passo, a princípio temeroso, após decidido, representou um grande avanço na solução do problema que mais e mais surgia ante os tribunais.

Na falta de um dispositivo próprio, as normas contidas na lei 2.681 eram suficientes no preenchimento de uma gritante lacuna legislativa.

Porém, é evidente, como solução definitiva não pode ser aceita esta extensão. Ocorre que as características de um e outro tipo de transporte são bastante diversas. O primeiro — transporte ferroviário — em casos de acidente oferece, indubitavelmente uma maior segurança ao passageiro do que o segundo, além de estarem os veículos ferroviários

menos sujeitos a abalroamentos do que os rodoviários. Assim os acidentes e os danos daí gerados terão sempre características diversas, e a unidade de solução, se satisfaz em razão do preenchimento de uma lacuna, não pode satisfazer em todos os aspectos.

Deve ser entendida como uma solução temporária e nunca como solução definitiva este entendimento jurisprudencial.

Outro aspecto bastante discutido nos tribunais é o de se saber se a culpa concorrente do passageiro permitiria a divisão da responsabilidade.

Concluiu a maioria de nossa jurisprudência pela impossibilidade, uma vez que a participação do passageiro no desastre era sempre, ou quase sempre, mínima e pouco influente no resultado final.

Exemplo disto é o acórdão da lavra do Min. Ribeiro da Costa, in DJ de 03.08.59, a pág. 2645/7:

"Quando se enfrenta acidente de que é vítima passageiro de trem, reconhece-se indistintamente a culpa presumida da empresa responsável, ainda que tenha admitido o passageiro como "pingente", circunstância que não a subtrai de qualquer parcela de responsabilidade, porque prepondera aquela presunção que inteiramente absorve, ainda que provada, a culpa concorrente da vítima, pois despe-se esta de mínima influência na relação obrigacional constituída pelo contrato de adesão, em face do responsável".

Todos estes aspectos, como se nota, são característicos de um transporte específico, qual seja o transporte ferroviário. No caso do transporte rodoviário pode-se imaginar, sem esforço especial, outras situações, em que a atitude da vítima pode ser, até, a causa direta do acidente.

Outra solução ofertada pela jurisprudência, e de muita importância para a definição total do assunto, é a de que a culpa de terceiro não elide a responsabilidade civil do transportador.

Este entendimento ficou consubstanciado com a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal:

"A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva".

Com isso, deu-se grande passo à consagração da teoria do risco, porém sempre com a ressalva da responsabilidade contratual.

Insistimos: será apenas em relação ao passageiro que mantém um contrato de transporte válido que se aplica a responsabilidade sem culpa, ou ela também pode se aplicar a todos os casos de acidentes que causem danos às pessoas transportadas? É o contrato ou o fato do transporte que determina a incidência da teoria do risco?

Pela interpretação não extensiva da Súmula 182, aplica-se a responsabilidade sem culpa apenas aqueles com quem a transportadora mantém contrato de transporte, eis que se cogita apenas de responsabilidade contratual.

Entretanto, como vimos, a distinção entre responsabilidade contratual e aquiliana, em nossa opinião, não representa maior diferença, eis que se diferencia da responsabilidade extra-contratual apenas quanto à origem. Pode-se interpretar a Súmula 187 no sentido de ser aplicada a todo o passageiro, independentemente de haver ou não contrato de transporte.

Estes os aspectos de maior relêvo discutidos nos tribunais em relação ao assunto em estudo. Outras conclusões contribuíram para a definição do problema, principalmente na determinação das situações de fato que caracterizam força maior ou caso fortuito que, como já referimos, formaram grandes discussões, permitidas pela lei, neste particular esquecida da teoria do risco.

Pode-se concluir que a jurisprudência contribuiu, decisivamente, para a crescente implantação da teoria do risco em nosso meio, a respeito de transporte.

Fixou a diferença, atualmente existente entre os danos causados ao passageiro e a terceiros, baseando-se na distinção de responsabilidade contratual e extra-contratual, conseguindo, desta forma, um certo equilíbrio, minimizando os desastrosos efeitos de uma aplicação, sem precauções, da teoria do risco.

