

INSTITUIÇÕES DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

1. INTRODUÇÃO AO DIREITO

Neste título estudaremos o Direito de forma ampla. Veremos a importância da compreensão de seu conceito e as formas com que ele está presente em nossa vida diária.

O Direito faz parte de nossas vidas. Desde que acordamos, até a hora de nos deitarmos, estamos permanentemente envolvidos com relações de Direito, as quais não podemos evitar.

Quase tudo na vida se resume em direitos e obrigações. São poucos os atos e fatos da vida que não sejam jurídicos, ou seja, desprotegidos por uma ou mais de uma lei.

Assim, se não há saída para essa realidade, é melhor que você conheça as armas que tem, em nível jurídico, e os cuidados que deva ter em seus contratos e relações a partir de agora.

Dividiremos o título em capítulos de forma tal que você terá, inicialmente, a noção clara do que é o Direito, de que forma ele interage com sua vida, sua origem e sua finalidade.

Isso tudo estudando os itens 1.1.1 a 1.1.4. Em um segundo capítulo, você conhecerá as subdivisões do Direito, seus diferentes ramos, fontes e leis, sua maior orientação. Os ramos formam a primeira divisão do Direito e você verá que, para cada necessidade jurídica, existe um ramo específico. Isso será visto no item 1.2.1. Você verá como o Direito se forma e como a justiça deve ser aplicada em cada caso. Estamos falando das Fontes do Direito, conforme o item 1.2.2. E, finalmente, você terá uma boa idéia do que seja a lei, o mais forte pilar do Direito. Item 1.2.3.

Com vocês, o Direito.

1.1 Conceitos gerais de Direito

(Conceito de Direito, Origem e finalidade do Direito, Direito Objetivo e Direito Subjetivo, O direito e a moral)

Neste capítulo, você vai perceber a relação do Direito com a Moral e como nos relacionamos com o direito.

Descobrirá que há diferença entre o direito que se tem sobre qualquer coisa e a importância da vontade de exercer esse direito.

Ao término do módulo, você saberá conceito, origem e finalidade do Direito.

1.1.1 Conceito de Direito

O objeto deste nosso estudo é o Direito.

Direito é palavra que pode representar sentidos diferentes. Veja as frases seguintes:

I – “O Direito Civil regula as relações entre as pessoas.” (no sentido de norma, de regra).

II – “José tem o direito de ficar calado.” (no sentido de escolha, de faculdade).

III – “O marceneiro trabalha direito.” (no sentido de certo e errado, de correção).

IV – “O estudo do Direito é bastante proveitoso.” (no sentido de ciência).

Perceba que cada uma das frases tem um sentido diferente para a mesma palavra: “direito”.

O nosso estudo é dirigido à compreensão das normas legais, chamado Direito Positivo, e assim podemos definir:

Direito é o conjunto de normas reguladoras da ação humana com força coativa.

Nós precisamos de regras. São elas que não dão a tranqüilidade para a vida.

Não as desejamos só para nós. Precisamos que todos vivam sob sua égide, sob seu manto, obedientes. E, a única forma de garantir essa obediência é a força coativa. Sem esse poder, de nada adiantaria a lei. Seria mera figura, sem força, sem garantia alguma.

1.1.2 Origem e finalidade do Direito

O direito surge quando surge a sociedade. Não há sociedade sem direito. O ser humano necessita de regras para sua convivência. Mesmo nas sociedades antigas ou nas sociedades indígenas existe o direito. Pode não ser o direito escrito, codificado, como o temos entre nós, mas mesmo assim é também um conjunto de normas reguladoras da vida em sociedade.

Assim, afirma-se que, onde existe o homem, existe o direito.

Talvez seja possível, a uma pessoa, viver isoladamente, e, como tal, não necessitará de leis, embora acabe adotando algumas para a própria sobrevivência. Mas não é o caso. Em sociedade, precisamos do direito.

Sua finalidade é possibilitar a vida em sociedade, estabelecendo normas de conduta que permitam a convivência harmônica entre as pessoas.

1.1.3 Direito objetivo e Direito subjetivo

Vimos, há pouco, que o direito vigente em determinada época, em uma sociedade é chamado Direito Positivo. Esse direito vigente é o conjunto de normas que deve ser respeitado.

Pois bem, imagine uma situação tal, em que a pessoa que tenha um direito, (por exemplo, é credora de uma quantia de dinheiro de um terceiro), seja obrigada a receber esse dinheiro, mesmo dele pretendendo abrir mão.

Percebe? A pessoa tem o direito e ao mesmo tempo a obrigação de exercer esse direito. Confuso, não?

Para isso diferenciamos o direito objetivo do direito subjetivo.

Direito objetivo é o direito que se pode pretender. No Brasil, é o próprio direito positivo ou o direito codificado. Isto é, o conjunto de normas que orientam a conduta social.

Já o direito subjetivo é a qualidade que o credor do direito deve escolher se exige ou não de seu devedor. Diz respeito ao poder de escolha do credor: "Exijo ou não aquele dinheiro de Fulano? "

Podemos assim resumir:

Direito objetivo é o direito vigente, o conjunto de normas que se pode exigir.

Direito subjetivo é a escolha que se faz sobre o exercício desse direito.

1.1.4 O Direito e a moral

Há normas de conduta que não se integram nas relações de direito, como: respeito, educação, cortesia.

São também normas de comportamento, mas não passíveis de sanções externas, como no direito.

Aí, talvez, esteja a grande diferença entre a moral e o direito. O campo da moral é mais amplo do que o do direito, envolvendo questões de religião e as de foro íntimo.

A pessoa se porta em sua vida diária com temor a Deus e em respeito a seus próprios fundamentos, chamados princípios.

Estes não são objeto de punição (sanção) externa, mas somente passíveis de sanção interna, como o arrependimento, o remorso. Podem também ser objeto de reprovação externa, por parte da sociedade, como a repulsa, o descaso.

Já o direito, necessariamente, possui esse poder de sanção. Não o tivesse, não haveria como exigir obediência às normas impostas.

Embora sejam diferentes, há claro elo de ligação entre moral e direito, sendo este reflexo de nossa conduta moral.

É freqüente a aplicação de princípios morais gerais da sociedade ao campo do direito. Recentemente tivemos uma modificação na lei da sucessão (as

heranças), a qual passa a proibir que o responsável pela morte de uma pessoa possa ser beneficiado com a herança deixada por ela. Essa lei surge em razão do forte abalo moral que sente a sociedade ao ver, agraciados com a herança os próprios assassinos de seus pais.

1.2 O Direito e suas divisões, orientações e a lei

(Ramos do Direito, Fontes do Direito e a lei)

O Direito tem vários ramos. Ele é assim dividido para satisfação de diversos interesses. Conforme seja o ramo, há uma especialidade de forma a não confundir uns com os outros, simplificando o estudo de cada um e a percepção do todo.

1.2.1 Ramos do Direito

Imagine uma empresa onde todos tenham que fazer todos os serviços, sem divisão alguma de tarefas. Imagine também um time de futebol, quando os onze jogadores atacam e os onze defendem.

Claro que em nenhum dos dois exemplos acima se obteria resultado satisfatório.

Assim também é com nosso objeto de estudo.

O Direito apresenta vários ramos ou várias divisões.

Essas divisões são importantes, porque se referem a normas diferentes para serem aplicadas sobre universos diferentes.

A primeira divisão que se vislumbra é entre Direito Natural e Direito Positivo.

Por Direito Natural, entende-se o que surge desde a origem do homem. É direito vinculado à vida, não se pode codificá-lo nem ser imposto à sociedade.

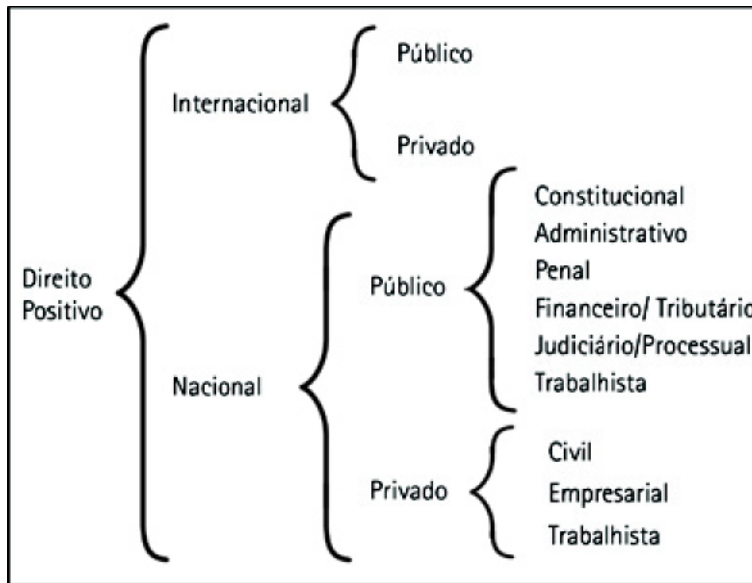
Já o Direito Positivo, como vimos, é o conjunto de normas que regula a conduta humana no âmbito social em determinada época.

Uma pessoa perdida em uma ilha, solitária, não necessita do Direito Positivo, porque não se relaciona com ninguém e não há com quem dividir o espaço nem os deveres. Mesmo assim, essa pessoa "vive" o Direito Natural, já que este se estende desde o direito de nascer até o direito de viver.

A partir daí, podemos montar um quadro dos ramos do Direito Positivo, para ilustrar este capítulo.

Nosso estudo restringe-se ao Direito Positivo. Por sua complexidade ou por sua extensa área de alcance, é preciso conhecer seus ramos, para facilitar a compreensão de toda a sua dimensão.

Veja o quadro a seguir. Nele estão dispostos todos os ramos do Direito Positivo e mais abaixo a explicação do alcance de cada um deles:



a) Direito Internacional e Direito Nacional

A primeira divisão do Direito Positivo é entre Direito Internacional e Direito Nacional. O Direito Internacional compreende as normas que afetam as relações entre dois ou mais Estados (Direito Internacional Público) e as relações entre empresas ou pessoas que se encontrem em dois ou mais países (Direito Internacional Privado).

Qualquer que seja o ramo (Público ou Privado), as relações no Direito Internacional são objeto de questionamento em tribunais internacionais (ONU e OMC, por exemplo).

Essas questões de direito são resolvidas, em regra, por acordos internacionais entre os povos, denominados Tratados e Convenções. A ALCA e o MERCOSUL são exemplos de convenções internacionais. Também o é o Tratado de San José da Costa Rica, que trata dos Direitos Humanos.

Já o Direito Nacional é todo ele calcado em leis, a partir de sua lei maior, a Constituição Federal.

b) Direito Público e Direito Privado

Direito Público é aquele que interessa a todos e Direito Privado é aquele que interessa somente aos envolvidos na questão de direito.

A atividade do Estado, envolvendo a sua administração, as finanças públicas, o respeito à ordem e à disciplina são questões de interesse do Estado e denominadas questões de Direito Público. As normas de Direito Público não podem ser objeto de acordo entre as partes.

As relações entre as pessoas, como: um contrato de locação, uma compra e venda de um imóvel, um empréstimo, são relações de Direito Privado e

podem ter cláusulas bastante particulares, ou seja, interessam somente aos participantes da relação contratada.

Portanto, o Direito Público é aquele que deve e tem que ser, enquanto o Direito Privado é aquele que pode ser.

Destacamos o Direito Trabalhista que não tem uma classificação pacífica entre os doutrinadores. Uns o entendem como ramo de Direito Público, por serem suas relações definidas pelo Estado e não passíveis de acordo entre as partes, como, por exemplo, o salário mínimo nacional, que não admite relação alguma de emprego que estabeleça um valor menor do que este como pagamento pelo trabalho.

Outros entendem ser norma de Direito Privado por poderem ser suas normas objeto de acordos entre sindicatos (contrato de trabalho coletivo), inclusive prevendo reduções de salários e horas trabalhadas.

I - Ramos do Direito Público

a) **Direito Constitucional** – é o mais forte ramo de nosso direito pátrio. Está todo ele contido na Constituição da República Federativa do Brasil, conhecida como Constituição Federal. É nele que se encontram todas as determinações sobre o país, seu funcionamento, seus poderes, sua unidade e suas divisões (Estados, Distrito Federal e Municípios).

Na Constituição Federal (CF), estão também definidos os direitos, as garantias fundamentais e os principais direitos e deveres individuais e coletivos.

b) **Direito Administrativo** – trata das relações do Estado, a administração da coisa pública, sua forma de contratar, seus poderes e deveres, as delegações possíveis e suas formas;

c) **Direito Penal** – trata das normas de prevenção e repressão da violência e da criminalidade;

d) **Direito Financeiro e Tributário** – trata da organização das finanças do Estado e das formas de arrecadação que possui;

e) **Direito Processual** – trata da forma de solução judicial das questões entre Estado e sociedade e as das pessoas particularmente;

f) **Direito Trabalhista** – como vimos, é fonte de discórdia entre os doutrinadores, não sendo pacífica sua classificação.

II - Ramos do Direito Privado

a) **Direito Civil** – trata da regulamentação da atividade civil, das formas de contratar e dos direitos que as pessoas têm sobre as coisas;

b) **Direito Empresarial** (antigo Direito Comercial) – trata da definição das várias modalidades de empresa, da classificação dos empresários, da responsabilidade de uns e outros e dos títulos de crédito próprios do

1.2.2 Fontes do Direito

Fonte, em seu sentido clássico, é o nascedouro. É na fonte que se retira água, ainda, em muitos locais do nosso Brasil. Fonte é o princípio, é a origem.

É um dos sentidos a ser dado às fontes do direito.

O direito, foi dito, está entre nós desde a origem da sociedade. Não há forma de convivência sem direito, qualquer que seja a sua expressão.

Assim, o nascedouro do direito, ou sua fonte inicial, devem ser os Costumes e Usos de um determinado povo. Parece claro que a sociedade precisa orientar-se por um senso comum.

A partir desses costumes e usos, nasce a lei. E é esta a primeira fonte a ser mencionada na solução das questões que surgem no dia-a-dia.

Então temos duas fontes primárias: fontes imediatas ou ainda fontes diretas do direito.

Segundo Washington, 12: "Fontes diretas ou imediatas são aquelas que, por si sós, pela sua própria força, são suficientes para gerar a regra jurídica. São elas a lei e o costume."

Por lei, entenda-se a norma que emana de poder competente com alcance geral e força coativa.