Veremos adiante como a teoria do risco só pode ser adotada conjuntamente com outras medidas que evitem outro desequilíbrio de consequências perigosas. Impossibilitados de determinar estas medidas, sentiram os julgadores a inconveniência de uma aplicação total da teoria do risco, e utilizaram-se da distinção entre responsabilidade contratual e extra-contratual para restringir a sua aplicação.

Se foi um erro no sentido técnico foi um acerto do ponto de vista de equilíbrio social.

CAPÍTULO VII

O ALCANCE DA INDENIZAÇÃO

Atingimos, a esta altura, o exame de um aspecto que apresenta vital importância dentro do estudo do tema a que nos propusemos.

Como vimos, a criação e mesmo toda a evolução da responsabilidade civil baseou-se na preocupação, a início individual e após estatal de recuperar um equilíbrio perdido em função de um dano gerado.

Como toda a força propulsora de algo não ocorrendo sua desaceleração, uma vez atingido o objetivo a que se propôs, a preocupação em manter um equilíbrio social rompido extravasou de suas finalidades, passando a causar, amiúde, outro tipo de desequilíbrio.

A preocupação de proporcionar à vítima, ou seus beneficiários, as mesmas condições econômicas que desfrutavam antes do dano, terminou por sacrificar, em alguns casos, em demasia ao ofensor.

Realmente a princípio tímido e agora francamente entenderam os tribunais em estender ao máximo o alcance da indenização, causando, não raro, uma melhoria nas condições econômicas do ofendido (ou seus beneficiários).

É evidente, e a ressalva cabe, que não se cogita de argumentar no sentido de que a melhoria de vida supre em caso de acidentes fatais ou graves, as consequências do dano. Trata-se da necessidade de adoção de critérios menos amplos, independentemente da relação de igualdade entre o dano e a indenização.

Se é verdade que desde o Direito Romano entendeu-se que a reparação econômica do dano é a melhor medida de equilíbrio, nem por isso é indispensável a igualdade.

Exemplo disto — melhoria na situação econômica da vítima ou beneficiários — é o entendimento consagrado pela jurisprudência de que não é abatível da pensão devida pelo ofensor a quantia recebida pela vítima ou beneficiários de órgãos previdenciários, ou mesmo particulares. A partir daí, por exemplo em caso de morte, os beneficiários passam a perceber o valor da pensão previdenciária e mais a pensão pelo ofendido, calculada sobre o percebimento normal da vítima, de onde se deduzem, tão somente, os seus gastos particulares.

Esta situação teve origem no desejo dos julgadores de compensar a perda da vida ou redução da capacidade de trabalho por parte do infortunado.

Da mesma natureza outros entendimentos que favorecem a vítima ou seus beneficiários, todos tendentes à ampliação da pensão.

Esta preocupação, se salutar em princípio, tem gerado distorções indesejáveis e condenáveis.

Veja-se o caso das transportadoras de pessoas, que são os responsáveis mais freqüentes em ações de indenizações.

Conta a vítima com as consequências, por sinal justas, da quase aplicação da teoria do risco. Com isso está liberada de provar culpa do ofensor. De outro lado tem toda a proteção jurisprudencial no sentido da fixação da mais ampla indenização possível.

Não é levado em conta o problema da transportadora: se de um lado tem a consciência de que deve arcar com os riscos da exploração de seu negócio, não se pode esquecer que está a mesma desempenhando um serviço de utilidade pública, qual seja o de transporte de passageiros.

Assim, além da desvantagem que lhe advem da adoção da responsabilidade sem culpa, sofrem as mesmas pesados ônus em face das largas pensões fixadas que, não raro, chegam a prejudicar a sua posição financeira.

O princípio de que a indenização deva ser a mais ampla possível deve ser examinado à luz da realidade.

Não se pode, em nome da manutenção de um equilíbrio social, prejudicar, como vem acontecendo, todo um sistema de prestação de serviços. Não pode ter tão largo alcance a indenização, nos casos de empresas de transporte, sob pena de ficar comprometido todo um esquema de transporte rodoviário de pessoas.

Ver-se-á com maior profundidade, adiante, com a aplicação da teoria do risco poderá ter caráter mais dinâmico e geral, contribuindo assim para a mais rápida solução das pendências a este respeito, quando acompanhada, como já acontece em relação ao transporte aéreo, da fixação de limite para a indenização, o que permite, por parte da empresa rodoviária responsável, a adoção de medidas internas que contornem este problema, adequando-se econômico-financeiramente a ele.

2. A EMPRESA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO COLETIVO DE PASSAGEIROS

CAPÍTULO VIII

A CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Após tratarmos da responsabilidade civil, em seus aspectos genéricos, embora sempre tendo em mente o específico do tema, entendemos conveniente e elucidadora uma apresentação das empresas rodoviárias naquilo que diz mais de perto ao assunto.

Como é de conhecimento geral as transportadoras rodoviárias atuam na qualidade de concessionárias de serviço público.

Estas concessões são reguladas em diferentes dispositivos legais, conforme a subordinação das empresas a órgãos municipais, estaduais ou federais.

No plano federal as concessões e permissões estão a cargo do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, de acordo com o disposto no art. 24, parágrafo único, do decreto-lei nº 312 de 21 de março de 1969 que assim dispõe:

“Parágrafo único: Enquanto não for criado tal órgão, os serviços de concessão, permissão e fiscalização do transporte de passageiros e de carga continuarão a cargo do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, na forma da legislação vigente”.

Assim o transporte coletivo de passageiros de caráter interestadual ou internacional foi regulado pelo decreto nº 68.961 de 20 de julho de 1971.

São de interesse e repercussão em nosso estudo alguns aspectos legislativos, na medida em que fixam exigências para as transportadoras que entram em choque ou são dificultadas pelo problema da aplicação da teoria do risco sem fixação de limites indenizatórios.

É exemplo disto o que dispõe o art. 4º do citado diploma:

“A outorga de concessão ou de autorização para execução dos serviços proceder-se-á visando ao interesse público nos termos deste regulamento.

Parágrafo único: A oportunidade e conveniência do serviço, para efeito de outorga de concessão, serão apurados pelo exame conjunto dos seguintes fatores principais:

- 1 — .....
- II — possibilidade de exploração econômica

mente suficiente, aferida pelo coeficiente de utilização adotado na composição tarifária.

III — .....

Veja-se, assim, a repercussão enorme, no próprio desenvolvimento da empresa, de sua adequação econômico-financeira.

Outro aspecto interessante é a fixação tanto no plano federal, através do dec. 68.691, como em alguns estados entre os quais o Rio Grande do Sul, de limite para a indenização relativa a danos causados às bagagens dos passageiros. Assim dispõe o decreto sobre a matéria:

“Art. 33 — § 1º — As transportadoras só serão responsáveis pelo extravio dos volumes transportados nas bagageiras, sob comprovante, até o limite do valor fixado no item II deste artigo. (2 salários-mínimos de maior valor no país)”.

Desta forma, em assunto muito menos reflexivo na economia da empresa, foi fixado um limite, dada a impossibilidade das empresas de atender às postulações e pretensões das pessoas prejudicadas, sem a possibilidade de previsão.

Segue, outrossim, tanto este decreto, como qualquer outro dispositivo legal brasileiro, na omissão total a respeito da responsabilidade civil por danos pessoais, mantendo-se assim no Brasil um problema já solucionando em outros países.

Cumpra ainda notar o restante das disposições legislativas e administrativas, bastante exigentes e rigorosas para com as transportadoras.

Todo este conjunto é apresentado para demonstrar a série de ônus e encargos que têm as empresas rodoviárias, na exploração de suas concessões. Aliando-se estas exigências à exiguidade da composição tarifária, como adiante veremos um pequeno pano de amostra da impossibilidade de crer, na dimensão em que hoje é tratado o assunto, com as indenizações fixadas pelo Judiciário.

CAPÍTULO IV

DADOS ESTATÍSTICOS

Embora a natureza do presente trabalho, não podemos deixar de situar o leitor, em termos de números relativos a empresas de transporte rodoviário, que se revelarão impressionantes.

Estes dados demonstram a situação de fato, instrumento poderoso na mão do jurista eis que é ela, em última análise, o fim do mesmo de direito.