Por outro lado, o direito não pode prescindir de outras duas fontes: fontes mediatas ou indiretas, a doutrina e a jurisprudência.

Segundo Washington, 12: "Fontes indiretas ou mediatas são as que não têm tal virtude (das fontes imediatas), porém encaminham os espíritos, mais cedo ou mais tarde, à elaboração da norma. São a doutrina e a jurisprudência."

A doutrina é a fonte que emana dos estudos dos doutos, dos grandes estudiosos do direito, normalmente grandes juristas e filósofos. Esses estudos que fazem, muitas vezes baseados no direito de outros países, informam nossos legisladores e nossos juizes, complementando o nosso direito.

Há também a jurisprudência, que é o entendimento que os tribunais (segunda instância) têm quando da apreciação de casos levados à justiça. Nem sempre essas decisões concordam com a lei e acabam sendo a nova base do direito. Quando são unificadas em documentos, passam a ser Enunciados (Tribunais do Trabalho) ou Súmulas (Tribunal Federal).

Fontes Diretas ou Imediatas ⇒ lei e costumes

Fontes Indiretas ou Mediatas ⇒ Doutrina e Jurisprudência

1.2.3 A lei

Lei é palavra que tem várias definições. Para nosso estudo, ficamos com a definição de Washington, 13: “lei é um preceito comum e obrigatório, emanado do poder competente e provido de sanção”.

Lei é preceito, ou seja, regra de proceder, norma. (Aurélio). Comum e obrigatória, isto é, imposta a todos. Emanada do poder competente, pois somente o poder devidamente estabelecido na Constituição Federal pode produzir leis. E, finalmente, provido de sanção, que é a forma como a lei se faz obedecer, sob pena de punição. Sem o poder constrangedor, não há forma de cumprimento da lei.

A lei pode ser norma cogente, que obriga à sua obediência, ou norma dispositiva, que apenas estabelece critérios para cumprimento de determinado ato.

Há vários tipos de leis em nosso país. Temos desde as Emendas à Constituição até as Medidas Provisórias, passando por Leis Complementares, Ordinárias e Delegadas. Todas estas e mais outras normas legais serão estudadas com detalhes no capítulo 2.1.3.

a) A hierarquia das leis

As leis devem respeitar uma ordem hierárquica, hierarquia essa estabelecida de três formas:

Quanto à origem, leis Federais precedem às Estaduais e às Municipais e as Estaduais precedem às Municipais.

Quanto à formação, têm preferência as normas constitucionais sobre as demais.

Quanto à edição, as mais novas prevalecem sobre as mais antigas.

b) A formação da lei

As leis têm um processo próprio para sua vigência, ou seja, precisam respeitar as etapas que compõem essa formação, para que possam ter qualquer efeito.

Há três procedimentos distintos: um para Emendas Constitucionais, outro para Leis Complementares e Ordinárias e um último para Medidas Provisórias.

Em regra uma lei se inicia a partir de um projeto. Projeto de lei, propriamente dito PLC e PLO ou projeto de Emenda Constitucional (PEC).

A esses projetos dá-se o nome de **Iniciativa da lei**. Normalmente proposto por um membro do Congresso, que busca em seus pares a concordância, para que possa ir à votação.

Além dos membros do Congresso (Assembléias nos Estados e Câmaras nos Municípios), também têm poder para dar início a uma lei: Presidente da República, Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores, Procurador-Geral da República e os cidadãos.

Após a Iniciativa da Lei, inicia-se o processo de Aprovação da Lei, que respeita também processos distintos quer para Emendas, quer para Leis Complementares e Leis Ordinárias. A aprovação de cada uma dessas normas é estabelecida pela quantidade de membros do Congresso que as aprova. A esse número se dá o nome de quorum.

Aprovada a lei, resta ainda o processo de oficialização dessa aprovação. Esse processo compreende a sanção Presidencial, a promulgação e a publicação.

Sanção presidencial é o ato pelo qual o Presidente da República aprova uma lei.

Ao Presidente é dado vetar, ou seja, não aprovar parte dessa lei ou mesmo a lei inteira. Só não lhe é permitido reprová-la palavra por palavra. A sanção não é admitida para as Emendas Constitucionais, que são promulgadas pelo Presidente do Congresso se aprovadas pelas duas casas.

Promulgada a lei, isto é, declarada aprovada, resta somente a publicação dela mesma, para que todos dela tenham notícia e que possa entrar em vigor.

c) Vigência das leis

As leis entram em vigor conforme sua própria determinação ou, na ausência dessa determinação, em 45 dias para território nacional e três meses para território estrangeiro.

Normalmente as leis trazem em seu último artigo o texto: "Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

Para os casos em que não haja determinação constitucional em contrário, essa é a forma correta.

Também há casos em que a lei, embora feita em determinada data, apenas seja do interesse do legislador que ela entre em vigor em outra data qualquer. Nesse caso, a própria lei determina a data do seu início de vigência.

Portanto, a lei nunca tem vigor, isto é, nunca pode ser exigida antes de sua publicação.

Também quanto ao término da vigência das leis há três maneiras a considerar.

A lei pode ter vigência temporária, aquela em que há determinação expressa para o término de sua vigência. Por exemplo: esta lei vigorará até 31 de dezembro de 2007.

Também pode ser revogada por uma outra lei e isso se pode dar de duas formas:

Revogação expressa, aquela em que uma nova lei, de forma expressa, determina o fim da vigência da lei anterior. Por exemplo: Lei 501 2/05: art. 5º. essa lei revoga a Lei 2003/77.

Revogação tácita, que se dá quando uma lei nova, por ter conteúdo conflitante com uma lei anterior, revoga esta última. Exemplo: Lei 201 3/88 determina que a carga máxima permitida por caminhões seja de 10 ton. A Lei 301 5/99 determina que a carga máxima permitida é de 20 ton. Assim, a lei mais velha (201 3/88) está automaticamente revogada pela mais nova, por conflitarem seus textos.

d) Integração da norma jurídica

Suponha que, em uma certa situação, seja apresentado a um juiz um caso que não encontre amparo legal. Assim, para o referido caso, não há nenhuma lei que prescreva a solução para ele mesmo.

Ao juiz não é permitido encerrar o caso sem solução, portanto ele tem por obrigação encontrar uma saída para a situação proposta. Para tanto, ele se vale de todas as fontes de direito existentes e já estudadas.

Assim vai o juiz vasculhar os costumes e depois destes a jurisprudência e a doutrina. Se, mesmo assim não encontrar solução para o caso, é necessário optar por outros métodos de integração da norma jurídica, como: analogia, equidade e os princípios gerais do Direito.

Analogia é a busca de situações parecidas, semelhantes, que possam ser comparadas à situação em estudo e, por essa comparação, dar-se também solução semelhante à dada anteriormente para o caso análogo.

Equidade diz respeito a um sentimento de justiça que, mesmo sendo distintos dos critérios rigorosos e legais, leva o juiz à aplicação de seu entendimento.

Princípios Gerais de Direito – São fundamentos que orientam o direito, embora não escritos nas leis. Assim, no Direito de Família, o princípio maior é o da proteção da célula familiar, seu núcleo. No Direito das Obrigações, o princípio a consagrar é o da igualdade das partes. No Direito Penal, o princípio básico é o da recuperação do réu. Alguns princípios gerais podem ser apresentados, sem que representem toda a gama possível. Assim:

I – ninguém pode transferir mais direito do que tem;

II – ninguém pode ser condenado sem ser ouvido;

III – ninguém pode invocar a própria malícia para tirar proveito disso;

IV – os contratos devem ser cumpridos (pacta sunt servanda).

e) Retroatividade das leis

Em regra, as leis não retroagem, ou seja: a lei não pode alcançar um fato ocorrido anteriormente à sua vigência. Isso faz sentido.

Se pudermos ter como regra a validade da retroação da lei, destruiremos por inteiro nosso sistema jurídico e conseqüentemente a harmonia social.

Entretanto, há casos e situações em que se permite sim a retroatividade da lei. Assim, diz-se aplicar a lei in bonam parte, ou seja, em favor do prejudicado.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL

O Direito Constitucional, também conhecido como Direito Político, é o principal ramo de direito de um sistema legal.

É o ramo do Direito que estuda a estrutura do Estado (País), os direitos, as garantias fundamentais dos cidadãos e os princípios básicos que orientam a elaboração de toda a legislação infra-constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF), promulgada em 1988, constitui nossa maior lei, a que orienta todas as outras. Assim, nenhuma outra norma de direito em nosso país pode afrontar os mandamentos estabelecidos na CF sob pena de declaração de sua inconstitucionalidade.

Em nosso estudo, veremos como são criadas as Constituições, as que já tivemos desde o Império, como são definidos os poderes do Estado e os direitos e deveres individuais e coletivos.

O conhecimento de nossa Constituição é fundamental para qualquer estudioso do direito e, em especial, para todos os cidadãos brasileiros.

2.1 O Estado

2.1.1 Conceito de Constituição

Constituição é uma lei. A diferença entre ela e as outras leis é que ela, Constituição, é a lei maior, a que orienta todas as outras.

É, também, a lei que define a forma do Estado e a forma e o regime de governo.

Define ainda os poderes do Estado e, no Brasil, a estrutura dos Estados e Municípios.

Além da dimensão do Estado, seus deveres e poderes, estabelece ainda os direitos fundamentais de todos os cidadãos, brasileiros e estrangeiros, que aqui residam.

A Constituição recebe outras denominações, como Carta Magna, Lei Maior e outras.

No Brasil estamos atualmente na sétima Constituição. Há países, como os Estados Unidos que, desde sua independência, têm uma só, promulgada em 1787.

2.1.2 Noções de Estado, formas e regimes de governo

A nossa CF inicia-se com o seguinte texto:

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou, diretamente, nos termos desta Constituição.

Já no art. 1º podemos destacar várias definições e conceitos.

O Brasil é uma República. É uma Federação e é indissolúvel a união dos Estados e Municípios. É Estado Democrático de Direito.

Também nesse art. 1º estão dispostos alguns dos princípios ou fundamentos que orientam nosso país. Somos um Estado Soberano, respeitamos a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a livre iniciativa, a valorização social do trabalho e o pluralismo político.

Veremos, a seguir, o significado de boa parte desses conceitos.

Estado

Estados são entidades soberanas. Ou seja: não se submetem ao ordenamento jurídico de outras nações ou países.

Conceitualmente, o Estado:

É pessoa jurídica formada por um povo que vive em um determinado território e subordinada a uma autoridade soberana.

O Brasil adota a forma Federativa de Estado, ou seja, é um Estado dividido em territórios (Estados Membros e Municípios).

Essa forma de Estado estabelece poderes autônomos às suas entidades participantes, mas não oferece soberania.

Outra forma de Estado que existe é a Unitária, em que há um único poder, central, sem a divisão em unidades menores. Entre outros encontramos a França e a Itália como Estados Unitários.

Formas e Regimes de Governo

Vimos que o Brasil é uma República Federativa e constitui-se em um Estado Democrático de Direito.

Logo é Federação, é República e é Democracia.

República é uma forma de governo. Atualmente, no mundo, existem Monarquias e Repúblicas.

Monarquia é governo de uma autoridade permanente, o monarca. Mesmo em sua forma parlamentarista, há a figura de um chefe de Estado, como na Espanha e Inglaterra.

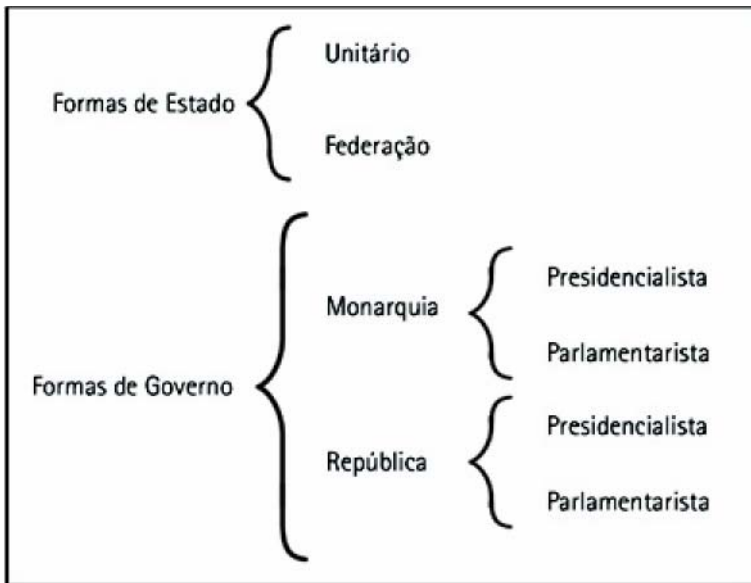
República é governo transitório, temporário, com governantes eleitos para um certo e determinado período.

O Brasil é República e é democrática, isto é, os governantes são eleitos pelo povo, escolhidos democraticamente por meio do sufrágio universal (o voto de todos).

Somos uma República Democrática Presidencialista.

Dois são os regimes de governo: Parlamentarista, o governo de um parlamento, com um primeiro-ministro. Esse regime de governo surge na Europa, nas monarquias, em que o monarca (chefe do Estado) divide o poder com um primeiro-ministro (chefe do governo), nomeado dentre os membros do parlamento.

No Presidencialismo há a figura de um único chefe de Estado e de governo.



2.1.3 Poder Constituinte

Já sabemos que os países têm a sua Constituição. E como nascem as Constituições?

A Constituição nasce de um instituto denominado Poder Constituinte. É por esse poder que um grupo de pessoas elabora o que será a Constituição de seu país.

Em 1988, por um Congresso Constituinte, o Brasil ganhou sua sétima Constituição.

As Constituições podem ser criadas a partir de Assembléias Constituintes ou de Congressos Constituintes.

A diferença é pequena. Na primeira, o povo escolhe pessoas exclusivamente para escrever a Constituição e, ao terminar a tarefa, a Assembléia é extinta.

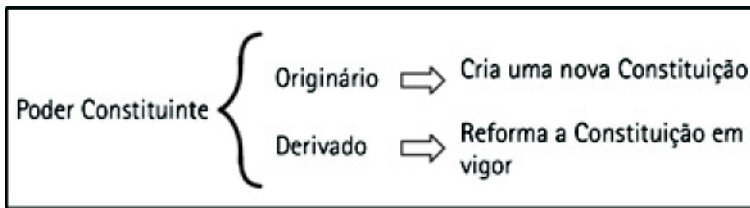
Na segunda são eleitos deputados e senadores que, além de suas funções normais, também devem escrever a Constituição.

Esse processo, de criação de uma Constituição, chama-se poder originário.

Além da criação ou elaboração da Constituição, também podem ser convocados tanto Congresso quanto Assembléia para uma reforma da Constituição atual.

A essa forma, dá-se o nome de poder constituinte derivado.

Isso se dá porque a Assembléia formada para a revisão ou reforma da Constituição é criada no âmbito desta e somente tem poderes restritos, não podendo gerar uma nova Constituição.



Processo legislativo

A lei nasce por intermédio do processo legislativo. Esse processo está definido nos arts. 59 a 69 da CF.

Processo legislativo é o conjunto de regras que disciplina a elaboração da lei.

O processo legislativo prevê a elaboração de:

- Emendas à Constituição;
- Leis Complementares;
- Leis Ordinárias;
- Leis Delegadas;
- Medidas Provisórias;
- Decretos legislativos;
- Resoluções.

Repare que a Constituição Federal não está entre as normas integrantes do processo legislativo. Isso se dá por ser a Constituição antecedente ao processo definido na própria CF.

Todas as demais normas legais passam por um processo chamado processo legislativo.

Cada uma delas tem uma característica particular e um processo exclusivo.

Emendas à Constituição

A Constituição deve ser duradoura. Não deve ser modificada aleatoriamente, nem conforme ocorram crises no país. Mesmo assim, convém que sejam previstas as normas pelas quais a Constituição possa ser modificada.

Essas normas definidas na própria Constituição estabelecem a possibilidade de edição de Emendas à Constituição. São normas que visam alterar a Constituição. São artigos que se inserem na CF de forma a modificar o texto anterior, acrescentando ou mesmo eliminando os já existentes.

Por serem de tão grande importância, exigem para sua aprovação um quorum¹ bastante elevado e uma grande quantidade de votos a favor. A Emenda é apresentada em qualquer uma das duas casas: Senado ou Câmara, e deve obter na casa inicial 3/5 dos votos dos seus membros em dois turnos. Isto é, precisa ser aprovada por 3/5 em uma votação e por 3/5 em uma nova votação.

Após isso, segue para a outra casa, chamada casa revisora, que também deve aprovar o projeto (PEC – Projeto de Emenda à Constituição) em duas votações, pelos mesmos 3/5 dos membros da casa em cada uma delas.

Emendas Constitucionais não podem alterar todo o texto da Constituição. Há uma restrição constitucional, chamada de Cláusulas Pétreas, estabelecida no art. 60, § 4º, que determina:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e as garantias individuais.

Essas quatro restrições garantem que:

- nosso Estado jamais será dividido, como pretendem alguns separatistas;
- nosso povo votará, sempre, de forma direta, isto é, cada pessoa tem um voto, de forma secreta, ou seja, sigilosa e, ainda, que todos os brasileiros podem votar (o voto universal só restringe o voto do menor de 16 anos e os conscritos, que servem o serviço militar obrigatório);
- os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, embora devam sempre permanecer harmônicos, não podem ser incorporados, uns pelos outros;
- são perpétuos os direitos e as garantias estabelecidos em nossa Constituição.

Não se cogita estabelecer a pena de morte nem acabar com o direito de propriedade, tampouco extinguir o *habeas corpus*, entre outros direitos conquistados.

Leis Complementares

¹ Quorum: Número mínimo de pessoas presentes exigido por lei ou estatuto, para que um órgão coletivo funcione.

São leis que complementam, regulamentando o texto constitucional. Exigem, para sua aprovação, a maioria absoluta² dos votos de cada uma das casas do Congresso.

Leis Ordinárias

São as leis de ordem, as leis que orientam todas as atividades do país. Entre elas podemos destacar os códigos (Civil, Penal, Comercial, Processual, Defesa do Consumidor, Lei do Inquilinato, Lei de Falência, entre outros).

Exigem para sua aprovação a maioria simples, desde que presente a maioria absoluta de cada casa. Obtém maioria simples³ a lei, em cuja votação o número de aprovações é maior do que o número de reprovações.

Leis Delegadas

São leis, em que o Congresso delega ao Presidente da República o poder para elaborar e promulgar determinada lei. Essa delegação é uma transferência de poder do Congresso e é feita por uma Resolução. Nem toda matéria pode ser objeto de delegação, conforme determina o art. 68 da CF, em seu § 1º. Essas leis se equiparam às leis ordinárias e podem ser por essas emendadas ou revogadas.

Medidas Provisórias

São uma novidade em nosso ordenamento jurídico. Vieram com a nova Constituição de 1988, substituindo o antigo Decreto Lei. Está definida no art. 62, com a seguinte redação:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las, de imediato, ao Congresso Nacional

Para sua edição há exigência de *relevância*⁴ e *urgência*. Tanto a relevância quanto a urgência expressas no texto dizem respeito à sociedade como um todo. Não se admite edição de Medida Provisória para assunto que não seja de cunho geral e nem requeira urgência para sua adoção.

As Medidas Provisórias sofreram uma modificação em sua forma. Agora, vigoram por 60 dias com direito a uma reedição por mais 60 dias.

Não sendo votada em plenário do Congresso, passa a obstruir toda e qualquer votação, até que seja votada.

2.1.4 Da organização dos poderes

² Maioria absoluta. Número igual ou superior à metade do total dos votos e mais um ou mais meio.

³ Maioria simples. Considera somente os votos a favor e os votos contrários. Desconsideram-se as abstenções e vence a posição (favor ou contra) que mais votos alcançar.

⁴ Relevância: Grande valor, conveniência ou interesse; importância, relevo.

Já sabemos que são três os poderes do nosso Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Essa clássica tripartição dos poderes tem o intuito de fazer com que, quem faz as leis, não as execute nem as julgue. Quem as executa, não as produza e não as julgue. E quem as julga, não as elabore nem as execute.

Legislativo

Esse é o poder encarregado da aprovação das leis e da fiscalização dos atos do Executivo. Há legislativo nos três níveis de nosso Estado: Federal, Estaduais e Municipais. Há também o legislativo do Distrito Federal.

O legislativo federal é formado pelo Congresso Nacional, composto por Senado e Câmara dos Deputados.

No Senado, encontram-se os representantes dos Estados Membros, ao todo 81, sendo três por Estado e pelo Distrito Federal.

A Câmara dos Deputados é composta por 513 deputados que são os representantes do povo. A distribuição é feita de forma proporcional ao número de eleitores dos Estados, cabendo a maior bancada a São Paulo, com 70 deputados.

O Legislativo Estadual é a Assembléia Legislativa que abriga os Deputados Estaduais e, no caso do DF, os Deputados Distritais, com bancada proporcional à bancada federal de cada Estado.

O Legislativo Municipal é a Câmara Municipal que abriga os vereadores.

Executivo

É o poder encarregado de conduzir as políticas públicas nacionais, da execução das leis e de cuidar das relações internacionais.

É também dividido pelos três níveis de Estado: a Presidência da República, o órgão executivo federal; o governo dos Estados, o órgão executivo Estadual e as Prefeituras Municipais, os órgãos executivos Municipais.

Todos eles são eleitos por um período de quatro anos, permitida uma reeleição.

Cada um dos níveis de Estado admite órgãos auxiliares diretos do poder Executivo. A Presidência da República conta com os Ministérios e os Estados e Municípios contam com as Secretarias de Estado.

Judiciário

Judiciário é o poder encarregado de resolver as questões que se apresentem quer entre Estado e sociedade, quer entre os membros da sociedade entre si.

Esse poder é o único que se distribui somente entre os níveis Federal e Estaduais.

No nível Federal temos a Justiça Federal com suas Varas Federais distribuídas pelas capitais e principais cidades dos Estados e os tribunais superiores: Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

No nível Estadual, temos a Justiça Estadual, denominada Justiça Comum, composta por Varas Estaduais, Varas Especiais e Tribunais de Justiça.

Nesse poder, o acesso não se dá por meio eleitoral, como nos outros dois poderes. Também não têm mandato periódico seus membros, sendo vitalícios.

O acesso é por concurso público nas primeiras instâncias e por promoção nas instâncias superiores. Há, complementarmente, o chamado 5º constitucional, pelo qual são nomeados, escolhidos em lista múltipla, representantes do Ministério Público (Promotoria Pública) e advogados.

Para os dois tribunais Superiores: STF e STJ, os ministros são escolhidos e indicados pela Presidência da República.

2.1.5 Do controle da constitucionalidade das Leis

Como vimos anteriormente, a Constituição é o indicador das leis infraconstitucionais. Isto é: todas as leis devem respeito à Constituição e não podem desrespeitar os princípios e as exigências nela estabelecidas.

Nem sempre acontece esse respeito. Vez por outra, uma lei desgarrar e contém em seu bojo normas que ferem a Constituição ou desrespeitam os princípios nela estabelecidos.

Para isso, existe o que se chama Controle da Constitucionalidade das Leis.

Esse controle é exercido pelo Juiz nos casos isolados, sempre que provocados pelos interessados. Assim, qualquer pessoa que se sinta ofendida por uma lei e entenda que sua constitucionalidade é duvidosa, pede em juízo que o Juiz repare o dano e pode aí obter a solução.

Essa decisão do Juiz não atinge qualquer outro caso. Só se presta para auxiliar aquele que recorreu ao juízo. Outros casos devem exigir a mesma providência, para que tenham o mesmo benefício.

Em grande escala, quando o problema afeta toda a sociedade, é proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) junto ao Supremo Tribunal Federal, o guardião maior da Constituição.

Aceita a ADIn pelo STF, a norma agressora, lei federal ou estadual perde sua vigência e não se aplica mais a caso nenhum.

2.2 Dos Direitos e Garantias Fundamentais

A Constituição Federal reserva um título (título II) somente para os Direitos e Garantias Fundamentais.

Esse título é dividido nestes capítulos:

- I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos;
- II – Dos Direitos Sociais;
- III – Da Nacionalidade;
- IV – Dos Direitos Políticos;
- V – Dos Partidos Políticos.

É uma verdadeira Declaração de Direitos, constante na Constituição. Há uma distinção entre Direitos e Garantias. Direitos são princípios e normas estabelecidos e colocados à disposição dos cidadãos. Garantias são os instrumentos de que a sociedade dispõe para obtenção dos seus direitos.

2.2.1 Instrumentos de garantia constitucionais

No Título II temos cinco instrumentos de Garantia Constitucional.

São eles:

Habeas corpus é o mais tradicional instrumento de garantia de direitos. Diz respeito à manutenção da capacidade de ir e vir de cada cidadão, mas somente em função de abuso de poder

ou por ilegalidade. Pode ser concedido em caráter preventivo, em casos em que se pretenda impedir a ilegalidade ou o abuso antes de sua ocorrência e em caráter repressivo, em casos em que já tenha ocorrido qualquer um dos dois afrontamentos.

LXVIII - conceder-se-á "habeas corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder;

Habeas-data é um instrumento novo, inexistente em nossas Cartas anteriores. Por ele, o paciente garante acesso a informações relativas à sua pessoa, constantes em registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Mandado de Segurança é um instrumento que completa os dois anteriores. De fato, no próprio texto constitucional, art. 5º, inciso LXIX:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade

pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Mandado de Injunção – novidade jurídica acrescentada na nova Constituição. Serve para obtenção de direitos e liberdades estabelecidas na Constituição e das vantagens relativas à nacionalidade e à cidadania:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Além desses quatro instrumentos de obtenção de direitos relativos à própria pessoa interessada, há mais um, a *ação popular*, cujo objetivo é anular qualquer ato praticado contra o patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural da nação:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

A *ação popular* é um instrumento útil para a preservação de nossa história, nossa cultura e para impedir abusos de autoridades.

2.2.2 Dos direitos e deveres individuais e coletivos

Esse capítulo (art. 5º) contém 78 incisos e podem ser agrupados em áreas de direitos.

Podemos destacar :

a - os princípios lá constantes, como o da isonomia, consagração da igualdade de todos em relação às leis (caput e inciso I), o da legalidade (inciso II), o da irretroatividade da Lei (incisos XXXVI e XL).

A consagração desses princípios é fundamental em um estado de direito.

A igualdade, por exemplo, embora sempre tenha sido declarada nas Constituições anteriores (ver C.F. 1967 – art. 150, § 1º - *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.*), possibilita abusos, como a discriminação social e racial.

No entanto, somente a partir dessa nova e atual Constituição foram refreados alguns preconceitos mais tradicionais de nossa pátria, como a discriminação social em elevadores de edifícios residenciais, como a desigualdade mantida entre homens e mulheres e outros.

b - os direitos religiosos (incisos VI, VII e VIII), como liberdade de culto, assistência religiosa, respeito à crença.

Como nosso país é laico, isto é, não adota religião oficial, é importante a determinação do respeito a todas as crenças, cultos e religiões.

c - os direitos referentes à privacidade, à honra, à imagem e inviolabilidade do lar (incisos X e XI) e sigilo de correspondência e comunicações de dados, telegráficas e telefônicas (inciso XII).

Esses são direitos de importância ímpar. Assim é a inviolabilidade do lar, impedindo que seja invadido, com exceção de flagrante delito ou desastre. O desrespeito a esses direitos assegura, ao ofendido, a indenização por dano material e moral.

Dentre esses direitos protegidos constitucionalmente, há uma polêmica a respeito da garantia do sigilo bancário, pretendido por alguns, como incluído na comunicação de dados.

Não podemos, nesse capítulo, discutir essa questão, mas podemos apresentar, para seu conhecimento, alguns dados fornecidos pela Receita Federal. Leia, reflita e forme sua opinião a respeito da proibição do acesso aos dados bancários e fiscais de alguns contribuintes, conforme Barros⁵.

(a) 62 pessoas físicas, que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda, tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 11,03 bilhões;

(b) 139 pessoas físicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 28,92 bilhões;

(c) 45 pessoas jurídicas incluídas no SIMPLES (pressupõe receita bruta anual inferior a R\$ 120 mil) tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 53,21 bilhões;

(d) 46 pessoas jurídicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 18,39 bilhões;

(e) 139 pessoas jurídicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 70,96 bilhões.

d - os direitos referentes à liberdade de expressão (inciso IV), de locomoção (XV), de exercício profissional (incisos XIII e XIV), de reunião (inciso XV e XVI) e de associação (incisos XVIII e XX).

Aqui se garante a todos o direito de estabelecerem os próprios núcleos sociais, políticos e profissionais. Inclusive, indiretamente, garante o direito de greve.