Esquecendo-se a realidade dos fatos, além de tornarmos a ciência jurídica irreal e inócua, estaremos evitando que o direito se atualize e regre com maior eficiência a realidade social.

Os dados que a seguir revelaremos foram fornecidos pelo Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem — DAER — do Rio Grande do Sul, numa gentileza dos membros de sua Diretoria de Tráfego, aos quais manifestamos nosso agradecimento.

Estes dados revelam que, efetivamente, o transporte rodoviário está a merecer um regime especial, não só quanto às relações das empresas com o respectivo poder concedente, mas também quanto as suas relações com os usuários, principalmente no assunto de que tratamos, já se constituindo o transporte rodoviário no mais importante transporte de massa no Brasil.

No Rio Grande do Sul, em 1970, existiam 232 empresas de transporte intermunicipal de passageiros, número que, em 1972, passou a 234, o que revela progresso, eis que a proliferação demasiada de transportadoras não é recomendada pelos técnicos, sendo preferível a concentração dos serviços em um menor número de empresas, o que ocasionaria uma redução geral do custo operacional.

Estas empresas percorreram em 1970 a astronômica cifra de 116.628.758 quilômetros, o que equivale, aproximadamente, a 9.100 vezes o diâmetro da Terra. E note-se que isto é apenas no Rio Grande do Sul e que se refere apenas as empresas que exploram as linhas intermunicipais, não estando computadas as quilometragens realizadas pelas empresas de âmbito municipal, nem pelas empresas interestaduais ou internacionais.

Neste mesmo ano, foram transportados 98.229.627 passageiros, ou seja, mais do que a população brasileira na época. Os dados referem-se igualmente apenas a empresas intermunicipais.

Já dois anos após, ou seja, em 1973 os dados revelam um aumento espantoso. Percorreram as empresas ..... 166.836.755 quilômetros. Esta rodagem equivale a 13.000 vezes o diâmetro da Terra.

Neste mesmo ano foram transportados 132.562.777 passageiros.

Estes números enfatizam a importância do transporte de passageiros por via rodoviária.

Esta importância dupla, ou seja, do transporte de pessoas dentro da responsabilidade civil e do transporte rodoviário dentro dos transportes, estão a exigir uma regulamentação própria.

Não se pode entender como o mais importante aspecto de um problema não tenha regime próprio, quando os menos importantes estão devida e corretamente regulados.

CAPÍTULO X

O REGIME TARIFARIO

O último aspecto, em relação às transportadoras rodoviárias, que entendemos de interesse para a solução do problema da responsabilidade civil, é a composição tarifária.

Estes elementos, a seguir rapidamente analisados, dar-nos-ão os dados finais para a conclusão deste pequeno estudo.

É sabido que a tarifa de transporte rodoviário, contra-prestação do passageiro em relação ao contrato de transporte, não é fixada pela transportadora e sim pelo poder público, em nossos dias pelo Conselho Interministerial de Preços — CIP —, relacionada sempre aos custos do transporte.

A rentabilidade fixada pelo poder público é extremamente inferior a de qualquer indústria ou a de qualquer atividade comercial.

Segundo ainda dados fornecidos pelo DAER atualmente a rentabilidade das empresas é fixada em termos de 12% ao ano. Esta baixa rentabilidade tem sua fundamentação no fato de que o transporte é feito mediante concessão, que representa ao transportador uma parcela de segurança inexistente em outro tipo de exploração econômica.

Consequência disto é que o transportador não pode sobreviver sem um perfeito sistema de previsão de despesas e de aplicação de receita em novos investimentos. Todo o gasto deve ser previsível e adequado à economia da empresa.

Apenas com finalidade ilustrativa e para confirmar o que se afirmou acima, transcrevemos a fórmula e seus elementos utilizados para o cálculo tarifário:

$$R_k = \frac{068 \times 0,12 \times V}{K}$$

sendo que:

0,68 = coeficiente obtido admitindo uma frota composta de 60% de veículos com idade média de 2,5 anos e 20% com idade zero.

0,12 = taxa correspondente a remuneração de capital (12% ao ano).

V = valor do veículo novo

K = rodagem média anual por veículo

Assim entendemos ter ficado demonstrado como a fixação da tarifa é mais um elemento de fato a determinar reflexos no problema da responsabilidade civil.