⁵ Barros, Aldemário Araújo - A Constitucionalidade da Transferência do Sigilo Bancário para o Fisco preconizada pela Lei Complementar Nº 105/2001

Houve tempo em que era permitido o direito de greve (idos de 1970), mas proibido o direito de reunião, o que, de forma indireta, impossibilitava os movimentos de organização das greves e, assim, inibia sua formação.

e - os direitos de propriedade, autoria e herança (incisos XXII, XXVII e XXX).

Esses direitos são consagrados no mundo ocidental. O respeito à propriedade e sua transmissão aos herdeiros.

f - os direitos coletivos referentes à propriedade particular, por sua função social (inciso XXIII e XXIV).

Aqui se cuida dos direitos da sociedade em detrimento dos interesses particulares. Estabelece esse item o direito de desapropriação de bens particulares, sempre que esses bens tenham um interesse maior à sociedade. Claro que, ao mesmo tempo em que permite a desapropriação, necessária por utilidade pública ou interesse social, se garante o direito à indenização, prévia e em dinheiro.

g - a defesa do consumidor (inciso XXXII).

Constam da defesa do consumidor:

- a garantia de acesso ao judiciário e o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada;
- direitos de defesa;
- a proteção contra discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais e o racismo;
- direitos penais;
- direito de inocência até prova em contrário.

2.2.3 Dos Direitos Sociais

Os direitos sociais estão descritos no art. 6º. Compreendem variados direitos que devem ser garantidos pelas leis nacionais. Seu texto diz exatamente:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais estão no art. 7º distribuídos em seus 34 incisos.

Nesses incisos encontramos a proteção ao salário, seguro desemprego, fundo de garantia por tempo de serviço, salário mínimo nacional, piso salarial por categoria profissional, irredutibilidade do salário (com restrições), 13º salário, férias, licença à gestante e licença paternidade,

jornada de trabalho, aviso prévio, aposentadoria, igualdade entre trabalhadores avulsos e os com vínculo empregatício, entre outros.

3. DIREITO ADMINISTRATIVO

Aqui iniciamos o estudo do Direito Administrativo, o direito que trata da determinação dos poderes do Estado Administrador. O Estado, embora tenha seus três poderes, exerce em todos eles uma atividade administrativa. Esse é o objeto do presente estudo.

3.1 Da Administração Pública

3.1.1 Introdução

Vimos que o Estado possui ou é dividido em poderes, três, na verdade: Legislativo, Executivo e Judiciário. Sabemos também quais são as principais funções de cada um deles.

Por exemplo, sabemos que o Judiciário tem como principal função a solução de casos em que surjam dúvidas ou conflitos jurídicos. Mas é certo que o Judiciário, para desenvolver essa atividade, necessita de material humano, de equipamentos, de material de escritório, móveis, prédios, veículos, entre outros.

Todo esse aparato, que não pertence à atividade principal do poder judiciário, deve ser contratado, adquirido, alugado, utilizado, enfim.

O Estado não pode, a bem da moralidade e da garantia do uso dos bens públicos, contratar aleatoriamente seus funcionários. Há de escolhê-los pelo concurso público.

Também não pode comprar seus equipamentos na loja da esquina.

Nem alugar ou comprar o primeiro prédio que encontre, nem o primeiro veículo que ache bom.

Tudo deve ser feito, na administração do Estado, de forma burocratizada, possibilitando a maior transparência e a maior licitude.

Além disso o Estado, por seus representantes, exerce um grande poder.

Esse poder não pode ser aplicado ou usado arbitrariamente, isto é, conforme a vontade do agente público, sem restrições nem condições.

Ainda há mais. O Estado é o encarregado de atender a todas as necessidades da população. Para tanto deve montar um corpo de atividades que supra a contento tais clamores. Não podendo realizar tudo, o Estado delega poderes a terceiros, para que realizem muitas dessas atividades.

Como se percebe, o Estado administra. E como administrador deve seguir regras.

Uma vez que a atividade estatal está relacionada diretamente aos anseios da população, pode e deve ter uma certa preferência nos seus contratos, já que tudo o que contrata é para o bem do serviço público.

De forma indireta, acabamos de definir o Direito Administrativo.

Direito Administrativo é o conjunto de normas que regulamentam a atividade administrativa do Estado, seus agentes e seus serviços.

3.1.2 Da Administração Pública

3.1.2.1 Poderes e deveres do administrador público

O administrador público tem poderes, sem os quais não há como administrar.

Mas, na administração pública, sempre que se delega um poder a um agente, simultaneamente, a este se delega um dever.

É o que se chama Poder-Dever de agir. O agente público tem poder de agir, mas tem também o dever de agir.

Por exemplo: o Prefeito tem poder de exigir o imposto predial de todos os imóveis de seu Município. Mas tem, também, a obrigação de exigir esse imposto, no prazo certo, sob pena de ser responsabilizado pela não-prática do ato.

Há uma máxima que exprime bem essa situação:

Ao cidadão comum é dado fazer tudo o que a lei não proíbe.

Ao administrador é dado fazer tudo o que a lei manda.

Os poderes do agente público podem ser: *Vinculado* ou *Discricionário*.

Vinculado é o poder que permite ao agente executar suas atividades exatamente conforme as exigências da lei. Por exemplo: a lei determina, em certos casos, a aplicação de multa. Assim, resta ao agente público cobrar essa multa.

Discricionário, que não se confunde com arbitrário, é o poder do agente de executar suas atividades dentro de uma quantidade de opções, todas legais. Por exemplo: a lei possibilita ao agente que aplique uma multa ou, simplesmente, uma advertência. O agente pode escolher, entre as duas penalidades, a mais condizente com o caso.

3.1.2.2 Poder de polícia

Cabe à administração pública exercer o controle e bom uso, por parte dos particulares de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

A ela, administração pública, é reservado o poder de fiscalizar as atividades e os usos e autuar toda e qualquer irregularidade que encontre.

Não se confunde essa atividade do administrador com a da polícia judiciária ou de manutenção da ordem pública.

Estas últimas se dirigem à manutenção da ordem por parte das pessoas e a polícia administrativa tem sua função restrita ao uso de bens, atividades e direitos.

Uma age em relação às pessoas (polícia judiciária ou de manutenção); a outra, em relação às coisas (polícia administrativa).

3.1.2.3 Organização administrativa

A administração pública brasileira divide-se em:

- Administração Direta;
- Administração Indireta.

A Administração Direta é a exercida pelos próprios órgãos de Estado, ministérios, secretarias, repartições e outros. Esses órgãos não são dotados de personalidade jurídica própria.

Todos os órgãos da Administração Direta se subordinam à entidade maior que os agrega: União, Estados Membros e Municípios.

Assim, temos a União ou o Governo Federal com seus Ministérios e Secretarias, como: Ministério da Comunicação, Ministério da Cultura; os Estados e Municípios com suas secretarias, como: Secretaria da Educação, Secretaria da Fazenda e outras.

A Administração Indireta pode ser subdividida em:

- Autarquias;
- Empresas Públicas;
- Sociedades Anônimas de Economia Mista;
- Fundações Públicas.

Autarquias

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, com patrimônios próprios e atribuições típicas de Estado.

Diferente de todas as demais entidades da Administração Indireta, é a única a exercer atividade típica da Administração Pública. Assim, às autarquias é negada a possibilidade de exercer atividades econômicas, restritas estas aos agentes econômicos privados. (Ives, 501; Hely, 283)

Além das Autarquias, existem também as entidades para estatais. Estas são pessoas jurídicas de direito privado, também autorizadas por lei, com patrimônio público ou misto.

Exercem função social ou econômica, conforme sua determinação. Entre as que exercem função social, encontramos SESI, SENAI, SESC. E, entre as que exercem função econômica, encontramos Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Emurb.

Empresas públicas

Empresas públicas são entidades de direito privado, embora sejam de capital público. São criadas para exercer atividades econômicas, não próprias de Estado. Essas atividades devem ser restritas à necessidade imperiosa ou conveniência administrativa. Assim são entendidas as atividades necessárias ou estratégicas que não podem ou não devem ser desempenhadas pelos particulares. É possível uma fábrica em região, onde não haja interesse do particular em estabelecer-se ou ainda a criação de uma indústria de armamentos pesados, por exemplo.

Sociedades anônimas de economia mista

São sociedades com todas as características das empresas privadas, criadas na modalidade de sociedades por ações. A sua grande diferença ou o seu maior predicado é ser constituída por capital predominantemente público, do Estado. Pode exercer atividade lucrativa e econômica. É também entidade de direito privado.

Fundações públicas

São entidades dotadas de patrimônio público que exercem atividades de interesses sociais ou coletivos, como os de educação, ensino, pesquisa, assistência social, entre outros.

Diferem das autarquias por serem aquelas personalidade de direito público e estas de direito privado.

3.1.2.4 Serviços Públicos Delegados

Além dos serviços prestados pelos órgãos da administração direta e pelos prestados pela administração indireta (autarquias, empresas públicas, de economia mista, fundações e paraestatais sociais), o Estado também delega serviços a terceiros em três modalidades:

- Concessão de Serviços
- Públicos; Permissão;
- Autorização.

Delegar serviços, ou seja, transferir a execução de serviços por terceiros, é uma forma de o Estado conseguir suprir várias necessidades ou anseios da comunidade, sem precisar, diretamente, envolver-se nessas atividades. Por exemplo, os serviços de telecomunicação fazem parte do serviço delegado a terceiros.

Concessão

É modalidade de delegação em que o particular (concessionário) executa determinado serviço, por própria conta e risco e no próprio nome. Esse serviço é remunerado por tarifa, que é o preço do serviço, e a concessão é objeto de contrato ou norma legal. A atividade de fornecimento de energia elétrica é um bom exemplo de um serviço executado por concessão.

Os serviços oferecidos em concessão são aqueles que o Estado considera próprios e privativos do Poder Público. Não há transferência de titularidade nessa concessão, mas tão-somente o exercício de uma atividade pública. Além disso, certos serviços, considerados de execução exclusiva do Estado, como saúde, educação e segurança, não podem ser objeto de contrato de concessão.

Permissão

Esta modalidade de delegação é semelhante à da concessão. A Permissão não é cedida por contrato, e, sim, por ato unilateral do Poder Público. Nessa modalidade a Administração estabelece os requisitos para a prestação do serviço e delega a execução a particulares (permissionários) que demonstrem capacidade para seu desempenho.

Autorização

A autorização é modalidade de delegação em que a Administração consente a particulares, por ato unilateral e precário, a execução de serviços que atendam interesses coletivos, sem regulamentação específica. Há, também, remuneração tarifada, ou seja, os preços são estabelecidos pela Administração.



3.2 O Estado e a forma de contratar

3.2.1 Contratos administrativos

Contratos são acordos de vontades das partes. São firmados livremente pelas partes, criando direitos e obrigações recíprocas. Nos contratos

administrativos, deve prevalecer a vontade do Estado, já que se prestam sempre ao atendimento das necessidades da comunidade.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

Contrato Administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

O contrato administrativo, ao contrário do contrato comum, por dirigir-se à consecução dos objetivos de interesse público, necessita ter as condições estabelecidas pela Administração, não se admitindo a possibilidade de imposição da vontade do contratado a respeito das condições.

Possui cláusulas exorbitantes, as que criam vantagens para a Administração contratante.

São elas:

Alteração e rescisão unilateral do contrato

Por essa cláusula, a Administração pode alterar as cláusulas de um contrato em andamento ou mesmo rescindir esse contrato, sempre que não seja mais de interesse público.

Equilíbrio econômico-financeiro

Como o contratado objetiva certo lucro quando assume o contrato administrativo, é justo que ele não passe a ter prejuízo em caso de alteração ou rescisão unilateral por parte da Administração.

Assim, segundo essa cláusula, será sempre mantida uma equação entre o custo e a remuneração pelo serviço executado ou suspenso de forma a indenizar o contratado.

Reajuste de preços e tarifas

Também, para não prejudicar tanto o consumidor do serviço nem o fornecedor, é efetuado, periodicamente, um reajuste de preços e tarifas de forma a permanecer constante o equilíbrio econômico-financeiro.

Controle do contrato e aplicação de penalidades contratuais

À Administração, é permitido exercer o controle do cumprimento do contrato e a aplicação de penalidades de forma a garantir sua boa execução.

Somente à Administração é reservada a possibilidade de aplicar penalidades diretamente aos contratados e essa cláusula é mera decorrência do poder do Estado de acompanhar, modificar e controlar a execução do contrato. De nada valeria esse controle se não pudesse a Administração aplicar penalidades nos casos necessários.

3.2.2 Licitação pública

O Estado contrata pessoas e serviços, vende, compra, realiza obras. O contrato, visto anteriormente, só se realiza, em regra, após efetuado o processo licitatório.

E licitação pública, segundo Hely Lopes Meirelles, conforme se lê:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.

Atualmente, a licitação pública é regida pela Lei 8666/93 e alterações.

É um procedimento formal, público, que visa à igualdade dos participantes, ao respeito ao sigilo das propostas e à vinculação ao edital. Obriga, ainda, ao julgamento objetivo e à adjudicação compulsória.

Estes são os princípios que regem a Licitação Pública.

A Licitação tem por objeto a obra, o serviço, a compra, a alienação, a locação ou a concessão.

Modalidades da licitação

A Licitação apresenta as seguintes modalidades: convite, tomada de preço, concorrência, concurso, leilão e pregão.

As três primeiras modalidades servem para a contratação de obras, serviços e compras e tem seus limites estabelecidos em valores monetários.

Convite

É modalidade bastante simples de contratação. Por ela, o órgão interessado na contratação chama, por carta convite, empresas previamente cadastradas, para que apresentem suas propostas em relação ao serviço ou obra ou compra pretendidos. Presta-se para contratações de pequeno porte ou valor.

Essa modalidade dispensa a publicação do edital, mas exige a resposta de pelo menos três licitantes com condições de contratar.

Tem como limites de contratação os valores:

Para obras e serviços de engenharia: R\$ 150.000,00;

Para compras e outros serviços: R\$ 80.000,00.

Tomada de preço

É uma modalidade intermediária. Exige publicidade, ou seja, a publicação dos editais é obrigatória.

Além do chamamento das empresas previamente cadastradas, obriga a Administração ao envio de edital às entidades de classe que as representam. Exige julgamento por comissão.

Tem como limites de contratação os valores:

Para obras e serviços de engenharia: R\$ 1.500.000,00;

Para compras e outros serviços: R\$ 650.000,00.

Concorrência pública

Esta é a mais rigorosa modalidade de contratação. Exige edital público, aberto a todo e qualquer interessado, utilizada para compras e contratações de grande valor, Por ser um processo aberto a qualquer interessado, tem uma primeira fase de habilitação preliminar e seu julgamento é por comissão.

Tem como limites **mínimos** de contratação os valores:

Para obras e serviços de engenharia (acima de): R\$ 1.500.000,00;

Para compras e outros serviços (acima de): R\$ 650.000,00.

Concurso

É modalidade de licitação utilizada para escolha de trabalho técnico ou artístico, basicamente de criação intelectual.

Não exige o formalismo da concorrência, por ser modalidade especial de contratação, embora exija o respeito aos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes.

Leilão

É modalidade utilizada para a venda de bens móveis. Não exige habilitação prévia e seu processo é instantâneo com as ofertas verbais.

4. DIREITO CIVIL

Direito Civil é o ramo de Direito que trata das relações entre as pessoas, os bens e terceiros.

É no Direito Civil que estudamos as formas de contratar e as responsabilidades, obrigações e direitos que existem em relação às coisas de forma geral.

Sua maior fonte é o Código Civil, que estudaremos com bastante cuidado neste módulo. Há uma série de outras leis, como: Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei de Falências, Lei do Inquilinato e muitas outras.

Todas estas, denominadas leis ordinárias, por representarem o ordenamento a ser seguido por todos os cidadãos, compreendem a matéria de Direito Privado, em particular, o Direito Civil.

O Código Civil contém as regras gerais de relações humanas jurídicas e nele estão definidos os principais conceitos que orientam a matéria. É novo o Código, criado pela Lei 10.406/02, em substituição ao anterior, criado pela Lei 3.071 de janeiro de 1916.

O novo Código Civil está dividido em partes:

Parte Geral:

Livro I – Das Pessoas;

Livro II – Dos Bens;

Livro III – Dos Fatos Jurídicos.

Parte Especial:

Livro I – Do Direito das Obrigações;

Livro II – Do Direito de Empresa;

Livro III – Do Direito das Coisas;

Livro IV – Do Direito de Família;

Livro V – Do Direito das Sucessões.

Nosso estudo se restringe ao estudo da parte Geral e de dois dos livros da parte especial: das Obrigações e das Coisas.

Com esse estudo, o aluno está apto a compreender o funcionamento do Direito Civil e a melhor reconhecer seus direitos e as obrigações a que está sempre relacionado.

4.1 Parte geral

Na parte geral, encontram-se as definições e delimitações de quem pode ter direitos e de quem deve assumir as responsabilidades, os deveres. Também é na parte geral que se descrevem e classificam as coisas sobre as quais se possam ter direitos e deveres, os bens.

Ainda na parte geral, conheceremos os vícios que podem anular os negócios jurídicos, que nada mais são do que os fatos e atos sobre os quais se possam pretender direitos.

Finalmente estudaremos a prescrição, que é o instituto que define os prazos que extinguem a pretensão de exigir direitos.

4.1.1 Das Pessoas

O Código Civil, já em sua abertura, trata da Personalidade e da Capacidade das pessoas.

Por Personalidade, entenda-se a quem é dirigido o direito. Somente entes com personalidade jurídica têm direitos na ordem civil.

Duas são as espécies de pessoas com personalidade jurídica: as Pessoas Naturais e as Pessoas Jurídicas.

O Código descreve, já no art. 1º, quem é Senhor de direitos e obrigações.

Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Pessoa Natural

Pessoa natural é o ser humano, a pessoa física, como a conhecemos.

O Direito Civil faz uma diferença entre a pessoa natural nascida com vida e a nascida sem vida.

Somente as pessoas naturais nascidas com vida têm personalidade civil, de acordo com o art. 2º. do Código Civil, embora sejam garantidos os direitos do nascituro, desde a sua concepção.

Primeiro vamos saber o que é o nascimento com vida e sua importância. Nasce com vida aquele que respira. Há uma experiência de reconhecimento do nascimento com vida, chamada Docimasia Pulmonar Hidrostática de Galeno. Embora tenha o nome pomposo, nada mais é do que uma bacia cheia de água onde é colocado o pulmão da criança, agora sem vida.

Caso essa criança tenha respirado uma única vez, ao menos, seus pulmões conterão ar e, portanto, o pulmão boiará. Nesse caso, embora tendo vindo a falecer posteriormente, a criança terá tido vida e por isso terá direitos e deveres.

Caso não tenha respirado nenhuma vez, o pulmão estará completamente sem ar e afundará na bacia. Nesse caso, diz-se que nasceu sem vida, assim não terá direitos e deveres.

A grande implicação desse reconhecimento ou não da vida se dá nos casos de sucessão. A criança que nasce com vida, pode suceder e, assim, amealhar um patrimônio que será distribuído aos seus herdeiros, por ocasião de sua morte.

Mesmo tendo personalidade civil, nem toda pessoa pode exercer diretamente seus direitos e deveres.

É o que chamamos de Capacidade.

É capaz aquele que pode exercer seus direitos e deveres diretamente, ou seja, por si só.

Outros há que só podem exercer seus direitos e deveres por um tutor ou um representante.

São assim divididos os que não têm capacidade plena: **Absolutamente Incapazes**

São aqueles que não podem, de forma alguma, exercer quaisquer atos da vida civil, sem que sejam representados por seus pais ou tutores.

O Código os define, como:

I – os menores de 16 anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Relativamente Incapazes

São os incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de exercê-los. São assistidos por seus pais ou curador:

I – os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

O fim da menoridade

Segundo o Código Civil, cessa a menoridade aos dezoito anos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Porém, há outras formas de adquirir a emancipação, ou seja, cessar a incapacidade.

São elas:

I – pela concessão dos pais ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independente de homologação judicial ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II – pelo casamento;

III – pelo exercício de emprego público efetivo;

IV – pela colação de grau em curso de ensino superior;

V – pelo estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

O fim da existência da pessoa natural

A existência da pessoa natural se dá com a morte, presumida esta quanto aos ausentes, quando a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

A nova lei admite a morte presumida que pode vir a ser declarada em casos de ser extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida.

O direito de personalidade

Este é um novo conceito acrescentado ao novo código e inexistente no código anterior. Segundo esse direito, estão protegidos corpo, nome, sobrenome e prenome das pessoas, também a indisponibilidade de escritos e a própria imagem e de órgãos para transplante.

Pessoa Jurídica

Pessoa Jurídica é uma entidade. É o resultado do conjunto de esforços de duas ou mais pessoas naturais ou de outras pessoas jurídicas. É uma entidade que tem vida própria, independente das vidas de seus fundadores, colaboradores e participantes.

As pessoas jurídicas têm direitos e deveres somente delas, não obrigam seus sócios ou seus acionistas.

Entretanto, há hoje a possibilidade de descaracterização (despersonalização) da pessoa jurídica, o que permite, em alguns casos, que os sócios sejam alcançados e responsabilizados por responsabilidades originariamente da pessoa jurídica.

Pessoa Jurídica de Direito Público

São os Estados (as nações) e as divisões internas de um Estado Federativo (Estados e Municípios no Brasil, Colônias ou Províncias em outros países).

As pessoas jurídicas de Direito Público brasileiras são a União, os Estados Membros, o Distrito Federal e os Municípios.

Exemplos de pessoas jurídicas de Direito Público externo (estrangeiros) são: os Estados Unidos, a Rússia, a Argentina.

Pessoas Jurídicas de Direito Privado

São pessoas jurídicas de Direito Privado, as sociedades (empresas, indústrias), as associações (os clubes, as confrarias), as fundações, os sindicatos, os partidos políticos.

As pessoas jurídicas de Direito Privado ganham vida, isto é, adquirem personalidade civil, com a inscrição de seus atos constitutivos no respectivo registro. (C.Civil, art. 45)

Por respectivo registro, entenda-se o conjunto de entidades a que a nova pessoa jurídica deverá responder. Por exemplo: para abertura de uma fábrica de armas, há necessidade de autorização das Forças Armadas e da

Secretaria de Segurança Pública. Para abrir uma faculdade, é necessário autorização do MEC.

Domicílio

Domicílio é o local onde deve ser procurado o devedor, em qualquer questão jurídica. Sem o domicílio, não há como iniciar uma ação civil, porque não há como citar o réu, dando-lhe conhecimento do teor da acusação que sobre ele pesa.

É de suma importância o domicílio e deve ser exigido em todo negócio jurídico que se realize.

Esse é, aliás, um problema sério do mundo virtual. Experimente consultar qualquer site ou página da Internet de uma empresa que efetue vendas on-line e tente descobrir o endereço físico ou o CNPJ (Número de Inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica). Provavelmente, não encontrará nada que a identifique civilmente.

O domicílio, para a pessoa natural, é o lugar onde ela reside, com ânimo definitivo, isto é, com vontade real de morar. Não é considerado domicílio uma residência de verão, praia ou campo. (C.Civil, art. 70)

Para a pessoa jurídica, há algumas diferenças. A pessoa jurídica tem como domicílio o local de sua sede. Caso tenha filiais, cada uma delas é também domicílio da entidade.

Há, entretanto, uma liberalidade oferecida no Código Civil. Está no art. 75, inciso IV, que permite à pessoa jurídica eleger um domicílio especial, desde que este conste em seus estatutos ou atos constitutivos.

4.1.2 Dos Bens

Já sabemos quem tem personalidade civil, com direitos e deveres na ordem civil.

Mas é preciso saber sobre ter direitos. Agora, vamos aprender sobre os bens. E esses bens são o objeto do direito, ou seja, o direito volta-se inteiramente para o que as pessoas possam obter, reclamar, transferir ou garantir.

Bem é toda coisa, material ou imaterial, sobre a qual se possa ter algum direito jurídico e pode fazer parte de um determinado patrimônio.

Os bens podem ser divididos em:

- Bens considerados em si mesmos;
- Bens reciprocamente considerados.

4.1.2.1 Dos Bens considerados em si mesmos

São aqueles que existem independente de qualquer outra coisa. Por exemplo, uma cadeira, um livro.

De forma interessante, veremos que os bens obedecem a uma classificação. Nesse estudo, veremos as principais classificações. O Código Civil trata-os de forma particular, como:

Bens Imóveis e Bens Móveis:

*São **bens imóveis** o solo e tudo quanto se lhe possa incorporar natural ou artificialmente. (Código Civil, art. 79)*

*São **bens móveis** os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. (Código Civil, art. 82)*

Uma forma mais fácil de compreender os bens imóveis é por um conhecido conceito: bem imóvel é todo aquele que não se possa transportar, sem que perca sua essência.

Claro que esse conceito é mais antigo do que o de casas pré-fabricadas que podem ser transportadas, mas é uma forma fácil de definir esses bens.

Entre os bens móveis, encontramos os animais. É a eles que o código se refere quando trata dos bens suscetíveis de movimento próprio.

Bens Fungíveis e Consumíveis

São bens fungíveis os que possam ser substituídos por outro de mesma espécie, qualidade e quantidade. Por exemplo: um saco de feijão. Sempre pode ser substituído por outro saco de mesma qualidade e peso. O dinheiro é um bem tipicamente fungível. Tal seria se uma pessoa pudesse exigir em pagamento de uma dívida, exatamente, as mesmas notas que havia cedido.

Bens consumíveis são aqueles, cujo uso importa destruição imediata.

Bens Divisíveis e Indivisíveis

Bens divisíveis são aqueles que podem ser fracionados sem alteração de sua substância, diminuição considerável de valor ou prejuízo do uso a que se destina.

Imaginem uma grande gleba de terra a qual se pretenda lotear. Cada lote, que é um fracionamento da gleba maior, é um ente novo, mas não perde seu valor e nem prejudica o uso a que se destina.

Indivisíveis, ao contrário, são aqueles que não podem ser fracionados sem prejuízo de sua essência.

Um automóvel, se tem suas peças separadas, não se presta mais ao uso a que se destina e, eventualmente, tem seu valor diminuído.

Classificação dos Bens considerados em si mesmos:

Móveis e Imóveis;

Fungíveis e Infungíveis; Consumíveis;

Divisíveis e Indivisíveis.

4.1.2.2 Dos bens reciprocamente considerados

Os bens, além de sua importância em si mesmos, podem ser objeto de uma relação estabelecida entre dois bens ou entre benfeitorias que neles se produzam.

O primeiro ponto a considerar é a distinção entre:

Bens Principais;

Bens acessórios.

Bem principal é todo aquele que existe por si só, abstrata ou concretamente.

Um carro é um bem principal. Uma televisão é um bem principal.

Bem acessório é aquele que depende do principal.

Uma tela para pintura, em seu estado natural, é um bem principal. Após a realização da pintura, essa tela passa a ser acessório da pintura, não podendo dela ser extraído.

Em princípio, o acessório sempre acompanha o principal e deste faz parte.

São também consideradas acessórios as benfeitorias. Estas são de três modalidades:

Necessárias (como a conservação de um bem. Por exemplo: a pintura externa de uma casa ou de um barco, periodicamente).

Úteis (como o melhoramento que se faça em um bem. Por exemplo: a instalação de um pára-raios em uma região de bastante instabilidade).

Voluptuárias (de mero embelezamento. Por exemplo: a instalação de uma moldura de gesso na parede interna de uma casa).

4.1.3 Dos Fatos Jurídicos

Fato é todo evento natural ou provocado por ação humana.

Fato jurídico é todo aquele que interessa ao direito.

A chuva é um fenômeno natural e, por si só, não tem interesse ao direito.

Mas, por exemplo, se essa chuva estiver sendo tratada em uma relação de seguro, passa a ser objeto de direito e a fazer parte de um negócio jurídico.

O fato ocorrido por força da ação humana e sobre o qual há um interesse jurídico denomina-se ato jurídico.

As relações entre as pessoas, tanto em relação a bens quanto a direitos, são denominadas, no código civil, de Negócios Jurídicos.

4.1.3.1 Dos Negócios Jurídicos

Para que tenham validade, os negócios jurídicos requerem:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Agente capaz é todo aquele ser dotado de personalidade jurídica e plenamente capaz.

Objeto lícito é aquele que não foge à lei, que não a viola. É claro que não se pode pretender um contrato de compra e venda de uma banca de jogo de bicho e querer que seja um negócio jurídico. Peca esse contrato por sua origem, fundamentada em um negócio ilícito, o jogo de bicho.