Nenhuma empresa, sem sacrificar o seu próprio e o desenvolvimento de todo o sistema de transporte, poderá suportar o risco de sua atividade sem outra medida — limitação de responsabilidade civil — sob pena de sucumbir, causando graves consequências neste importante setor da economia nacional.

3. CONCLUSÕES

CAPÍTULO XI

A NECESSIDADE DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Após verificarmos, no plano teórico, qual o fundamento da responsabilidade civil, examinamos os dispositivos legais vigentes no Brasil e as soluções apresentadas pela jurisprudência; após destacarmos os principais problemas da responsabilidade civil; após a apresentação mesmo sumária das empresas de transporte; sentimos, globalmente, a importância da questão da limitação da responsabilidade.

Todos os caminhos apontam nesta direção:

Não pode restar dúvida quanto à importância do transporte rodoviário como meio de comunicação sócio-econômica. Os números trazidos bem demonstram a utilização deste transporte no Brasil.

Desta maneira cresce a importância social da empresa que explora esta atividade, eis que representa a garantia de funcionamento da mesma.

É evidente que estão muito mais sujeitas a problemas de responsabilidade civil por danos pessoais, não por ser perigosa a atividade, mas pelo fato de que em estradas são inevitáveis os acidentes, apesar de todas as precauções tomadas preventivamente.

Assim, basta um rápido olhar para os repertórios de jurisprudência para encontrarmos, como partes, as empresas de transporte rodoviário.

Desta forma seus problemas transcendem sua órbita de interesses: também ao Estado deve interessar o problema aqui levantado, eis que das empresas depende o transporte.

Esta realidade de fato, entretanto, inexplicavelmente, ainda não foi regradada convenientemente.

Deixou-se à jurisprudência a tarefa de encontrar dispositivos que pudesse aplicar, sanando esta lacuna legislativa. Porém não é suficiente esta solução provisória: a realidade está a clamar por um regramento específico.

A afirmação é tão certa quanto grande tem sido a tarefa jurisprudencial em resolver, adequadamente, os problemas que amiúde lhe são apresentados.

E o que mais chama a atenção é o fato de que outros tipos de transporte, mais recentes, desenvolveram-se extraordinariamente, sem que o transporte rodoviário o acompanhasse. A razão que se pode encontrar para este fato, principalmente em relação ao transporte aéreo, é a de que as convenções internacionais sobre direito aeronáutico são muito mais frequentes do que as relativas a direito rodoviário.

Já há, hoje em dia, ainda nos terrenos dos estudos, uma convenção internacional sobre transporte de passageiros. É a "Convention relative au contrat de transport international de voyageurs et des bagages par route — CVR".

"Le transporteur est responsable du préjudice résultant de la mort, des blessures ou de toutes autres atteintes à l'intégrité physique ou mentale causées au voyageur par un accident en relation avec le transport et survenant pendant que le dit voyageur se trouve dans le véhicule ou pendant qu'il y entre ou qu'il en sort, ou survenant du fait du chargement ou du déchargement des bagages.

Le transporteur est déchargé de cette responsabilité si l'accident a eu pour cause des circonstances qu'un transporteur, en dépit de la diligence requise d'après les particularités de l'espèce ne pouvait pas éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait pas obvier".

Como se vê, trata-se da aplicação da teoria da culpa, uma vez que se desonera o transportador quando demonstra que o acidente não poderia ser evitado, empregada toda a diligência possível.

Já se nota a grande dificuldade em determinar a suficiência ou não das medidas de segurança empregadas pelo transportador, em cada caso.

Soluções como essa é que entravam a pronta reparação da vítima, fazendo com que os processos de indenização permanecessem anos e anos sem resposta adequada.

Mais adiante, a CVR ameniza bastante o erro cometido quando exclui determinados fatos do rol de justificativas do transportador. É o velho sistema de, adotada a teoria da culpa, amenizar seus efeitos, procurando uma solução que contorne os problemas gerados. Assim, é vedado ao transportador, alegar em sua defesa falhas psíquicas ou mentais do motorista, defeitos ou mau funcionamento do veículo.