Forma prescrita ou não defesa em lei é a maneira como os atos são praticados. Casamento é o ato mais solene da vida civil. Exige uma série de atos preparatórios obrigatórios, como os proclamas, duas testemunhas e os documentos de identidade. O casamento realizado sem cumprimento dessa prescrição não tem validade.

Forma defesa em lei é a forma proibida por lei.

4.1.3.2 Dos Defeitos do Negócio Jurídico

Os negócios jurídicos podem apresentar defeitos que os tornem anuláveis.

Esses defeitos podem ser:

Erro ou Ignorância

Erro, no negócio jurídico, é a noção falsa sobre determinada coisa. Equivale à ignorância, que é o desconhecimento de determinada característica da coisa. Quando o erro é substancial, isto é, quando afeta o negócio de forma a modificar-lhe a natureza, então esse erro anula o negócio. Por erro substancial pode ser entendida a doação de um bem, quando, na verdade, pretendia-se a venda dele mesmo.

Dolo

Doloso é o ato que contém algum artifício com o qual se pretenda enganar alguém. Também nesse caso só anula o negócio o artifício que modifique a natureza do negócio.

O elogio, a valorização e o exagero na publicidade não constituem dolo.

Coação

Coação é o constrangimento. É a violência física ou moral que impeça a ação livre de outra pessoa.

O exercício normal de um direito não é considerado coação. Por exemplo, ameaçar o protesto de um título já vencido.

Do estado de perigo

É o estado em que se encontra alguém que esteja premido da necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte e assume obrigação excessivamente onerosa.

É o caso típico do tradicional “cheque caução”, exigido por hospital, quando da entrada de paciente enfermo.

Da lesão

Ocorre lesão quando alguém, sob forte necessidade ou por inexperiência, obriga-se a alguma coisa manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Da fraude contra credores

Comete fraude contra credores aquele que se desfaz de seus bens, a título gratuito ou oneroso, estando já em estado de insolvência.

Isso acontece quando alguém que se encontra com dívida vencida, para evitar o seqüestro ou arresto de seus bens, transfere-os a terceiros.

4.1.4 Da Prescrição

Os direitos e atos jurídicos não podem perdurar para sempre. Sabemos que os comprovantes de pagamento de tributos e de contas de serviços (Luz, água, gás, telefone, entre outros) devem ser guardados por cinco anos.

E por que é assim?

Porque prescrevem, em cinco anos, as dívidas.

Ou seja: se não formos cobrados por uma dívida no prazo de cinco anos, o credor perde direito à cobrança dessa dívida.

Esse é o sentido da prescrição.

Prescrição é a perda do direito de agir em relação a um direito.

Os prazos de prescrição estão dispostos no Código Civil, nos artigos 205 e 206.

Na falta de estipulação legal de prazo menor, ocorre a prescrição em dez anos.

4.2 Direito das obrigações

Já se sabe que sobre as coisas (os bens) podem-se exercer direitos. Veremos, no capítulo 4.3, de que forma se exercem esses direitos.

Agora, estudaremos o direito obrigacional, ou seja, a forma como se dá a relação entre credores e devedores. O direito obrigacional é direito de ordem pessoal, ou seja, diz respeito somente ao credor e ao devedor de determinada prestação a ser cumprida.

As obrigações podem ser:

- de dar (coisa certa ou coisa incerta);
- de fazer (e não fazer),

conforme veremos a seguir.

4.2.1 Das Modalidades das obrigações

As obrigações podem ser positivas (dar determinada coisa, fazer um determinado trabalho) ou negativas (proibição de praticar algum ato).

Podem também se constituir em uma entrega ou uma devolução (obrigação de dar, de restituir) ou em uma atitude (obrigação de fazer, de não fazer).

Obrigação de Dar ou de Restituir

As obrigações de dar dizem respeito a alguma coisa, algum objeto. A pessoa pode obrigar-se a entregar um automóvel, em caso de venda e compra, ou de devolver um dinheiro, em caso de empréstimo.

Subdividem-se em:

Obrigação de dar coisa certa; Obrigação de dar coisa incerta.

Obrigação de Dar Coisa Certa

Nesta modalidade, a coisa é determinada, única, insubstituível. Sabe-se exatamente qual é a prestação a que se está obrigado.

Por exemplo: *Paulo deve entregar a Pedro o cavalo vencedor do primeiro páreo desta noite.*

Não há outro cavalo que possa substituir aquele que é objeto da obrigação.

Obrigação de Dar Coisa Incerta

Nesta modalidade a prestação trata de coisa indeterminada, substituível.

Por exemplo: *Maria me deve quatro livros de Direito.* Nesse caso, não se especificaram os livros, bastando que fossem de Direito. Quaisquer livros de Direito satisfazem à obrigação.

Obrigação de Fazer

A obrigação de fazer impõe uma ação do devedor.

Por exemplo: *João deve construir o muro entre a sua casa e a do vizinho.*

Obrigação de não Fazer

Nesta modalidade, o devedor obriga-se a não praticar alguma ação:

Por exemplo: *Carlos vendeu seu bar para José e compromete-se a não se estabelecer, no mesmo bairro, durante dois anos.*

4.2.2 Classificação das obrigações

As obrigações têm caracteres próprios. Classificá-las é necessário para o bom cumprimento da prestação que nelas se encerra.

Podem ser:

Simples e Complexas

Simples são as que encerram um fato ou uma coisa única. *Fulano compromete-se a entregar o veículo que vendeu.*

Complexas são aquelas que encerram mais de uma ação ou mais de um bem. *João compromete-se a entregar-me o veículo, mas, antes da entrega, deve pintá-lo de novo.*

As obrigações complexas só se liquidam quando realizadas todas as prestações nelas estabelecidas.

Cumulativas e Alternativas

Cumulativas são aquelas em que as prestações se seguem, exigindo-se todas elas em uma seqüência. *Precisamos entregar o veículo e ensiná-lo a dirigir.*

Alternativas são aquelas em que, existindo mais de uma prestação, só se está obrigado a uma delas. Realizada uma, as outras são dispensadas ou extintas.

Eu devo lhe entregar o carro ou a moto. É importante notar que, nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor.

Divisíveis e Indivisíveis

Nas obrigações divisíveis, as prestações podem ser realizadas em partes ou etapas. *Vou entregar 12 camisas por mês até dezembro.*

Nas divisíveis, a entrega de parte das prestações já dá certo direito ao devedor. Nas indivisíveis, somente terá direito o devedor, cumpridas todas as prestações.

Nas indivisíveis, a obrigação só se extingue quando todas as prestações são cumpridas.

De resultado e de meio

Obrigações de resultado são aquelas em que a prestação só gera direitos ao devedor, quando chegar a seu termo.

As de meio são aquelas em que o devedor se obriga a cumprir alguma prestação, sem garantir o resultado. São de meio os contratos de patrocínio de causa advocatícia. Não há como o advogado garantir o bom resultado da causa.

Principais e acessórias

Principais são aquelas que independem de qualquer outra. O contrato de aluguel é uma obrigação principal.

Fácil perceber que o contrato de fiança, que só obriga o fiador enquanto dure o contrato de locação, é um contrato acessório do contrato de aluguel. Tão logo termine o contrato principal, fica extinto o contrato acessório.

4.2.3 Efeitos das obrigações

Depois que as obrigações são constituídas, elas passam a gerar efeitos. As obrigações só podem ser exigidas após vencido o seu prazo para cumprimento (pagamento).

Vencida a obrigação, pode ocorrer seu adimplemento (forma pela qual se extingue a obrigação) ou seu inadimplemento (efeitos negativos por seu não cumprimento ou decorrentes dele).

Adimplemento das obrigações

As obrigações extinguem-se de várias maneiras:

Pagamento

É a forma mais usual de extinção de obrigação. É o seu cumprimento, denominado pagamento, normalmente quando a obrigação envolve valores monetários. Paga em dinheiro, a obrigação se extingue. Mas também se extingue com a entrega da coisa prometida, com a feitura de uma obra contratada. Todas essas formas de cumprimento representam pagamento e extinguem a obrigação. Duas coisas são bastante importantes em relação ao pagamento e nem sempre do conhecimento das partes envolvidas. A primeira diz respeito ao lugar do pagamento:

Do lugar do pagamento

É obrigação do credor buscar o pagamento no domicílio do devedor, salvo se o contrato ou o tipo da obrigação impuser lugar diferente. (ver CC Art. 327)

A segunda diz respeito ao tempo de pagamento:

Do tempo do pagamento

Não constando prazo para pagamento, considera-se à vista e o credor pode exigir imediatamente o cumprimento. (ver CC Art. 331)

Outras formas há de pagamento, como:

Pagamento em consignação

É o chamado depósito em juízo. O devedor, não conseguindo efetuar o pagamento junto ao credor, por qualquer razão (pode ser omissão do credor ou mesmo dúvidas sobre o montante devido), deposita em juízo ou em banco (nos moldes que a lei permite) e dá início a uma ação de consignação em pagamento. Na verdade, pagamento em consignação não quita nem extingue a obrigação, senão após a sentença definitiva favorável ao devedor. Até que isso aconteça, a consignação apenas suspende a exigibilidade da obrigação, isto é, o credor não pode pleitear a dívida, enquanto não se extingue o processo.

Pagamento em sub-rogação

É uma modalidade interessante de pagamento levada a cabo por um co-devedor ou por terceiro interessado na quitação da dívida. Nesse caso, o pagador passa a ter os direitos da obrigação em relação ao primeiro devedor.

Imputação em pagamento

Dá-se quando o devedor, com dois ou mais débitos a honrar, e só podendo quitar um deles, declara qual deles está pagando. Essa é uma garantia legal, prevista no art. 352 do Código Civil.

CC, art. 352. A pessoa obrigada por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos.

Dação em pagamento

É modalidade de pagamento, cujo devedor, com a concordância do credor, dá em pagamento objeto diferente do previsto na obrigação.

Novação

Dá-se a novação toda vez que há substituição de um dos três elementos da obrigação. A obrigação consiste em um objeto devido por alguém a um terceiro. Assim, se há a troca do devedor por outro, ou do credor por outro, ou ainda permanecendo credor e devedor, há troca de objeto, ocorre a novação, que extingue a obrigação anterior com a substituição pela nova.

Compensação

É o efeito da extinção da obrigação por equivalência de débitos entre os contratantes. A compensação só pode ser alegada em situações em que ambos os débitos sejam líquidos e vencidos.

Confusão

É uma situação interessante que extingue também a obrigação. Ocorre quando, por força das circunstâncias, encontram-se na mesma pessoa: credor e devedor.

Imagine um filho que tem um crédito em relação a seu pai. O pai falecendo, essa obrigação passa a ter como devedor o filho, o próprio credor.

Remissão é a forma de extinção da obrigação por dispensa graciosa, por parte do credor, do cumprimento da obrigação. Essa forma exige a concordância do devedor, para que se realize. Há situações em que não interessa ao devedor esse tipo de perdão, por quaisquer razões. Nesse caso, o devedor recusa a remissão e cumpre a prestação devida.

Formas de Extinção (adimplemento) das obrigações:

- Pagamento;
- Pagamento em Consignação;
- Pagamento por sub-rogação;
- Imputação em pagamento;
- Dação em pagamento;
- Compensação;
- Remissão;
- Confusão.

Inadimplemento das obrigações

A falta de pagamento, ou de cumprimento das obrigações, gera efeitos negativos ao devedor. São eles: mora, perdas e danos, juros moratórios e cláusula penal.

Mora

É o atraso. Tanto pode incidir em mora o devedor que não cumpre a prestação devida, quanto o credor que se recusa a receber essa prestação. A *mora* é um bom indicador da importância de dois pontos destacados anteriormente: o *lugar* e o *tempo* de pagamento. Tendo-se claro o lugar de pagamento, sabe-se quem está em mora: o devedor ou o credor.

Estipulado o tempo de pagamento, sabe-se a partir de quando é constituída a mora.

A *mora* enseja juros moratórios e correção monetária a serem exigidos pelo atraso cometido pelo devedor. Se for o credor em *mora*, desobriga-se o

devedor à conservação da coisa e, se o fizer, ao ressarcimento pelo prejuízo tido.

Das Perdas e Danos

Se a prestação, em consequência da mora, já não interessa ao credor, este pode recusar o recebimento e exigir *perdas e danos*. Imagine que, em um negócio jurídico, Fulano contrate com Sicrano a retirada de móveis de um imóvel que aquele precisa entregar, livre de coisas e pessoas até determinada data. Não cumprindo Sicrano sua prestação, Fulano perderá o negócio seguinte, correspondente à entrega do imóvel. Sicrano, estando em mora, de nada mais adianta cumprir sua prestação posteriormente, porque esta já não interessa mais a Fulano. Nesse caso é cabível a exigência de *perdas e danos* ao invés do cumprimento da prestação.

As *perdas e os danos* podem ser de dois tipos: danos emergentes e lucros cessantes.

Danos Emergentes que são aqueles que surgem em função do que efetivamente o credor perdeu. Por exemplo: se um automóvel se desgoverna e atinge o muro de uma residência, surge um prejuízo ao proprietário do imóvel atingido e por esse prejuízo são devidos os *danos emergentes*.

Por outro lado, suponha que, em vez de atingir o muro de uma residência, o veículo atinge a fachada de um estabelecimento comercial que, por causa da ocorrência, deverá suspender suas atividades por sete dias. Nesse caso, o credor fica impossibilitado de auferir lucro com seu negócio e a ele são devidos os *lucros cessantes*.

Juros moratórios ou juros legais

Nos negócios é comum se estipularem juros e correção monetária advindas da falta de cumprimento das prestações. Caso isso não ocorra, serão devidos os juros iguais aos cobrados para pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Da Cláusula Penal

A cláusula penal é a estipulação, em contrato, de um valor a ser pago em caso de descumprimento de prestação. É também chamada de multa convencional, porque é estabelecida de comum acordo entre as partes.

Tem, como restrição, a impossibilidade de atingir valor maior do que o da obrigação principal.

4.3 Dos contratos

Contratos são acordos de vontades, estabelecidos pelas partes que, voluntariamente, os aceitam e às suas cláusulas, e que venham a constituir, regular ou extinguir direitos. Para sua validade exige agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

Várias são as formas de contratar.

4.3.1 Formas de contratação

Tácito

É o contrato em que a evidência gera a relação. São contratos que se aperfeiçoam a partir de atos, de práticas ou do próprio silêncio. Uma pessoa, ao tomar um ônibus, não precisa dizer uma só palavra ou assinar um só documento. Basta que faça a proposta, normalmente denominada “dar o sinal”, esticando o braço. Caso haja a aceitação do contrato por parte do motorista, parando o ônibus, e o contratante (o passageiro) suba aqueles

poucos degraus, está aperfeiçoado um contrato de prestação de serviços na modalidade adesão, que veremos a seguir.

Verbal

É aquele em que as pessoas aceitam e concordam com os termos de forma verbal. Esse tipo de contrato exige a presença de testemunhas de forma a confirmarem o que foi acertado entre as partes.

Expresso

É a contratação por forma escrita, expressa em termos. É a forma mais conhecida de contrato, embora a não mais usual.

Formal

É forma de contrato que respeita determinações formais para sua validade. O contrato administrativo é, em regra, contrato formal, porque exige o cumprimento de várias etapas, todas elas estabelecidas em lei.

Formas de Contrato:

- Verbal;
- Tácito;
- Expresso;
- Formal.

Contratos civis sempre foram, segundo a lei, acordos de vontade das partes, sem restrição legal. O novo Código Civil inovou: contextualiza os contratos civis nos limites da função social que possam ter.

Impõe aos contratantes a presunção de probidade e de boa-fé.

4.3.2 Classificação dos contratos

Classificar os contratos é necessário e útil. Sem a devida classificação, pode haver uma distorção em relação a seu cumprimento. Por exemplo: em

princípio, os contratos exigem correspondência entre as prestações, ou seja, as partes devem arcar com ônus semelhante umas em relação às outras. Se é assim, como se justifica o contrato de seguro, em que uma das partes paga um valor prefixado à outra e essa outra se arrisca a pagar um valor muito maior do que o pago pela primeira e esta mesma se arrisca a não receber absolutamente nada em troca do que pagou?

Vê-se, desse modo, que cada tipo de contrato tem características próprias e, portanto, devem ser estudados.

Bilaterais ou unilaterais

Bilaterais, como se percebe, são contratos em que ambas as partes têm deveres e direitos. Na compra de um automóvel, um dos contratantes tem o dever de pagar e o outro, o dever de entregar o veículo.

Unilaterais são contratos em que apenas uma das partes tem deveres. Não se trata de um contrato em que só haja uma parte. Há duas ou mais pessoas envolvidas, mas somente uma se obriga. Caso típico de contrato unilateral é o contrato de doação, que, muitas vezes, nem é do conhecimento do donatário, mas obriga sempre o doador.

Onerosos ou gratuitos

Onerosos são os contratos que envolvem pagamento, ou seja, obrigações patrimoniais. Nos contratos gratuitos somente uma das partes tem obrigação patrimonial, como, por exemplo, o comodato, contrato segundo o qual uma das partes cede para a outra parte, para seu uso, um imóvel.

Comutativos e aleatórios

Comutativo é o contrato em que as partes recebem prestações equivalentes. No contrato de compra e venda, um entrega a coisa e o outro efetua o justo pagamento por essa coisa.

Aleatórios são contratos em que uma das partes tem a sua prestação definida, mas a outra pode não ter prestação nenhuma a dar. Por exemplo; as loterias, quando várias pessoas pagam por seus bilhetes e a outra só tem obrigação para com um único premiado.

Formais e não formais

Formais são aqueles que decorram de forma prescrita em lei. Se a lei estabelece que o contrato deva ser por escrito, somente nessa forma será aceito e terá validade.

Se exige alguma solenidade, como o casamento, somente após o cumprimento dessa formalidade será válido.

Não formais, por sua vez, não dependem de nenhuma forma predefinida e nem de solenidades. Pode ser realizado verbal, tacitamente ou de qualquer outra forma, que terá sua validade assegurada.

Paritários ou de adesão

Paritários são contratos, cujas partes comparecem com poderes iguais de deliberação sobre as cláusulas que as envolvem. As partes discutem, em pé de igualdade, todo o contrato e o aceitam.

De adesão é o contrato pré-elaborado por uma das partes em que a outra comparece somente com seu aceite, sem poder discutir as cláusulas que o caracterizam. Por exemplo: os contratos bancários, os de telefonia, os de uso de Internet. Também os contratos de compra e venda de imóveis em fase de construção são exemplos de contratos de adesão.

Nessa modalidade, as cláusulas que sejam favoráveis somente a uma das partes são declaradas nulas de pleno direito e, portanto, não geram efeito algum.

Também as cláusulas que contenham qualquer dubiedade ou sejam contraditórias serão sempre interpretadas em favor do aderente. (CC art. 423)

Principais e acessórios

Principais são os contratos que existem independente de qualquer outro. Têm vida própria, são autônomos. Os contratos secundários, ou seja, os que dependem de outro para que tenham vida e validade, são chamados *Acessórios*. Exemplos práticos são o contrato de locação (típico contrato principal) e o de fiança (típico contrato acessório). Nesse exemplo, terminado o contrato principal, de locação, imediatamente se encerra o contrato acessório ou secundário, de fiança.

Classificação dos Contratos:

- Bilaterais e unilaterais;
- Onerosos e gratuitos;
- Comutativos e aleatórios;
- Formais e não formais;
- Paritários e de Adesão;
- Principais e Acessórios.

4.3.3 Das várias espécies de contratos

Se a classificação dos contratos é útil, o conhecimento de suas várias espécies também o é.

Não se podem confundir os empréstimos com a locação, ou a compra e venda com a cessão.

Portanto, vamos ver como são distintas as espécies de contrato.

Compra e Venda (art. 481 do CC)

No contrato de compra e venda, uma parte obriga-se à entrega da propriedade de alguma coisa à outra parte, contra pagamento em dinheiro. Esses são os elementos da *Compra e Venda*: a vontade das partes, a coisa e o preço. O contrato inicia-se com a aceitação da oferta e conclui-se com a entrega da propriedade da coisa e contra o devido pagamento.

Nos bens imóveis, somente o registro da escritura definitiva do bem garante a realização do contrato e seu cumprimento.

Em relação aos bens móveis, é a chamada *tradição* (a entrega da coisa) que caracteriza o cumprimento da prestação.

Se a coisa contratada e entregue possuir algum vício ou defeito (vícios redibitórios), pode ser recusada pelo comprador.

Se, por força de reivindicação judicial, o comprador perder total ou parcialmente a coisa contratada, responde por essa perda o vendedor.

Salvo cláusula em contrário, as despesas de escritura e registro ficam a cargo do comprador e as da entrega da coisa, ao vendedor.

Troca ou Permuta

Esse contrato é semelhante ao de *Compra e Venda*. A diferença é que a contraprestação não se dá por dinheiro, e, sim, por meio de um outro bem.

Doação

A doação pode ser pura, com encargo ou condicional.

No contrato de doação pura, somente o doador tem obrigações a cumprir.

Na doação com encargo, impõe o doador ao donatário o cumprimento de alguma tarefa previamente definida.

Na doação condicional, também há a imposição de algum ato ou tarefa dependente de acontecimento futuro ou incerto.

Locação de coisas

A locação de coisas tem características próprias, não se confundindo com locação de imóveis, tanto os residenciais quanto os não residenciais.

A locação somente pode ser de coisas não fungíveis. Seria impossível, por exemplo, alguém alugar dinheiro.

Locação de bens imóveis

A locação de bens imóveis segue legislação própria (Lei do Inquilinato) e tratamento diverso da locação de coisas móveis.

A lei especial trata as locações de imóveis residenciais e não residenciais de forma distinta, dando garantias diferentes a cada uma das modalidades.

Empréstimo (comodato e mútuo)

O empréstimo apresenta-se de duas formas: comodato, empréstimo de coisas não fungíveis, que implicam a devolução da própria coisa, e o mútuo, empréstimo de coisas fungíveis. Nesse se transfere a propriedade da coisa, mas o mutuário é obrigado a devolver coisa de mesma espécie, quantidade e qualidade.

Prestação de Serviços

Duas são as espécies de prestação de serviços. Há o vínculo trabalhista, no contrato de trabalho, que é objeto de estudo especial, e há a prestação simples de serviço, não personificada, ou seja, o que se contrata é o serviço, não a pessoa, podendo esta transferir o encargo se não houver impedimento, ou, mesmo, realizá-lo da forma como melhor entenda, sem obediência funcional ao contratante.

Há uma multiplicidade de contratos de prestação de serviços: os de pura mão-de-obra, os de produção intelectual, os de representação comercial, os referentes aos profissionais liberais, entre outros.

Empreitada

É uma variação do contrato de prestação de serviços, cujo contratado se obriga a determinada tarefa ou obra, fornecendo ou não o material necessário.

Mandato

Esse contrato envolve um responsável e um terceiro, que exercerá poderes em nome do primeiro, podendo praticar atos e/ou administrar seus interesses.

O instrumento desse contrato é a Procuração. Nesta se pode ou não prever o substabelecimento, que é a transferência dos poderes recebidos a um terceiro.

O substabelecimento pode ser com ou sem reserva de iguais poderes, mas em nenhuma hipótese retira os deveres do procurador original, salvo se com a concordância do mandante.

A morte extingue a vigência do mandato. Ninguém pode representar um morto, salvo o inventariante.

Também o término do prazo estipulado ou a conclusão do negócio a que se referia, extinguem o mandato.

Outros contratos

Há vários outros contratos, como: *fiança, jogo e aposta, seguro, transporte, entre outros.*

Nosso estudo se estende somente aos principais e aos mais utilizados.

Espécies de Contratos:

- Compra e Venda;
- Troca e Permuta; Doação;
- Locação de Coisas;
- Locação de bens imóveis;
- Empréstimo (comodato e mútuo);
- Prestação de Serviço; Empreitada;
- Mandato.

4.3.4 Da formatação dos contratos

Os contratos, conforme vimos, podem ser criados até por gestos (tácitos), senão por palavras (verbal).

Em sua grande maioria, os contratos são expressos (escritos) e estes devem obedecer a um certo rigor e devem conter algumas cláusulas indispensáveis.

Os contratos devem, sempre, conter a identificação das partes, o objeto, a duração, o local e o prazo de pagamento.

Além dessas cláusulas, muitos também contêm cláusulas penais (multas), declinação de foro, identidade de testemunhas (duas delas, no mínimo).

Identificação das partes

As partes devem estar bem identificadas, para que não parem dúvidas sobre quem contratou. Deve constar do termo do contrato: nome completo, nacionalidade, documentos de identidade (CIC e RG ou CNPJ, se pessoa jurídica), profissão, estado civil (declaração de maioridade em caso de solteiros), endereço completo. Em caso de pessoa jurídica, deve ser juntada a procuração ou o contrato social em que esteja clara a validade da procuração.

Objeto

O contrato deve ter claro o seu objeto. Do que trata, afinal, o contrato que está sendo elaborado. Se é de compra e venda, de prestação de serviços, de locação, de procuração, entre outros. Deve ser descrito de forma clara esse objeto. Isso ajuda muito a dirimir dúvidas futuras.

Duração do contrato

Deixe sempre definida qual será a duração do contrato, inclusive relacionando sua data de início e término. Nos contratos instantâneos, que se realizam por uma única prestação, é esta que deve ser bem determinada, se possível. Por exemplo: na compra de um veículo, identificar este claramente, seu estado aparente, seus acessórios, para que tudo possa ser vistoriado na data da entrega. O mesmo ato deve-se dar em relação a aluguéis de imóveis. Faça sempre constar todos os equipamentos do imóvel, seu estado de conservação, a quantidade de lâmpadas, chuveiros, espelhos de tomada, vidros, portas, maçanetas, entre outros.

Local de pagamento

Deve constar sempre o local onde será cumprida a prestação: se no domicílio do devedor, se no do credor ou em local determinado.

Prazo de pagamento

A data de pagamento é de suma importância. Lembre-se de que a mora, o atraso, só começam a ser considerados a partir dessa data.

4.4 Direito das coisas

Direito das Coisas é a parte do Direito Civil que trata da relação entre uma pessoa e determinado bem e as prerrogativas que se atribuem ao senhor dessa relação.

Nesse sentido, afirma-se que as pessoas são *senhoras de direito* e os bens são *objetos de direito*.

Sobre todas as coisas sempre há quem possa exercer certos direitos e o exercício de certas prerrogativas ou certos privilégios.

A essas prerrogativas se dá o nome de Direito Real, que é em sua origem o direito sobre a res (sobre as coisas). Direito real é o que atribui a uma pessoa determinadas prerrogativas sobre um bem.

Os direitos reais são estabelecidos em lei, não existindo nenhum outro além desses.

São eles: a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca e a anticrese.

O direito real é oponível contra todos, diferente do direito pessoal, oponível somente contra quem contrata.

O direito real compreende o vínculo entre a pessoa e a coisa, enquanto o direito pessoal diz respeito à relação entre pessoas e bens ou direitos.

Tradicionalmente, o direito das coisas recai sobre os próprios bens das pessoas. Este é o sentido de *Propriedade*. É o sentido de dar "dono" às coisas e criar mecanismos, para que a pessoa possa garantir essa propriedade.

O direito das coisas é mais abrangente. Além da propriedade, estabelece também prerrogativas (direitos) sobre bens alheios. É o que se denomina Posse. Tanto isso é verdade que, por exemplo, sabemos que, no caso de locação de imóvel, o inquilino tem sua posse garantida inclusive contra o proprietário, que no imóvel não pode entrar, senão, com permissão do inquilino.

A posse e a propriedade vão além da proteção dos bens materiais, alcançando também os bens imateriais, como a propriedade literária, científica e artística.

Podemos, então, conceituar o Direito das Coisas, como:

Direito das Coisas é a parte do direito que trata da proteção e regulamentação das coisas em relação às pessoas.

-- OO --

Direito das Coisas é a parte do direito que trata dos direitos reais.

Distinção entre direito das coisas e direito das obrigações

O direito das coisas vincula os bens à pessoa; o direito das obrigações vincula as pessoas e seus relacionamentos a outras pessoas, em que se envolvam ou não determinados

bens nessa relação. O primeiro, das coisas, é o direito real. O segundo, das obrigações, é o direito pessoal.

O Direito Real é oponível contra todos, enquanto o direito pessoal é exigível diretamente contra outra pessoa.

No direito real há um sujeito ativo personificado (a pessoa), um objeto (o bem) e um sujeito passivo (toda a comunidade).