Entretanto, a culpa de terceiros é excludente da responsabilidade do transportador segundo o sistema da convenção, o que gera toda a discussão sobre a "culpa" no acidente, atrasando-o bastante, quando poderia ter o mesmo uma solução rápida.

O próprio Brasil, que não dispõe de texto específico sobre a matéria, evitou o problema da culpa de terceiros, através de construção jurisprudencial, consubstanciada, como vimos, na Súmula 187.

Vê-se portanto que a técnica adotada pela CVR é totalmente superada, representando um atraso e nunca uma evolução neste setor.

Entretanto, mesmo sendo desatualizada, contém a convenção a regra que o Brasil, com todo o desenvolvimento do assunto teve ainda: a limitação da responsabilidade:

"Article 13 — Le montant total des dommages-intérêts à payer par le transporteur pour un même événement ne peut dépasser 250.00 francs per victime".

Pode-se verificar então que a ausência de um dispositivo legal que limite a indenização, em matéria de transporte, é falha séria, já que é medida comum em todos outros países.

E, efetivamente, podemos com segurança afirmar que, se de um lado a teoria do risco é o sistema mais dinâmico, propiciando rápidas soluções judiciais e adaptando-se a uma realidade social cada dia mais exigente, não é menos verdade que não pode ser aplicada em toda a sua extensão sem o dispositivo. A fixação do limite indenizatório compõe a própria teoria do risco e sem ela, como dissemos o equilíbrio restaurado num aspecto gera desequilíbrio noutra.

Porisso enquanto inexistir tal limite somos forçados a adotar uma teoria mista.

Em relação ao passageiro, por estar subordinado às determinações do transportador e em sua área de ação, in-

dependente de ter contratado validamente ou não com ele, pode-se adotar a teoria do risco, pela qual é o transportador responsável pelo dano causado, exceto em caso de culpa da vítima.

Porém, em relação ao terceiro não passageiro, enquanto não existir o limite que é pressuposto quase de aplicação da responsabilidade sem culpa nestes casos, ter-se-á que recorrer à teoria da culpa. Mesmo que se adote a presunção de culpa haverá de ser permitida a prova em contrário da existência da mesma. Não é uma solução definitiva e é válida até que se entenda limitar a responsabilidade do transportador, com o que se terá dado passo gigantesco, eis que então a aplicação da responsabilidade sem culpa poderá ser total e indiscriminado.

Enquanto permanecermos presos a idéias antiquadas não veremos prosperar o direito: este necessita de idéias modernas e realistas, coerentes com as situações de fato do dia a dia.

Temos certeza de que quando esta realidade for encarada com a seriedade que merece, as soluções serão mais rápidas e eficientes, mais justas e equânimes, e o caminho para isso, temos certeza, será o indicado neste trabalho, ou seja, a limitação do valor da indenização para estes casos específicos.

BIBLIOGRAFIA

- A. CARDOSO DE GUSMÃO JR. “A indenização nos acidentes pessoais”
- ADAUTO FERNANDES. “Cláusula de não responsabilidade”
- ALVINO LIMA. “Da culpa ao risco” in. Rev. Forense vol. 83 pág. 386
- CARVALHO AZEREDO. “A indenização por ato ilícito”
- CAMILLE JAUFFRET. “La responsabilité civile en matière d'accidents d'automobiles”
- G. P. CHIRONI. “Le colpa nel diritto civile odierno”
- HANS ALBRECHT FISCHEN. “Reparação dos danos”
- HENRI LALOU. “Traité pratique de la responsabilité civile”
- J. MOSSET ITURRASPE. “Responsabilidad por daños”
- JOSE DE AGUIAR DIAS. “De responsabilidade civil”
- JOSE DE AGUIAR DIAS. “Cláusula de não indenizar”
- OLIVEIRA E SILVA. “Desindenizações por acidentes”
- PEDRO BAPTISTA MARTINS. “O abuso do direito e o ato ilícito”

- PONTES DE MIRANDA. “Tratado de direito privado” vols. 45, 53 e 54.
- RENÉ SAVATIER. “Traité de la responsabilité civile en droit français”
- VIEIRA FERREIRA. “Responsabilidade civil em acidentes de automóvel”