No direito pessoal há um sujeito ativo (uma pessoa) e outro sujeito passivo (outra pessoa), e como objeto temos a prestação que um pode exigir do outro e só dele.

4.4.1 Classificação dos direitos reais

O mais tradicional direito real recai sobre a propriedade. É o direito real sobre as coisas próprias. Esse é de fácil entendimento. Todos nós sabemos muito bem o sentido de dizermos que algo é nosso. Significa que ninguém pode apoderar-se da coisa, por ser nossa.

Além dele há outros, tidos como direitos reais sobre coisas alheias, que veremos a seguir.

Direito Real sobre Coisas Próprias

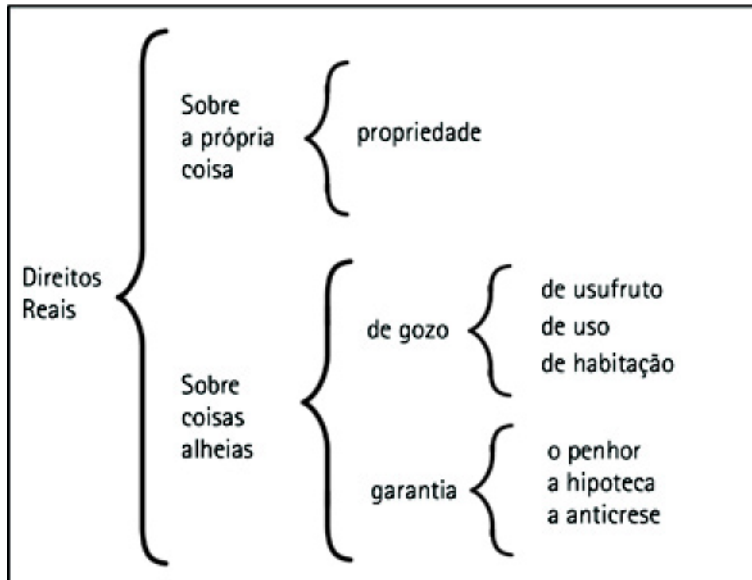
Como vimos, este é o direito que temos de opor resistência a quem quer que seja em relação às coisas nossas. É o direito de propriedade que se encaixa nessa modalidade. Está definida a propriedade no art. 1228 do CC.

O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Direito Real sobre Coisas Alheias

Também as coisas alheias podem ser objeto de direito real, isto é, oponível contra todos, inclusive, se for o caso, contra o proprietário.

Apresentamos os direitos reais em um quadro:



Direitos de Gozo

Direito de Gozo é aquele que dá direito ao possuidor de tirar proveito da coisa possuída. São eles:

Usufruto

É o direito de usufruir de determinado bem. O usufrutuário pode alugar o bem e a renda será sua. Pode arrendar a terra e também será o Senhor da renda.

Uso

É o direito de dispor da coisa. O usuário pode tirar proveito da coisa, por exemplo, o possuidor de um bem comercial alugado tem o direito de usá-lo para o fim a que se destina, ou seja, criar seu comércio e com ele alcançar o lucro.

Habitação

É o direito de moradia. Os contratos de locação residencial conferem ao locatário o direito de habitação do imóvel. Em princípio, não pode sublocar nem exercer qualquer atividade comercial nele.

Direitos de Garantia

Nestes, o Senhor do direito real não pode dispor do bem, nem tirar proveito dele, mas, como o bem foi dado em garantia, ele pode exercer seu direito real sobre todos os outros.

Penhor

É o direito sobre bens móveis deixados em garantia. Há as casas de Penhor, onde as pessoas deixam seus bens em garantia de dívidas de pequena monta. Nessa modalidade de garantia, o bem empenhorado fica, em regra, com o credor da dívida.

Hipoteca

É também modalidade de garantia, mas sobre bens imóveis, embarcações e aeronaves. Nessa modalidade, o bem não tem sua posse transferida, ficando em poder do próprio devedor.

Anticrese

É uma espécie de contrato, pelo qual o devedor entrega ao credor um imóvel, dando-lhe o direito de receber os frutos e rendimentos como compensação da dívida, um tipo de consignação de rendimento.

4.4.2 Da Posse e suas classificações

A posse é o uso ou a utilização da coisa. De acordo com o art. 1196 do CC:

Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Duas são as classificações da posse: em relação à sua qualidade, que seria o tipo de posse, e também quanto à sua situação.

I - Classificação quanto à situação

Nesse sentido, a posse pode ser classificada, como: aquisição, efeitos, perda e proteção possessória.

Vejamos, então, como cada uma delas se explica.

a) Aquisição da Posse

A aquisição da posse se dá, segundo o CC art. 1204:

Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

Se a posse se relaciona com qualquer um dos poderes inerentes à propriedade, devemos saber quais são esses poderes.

Poderes inerentes à propriedade:

O próprio Código Civil disciplina quais são esses poderes, no art. 1228.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Assim, estando o possuidor no exercício de qualquer um desses poderes, está estabelecida a posse.

A posse pode ser adquirida pela própria pessoa ou por alguém, em seu nome. Já vimos que um dos modelos de contrato é o de mandato. É pela procuração que se adquire a posse em nome de terceiros.

Segundo o Código, os atos de mera tolerância não induzem a posse nem autorizam os atos violentos ou clandestinos.

Sobre os atos violentos e clandestinos, leia, abaixo, o capítulo da proteção possessória.

Mais dois itens merecem ser tratados.

A transmissão da posse. Transmite-se a posse aos herdeiros e sucessores com as mesmas características. (ver CC, art. 1206). Por esse artigo, caso faleça um inquilino, seus filhos ou seus sucessores passam a ser os possuidores do imóvel, valendo o contrato, como se com eles tivesse sido feito.

A posse dos bens acessórios. Segundo o CC, art. 1.209. *A posse do imóvel faz presumir, até prova contrária, a das coisas móveis que nele estiverem.*

b) Efeitos da posse – A proteção possessória

O CC trata da proteção possessória ou dos efeitos da posse, classificando as três possibilidades: a perda da posse, a ameaça sobre a posse e o risco iminente de violência, que veremos a seguir.

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

Manutenção da posse

Chama-se posse turbada aquela em que o possuidor é ameaçado por terceiros de invasão de sua posse. A turbação dá direito ao possuidor de interpor uma Ação de Manutenção de Posse contra quem a ameaça.

Reintegração de Posse

O possuidor esbulhado, ou seja, o que tenha perdido a posse por ato de terceiros, tem direito a ser reintegrado nessa posse pela interposição da Ação de Reintegração de Posse. A reintegração de posse tem uma característica especial. Trata-se da Posse velha e Posse nova, estudada a seguir.

Interdito proibitório

Este é o nome que se dá ao mandado requerido por quem, sentindo-se ameaçado de perda da posse, interponha a Ação de Interdito Proibitório, na qual requer que sejam impedidos os ameaçadores de aproximarem do bem.

c) Perda da Posse

O art. 1.223 do CC estabelece a condição para perda da posse. Está estabelecido que: *“Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem.”*

O mesmo capítulo estabelece que: *“Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.”*

II - Classificação quanto à qualidade

Muito importante é a classificação da qualidade da posse. Dessa classificação decorre o procedimento judicial em casos

de defesa da posse. Veremos a seguir as principais formas de constituição de posse.

a) Posse direta ou indireta

Direta é a posse tida por uma pessoa em nome de outra. Nesse caso, a pessoa que detém a posse tem a posse direta e, a outra, em nome de quem consta a posse, posse indireta. No caso de locação de imóveis, o locador tem a posse indireta e o locatário, a posse direta.

b) Posse justa e posse injusta

“É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.” (CC, 1.200)

Posse justa é a revestida dos procedimentos legais exigíveis. Injusta é aquela, à qual falta o respeito às exigências. Por exemplo: a invasão de um terreno constitui posse injusta. A posse provisória, aquela em que se requer ao possuidor legal acesso ao bem para qualquer obra ou serviço (casos de locações em que se pede para pintar o imóvel antes mesmo da entrega deste), constitui posse precária e, portanto, posse injusta.

c) Posse de boa-fé ou de má-fé

A posse de boa-fé é aquela em que o possuidor ignora o vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa ou do direito possuído. A de má-fé é aquela em que o possuidor tem ciência do vício que a envolve, ou mesmo tem fortes razões para supô-lo, mas mesmo assim dela se apodera. (CC. Art. 1.201)

d) Posse contínua e descontínua

Posse contínua é a posse sem interrupção. Havendo interrupção, a posse será descontínua.

e) Posse de mais de ano e um dia e de menos de ano e um dia

Também conhecidas como posse velha (de mais de ano e um dia) e posse nova (de menos de um ano e um dia), tratam essas posses de subsídio para a manutenção da posse, em caso de requisição por terceiros interessados.

Toda vez que alguém pretende uma terra que esteja ocupada, o juiz concederá o direito de posse a quem a tenha durante mais de ano e um dia, e entregará ao pretendente, se melhor título tiver que o invasor, em caso de menos de ano e um dia de ocupação.

4.4.3 Da Descoberta

Você já achou alguma coisa, algum bem?

Pois saiba que há regulamentação legal, inclusive para os achados.

Segundo o Código Civil, artigos 1.233 a 1.237, o bem achado deve ser entregue a seu proprietário ou legítimo possuidor, se for encontrado, ou à autoridade competente.

A autoridade deve providenciar a divulgação do achado e, decorridos sessenta dias, não tendo sido encontrado o proprietário legítimo, o bem será vendido em hasta pública (leilão) e o valor apurado passará ao patrimônio do município onde foi encontrado.

Claro que há uma recompensa para quem achou o bem, nunca inferior a cinco por cento de seu valor. Há também direito à indenização pelas despesas que houver feito para conservação e transporte da coisa.

É importante afirmar que a lei prevê ressarcimento pelos prejuízos causados ao proprietário ou ao legítimo possuidor, se agir com dolo.

4.4.4 Da Usucapião

O Direito não assegura direitos ao proprietário que não manifesta interesse por suas coisas. Para esses casos, é admitida a transferência de propriedade para o possuidor, conforme condições dessa posse. Para que se concretize essa transferência, o interessado deve provocar o judiciário por meio de uma ação. A essa ação dá-se o nome de Usucapião. Usucapião é o modo de adquirir propriedade móvel ou imóvel pela posse pacífica e ininterrupta da coisa durante certo tempo.

A Usucapião varia dependendo do tipo de bem (móvel ou imóvel) e também da forma como foi adquirida essa posse. Posse com justo título e de boa-fé é aquela em que o possuidor tem a coisa, como se a houvesse adquirido. Nesse caso acredita o possuidor que a coisa seja legitimamente sua. Acontece essa situação quando a pessoa adquire a coisa de quem se diz proprietário, mas não o é.

I – Sobre bens móveis

Não é só sobre bens imóveis que se pode exercer a Usucapião. Também sobre os bens móveis é admitida.

II – Bens Imóveis

O direito à propriedade de bens imóveis pode ser pretendido pelo possuidor, nos prazos que variam de cinco a quinze anos.

Em cinco anos terá direito à Usucapião:

a) (Art. 1.239). Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

b) Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Em dez anos, terá direito à Usucapião:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestada mente, com justo título e boa-fé o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto nesse artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido moradia ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Em 15 anos, terá direito à Usucapião:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido nesse artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Como se vê, mesmo a posse de má-fé oferece direitos ao possuidor.

A posse contínua é a soma das posses do atual e dos seus antecessores, desde que todas tenham sido contínuas e pacíficas.

5. DEFESA DO CONSUMIDOR

O estudo dos direitos dos consumidores no Brasil nasceu algumas décadas antes da edição da Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Proteção e

Defesa do Consumidor (chamaremos pela abreviação mais comumente utilizada: CDC). A prova mais real dessa existência longínqua é a criação do Procon de São Paulo, (que é uma fundação) ocorrida em 1976, ano em que a defesa do consumidor tornou-se política pública no Estado de São Paulo. Como se sabe, porém, alguns anos antes já existia um grupo com endereço e sede, dedicando-se exclusivamente ao estudo da defesa de consumidores.

A questão que se impunha, desde há muito tempo, era que as relações de consumo nunca se resolviam perfeitamente pela aplicação do Código Civil. Essa Lei tem como um de seus pressupostos o fato de que as relações que se regem por ela se dão entre pessoas de capacidade intelectual, financeira e técnica compatíveis e equivalentes. Por isso, perante o Código Civil, os contratos têm a mesma força da Lei, devem ser fiéis à palavra dada, inclusive, podem ser celebrados verbalmente. Uma vez manifesta a vontade, o Código Civil obrigará ao contratante, o cumprimento das obrigações decorrentes dessa vontade.

Diante do CDC, as relações contratuais também têm força e os contratos também podem ser verbais. Mas, como logo se extrai do nome dessa Lei, há o claro pressuposto de uma desigualdade entre as partes contratantes. Esse pressuposto de desequilíbrio não existia e fazia-se necessário para proteger o consumidor e tornar o mercado de consumo um conjunto de relações harmônicas. Deram-se então poderes ao mais fraco, para que houvesse a igualdade entre as partes.

Observação: Códigos nada mais são do que leis, que também passam por processo de aprovação legislativa. Denominam-se códigos as leis que contêm um sistema jurídico próprio, com princípios próprios e alguns até exclusivos. O CDC tem esse nome porque traz alguns princípios aplicáveis somente às relações de consumo e também porque prevê sanções civis, administrativas e pena is específicas para as situações determinadas por ele.

O estudo do tema a seguir, assim como toda a apostila, faz-se, principalmente, para estudantes de outras áreas que não a jurídica. Por isso, o enfoque não está na localização dos direitos na lei, mas na explicação de termos técnicos, conceitos e direitos. Diante desse ponto tentamos fazer poucas referências a artigos e ilustrar idéias por meio de muitos exemplos.

5.1 Princípios e direitos fundamentais

5.1.1 Princípios do Código

O CDC possui alguns princípios próprios, instituídos por ele e somente se aplicam às relações de consumo, mas são obviamente influenciados por princípios constitucionais e de outros ramos do direito. São princípios próprios a vulnerabilidade do consumidor, ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, coibição aos abusos praticados no mercado de consumo e educação e informação constante dos

consumidores. Ainda há outros, mas os que interessam a nós, são as citadas.

O Código possui também alguns princípios constitucionais, diretamente importados da Constituição. Podemos afirmar então que as relações de consumo sempre têm como alicerce: dignidade, liberdade, justiça, igualdade, intimidade, vida privada,

honra