RECENSÃO

Paulo Pinto de Carvalho, **Caminhos da Democracia**,
Porto Alegre, 1974

Por ocasião das comemorações da Semana do Advogado (5-11 de agosto), promoveu o Instituto dos Advogados (Secção do RGS) o lançamento da obra acima epigrafada, proferindo então o Prof. Luis Lopes Palmeiro as palavras que seguem:

“Precisas e oportunas as palavras escritas pelo Dr. Justino Vasconcelos, eminente Presidente do Instituto dos Advogados:

“Na Semana do Advogado de 1973, Paulo Pinto de Carvalho publicou “Caminhos da Democracia”, em exaltação aos princípios, ideais e lutas que marcaram a vida de Rui Barbosa.

.....

Paulo Pinto de Carvalho, nesta Semana do Advogado, apresenta “Direito Penal, Hoje”, síntese de uma vida de estudos e vanguarda para um direito penal de liberdade.

“Direito Penal, Hoje” é direito vivo, a serviço da segurança e da paz, escrito por quem o tem vivido nas cátedras e nas trincheiras da Justiça”.

Acrescentaria a este elogio que o Autor do livro ora apresentado tem seu temperamento forjado na bigorna dos ideais da Instituição do Ministério Público, onde serviu com rara proficiência e com cuja grandeza se identificou arduamente.

Desde logo impressionam as palavras candentes com que penetra o sentido do pensamento jurídico de hoje, procurando vivificar o direito penal à luz de tendências seguras, atualizadas, voltadas para o homem, fulcro, afinal, de todos os direitos.

Jimenez de Asúa sustentou que a luta de escolas refugia para o pretérito, enquanto a trégua marcava o direito penal contemporâneo, como característica (1). Há em nossos dias um recíproco e indolente descaso pelos postulados das escolas, o que leva à convergência das soluções práticas e, conseqüentemente, a uma moderna direção das escolas penais para uma fase de síntese superadora.

A conciliação das exigências técnico-jurídicas do direito penal moderno, com aportes positivistas, não parece ser uma simples justaposição de noções consagradas e aceitas, senão que tende a uma fecunda adoção de princípios impostos pela realidade.

Razão tem Eduardo Marquardt quando salienta que o verdadeiro sentido das escolas penais se embasa na representação de "diversos momentos de uma série dialética" (2) que, por meio de sínteses sucessivas, elabora o direito penal dinâmico, em movimento, enquanto direção para o futuro.

Este movimento dialético, que supõe a revisão das utopias e o repúdio aos princípios contingentes, vem reforçado por exigências jurídico-políticas, já que o conflito político-penal entre as garantias da liberdade e os princípios surgidos do positivismo, continua imutável, dramaticamente imutável.

Sob este prisma, pretender a realização dos postulados positivistas na área legislativa implicaria em abrir fendas profundas na defesa jurídica das liberdades individuais, quando esta, precisamente, é a mais imperiosa; esposar um frio tecnicismo, alheio à vida, seria involuir, imolando a maior conquista do positivismo, ou seja, o conhecimento do homem delinqüente.

Integrados, pois, nesses ideais, estão os conceitos do Professor Paulo Pinto de Carvalho em "O Direito Penal, Hoje", devolvendo-o à sua suprema função de direito de liberdade, humano e científico; direito penal que não revela somente a justiça aos homens, como os clássicos, nem os homens, apenas, à justiça, como os positivistas; mas que realiza a justiça, como resultante da realidade e das exigências que a vida de hoje impõe em defesa dos indivíduos contra as tendências autoritárias e em defesa da sociedade contra o crime.

II — Os temas são tão apaixonantes que nos inspiram

a refletir. Essa reflexão, ainda que pareça pouco oportuna, dada a posição secundária do apresentador, leva-nos a tecer considerações em torno da tese apresentada no 1º Congresso Internacional de Direito do Mar, nesta Capital, de 11 a 15 de abril de 1972.

Dá gosto lê-la; sobretudo em se tratando do direito do mar, todavia incompleto no campo do direito penal positivo. A quem pertence o fundo do mar? Esta indagação, feita pela primeira vez pelo Embaixador de Malta em 1967, nas Nações Unidas, tem sido renovada permanentemente. A relevância da questão explica-se em virtude da evolução histórica que se verificou nas relações do homem com o mar. O mar, como via de comunicação, permite a aproximação entre os homens e a integração de um mundo em crescente interdependência. Facilita o transporte e a troca de bens necessários. A tecnologia ao alcance do homem trouxe o aproveitamento mais cabal das riquezas vivas do mar e dos recursos minerais contidos em seu solo. Quanto a estes, tanto quanto àquelas, na medida em que os oceanos deixaram de significar sobretudo o meio de comunicação por excelência, o princípio da liberdade do mar tornou-se insuficiente. O regime jurídico, de unidimensional, passou a ser pluridimensional. Onde a idéia do movimento imperava, passou a reinar a da utilização fixa dos oceanos (3).

Como conseqüência, emerge, como traço tipificador do regime jurídico do mar, a noção de soberania, até então sem grande espaço, eis que o fator técnico não propiciava a apropriação das riquezas marítimas.

Uma renovação essencial, portanto, opera-se no regime jurídico do mar, determinado pela mudança nas relações sociais. O direito, na sua função transformadora e de atendimento às novas necessidades humanas, também se renova e se extrema até a área penal, disciplinando princípios, definindo tipos penais, competência penal territorial, tudo como decorrência lógica do princípio de soberania. Daí a procedência das proposições apresentadas nas páginas brilhantes da tese do autor sobre o mar e o direito penal.

III — A Escola Técnico-jurídica afastou do Direito Penal todas as indagações alheias à dogmática, determinando, assim, um progressivo distanciamento da criminologia.

A verdade é que o mundo moderno ensejou o aparecimento de inusitados comportamentos ofensivos, que escapam à devida consideração no contexto das leis penais, carentes de informações precisas.

A criminologia, pelo seu caráter interdisciplinar, deve ser o traço de união a reunir esforços para um planejamento adequado de combate ao crime.

A distinção entre ciências naturais e ciências culturais já não interfere decisivamente nas relações entre o direito penal e a criminologia. Pelo contrário; a reaproximação se impõe, sem inconvenientes para a dogmática. Capaz de assegurar uma reestruturação moderna do direito penal, assenta-se essa reaproximação sobre bases que lhe permitam adaptar-se, com a flexibilidade necessária, às novas e aceleradas alterações da vida presente e futura. Esta interação lograria, no entender do autor, aproximar a lei penal da realidade existente, no campo onde deve ser aplicada, contribuindo para a realização da justiça criminal com o ritmo vertiginoso das mudanças sociais em sua surpreendente mobilidade.

IV — Desejo, enfim, destacar, como de brilhante sabor clássico, a conferência pronunciada pelo Professor Paulo Pinto de Carvalho na Aliança Francesa. Assunto atual e que merece nossa meditação. Tememos que um mundo perturbado e agressivo venha, em desespero, a reeditar a pena de morte na melancólica esperança de lograr, assim, a redução da criminalidade, como se fosse essa passível de ser combatida por métodos primários. Disse o poeta Miguel Torga, em conferência pronunciada em Lisboa, sobre a pena de morte: matar ou matar-se é o único ato absoluto ao alcance do homem; logo, lhe não compete. Só o Criador pode dispor de suas criaturas.

Estas as palavras que entendemos devessem ser pronunciadas neste ato festivo, de alto espírito, e que demonstra o apreço que de nós merecem o ilustre Professor Paulo Pinto de Carvalho e sua magnífica obra apresentada na Semana do Advogado.

Congratulamo-nos com os Presidentes da Ordem e do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, pelo que o presente momento, que estamos vivenciando, significa para a cultura jurídica do nosso Estado, nesta semana uma vez mais projetada às culminâncias do saber”.

---

(1) Jiménez de Asúa, Luis, El Nuevo Código Penal Argentino, Madrid, Reus, 1928; El Derecho Penal Contemporaneo, em Revista Del Colegio de Abogados de Rosario, t. 1, num. 1, 1929.

(2) Marquardt, Eduardo, Escuelas Penales, em Revista del Colegio de Abogados de Rosario, t. X, 1939.

(3) Faraco de Azevedo, Plauto, Do Histórico no Direito, em Revista Estudos Jurídicos nº 9 da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS.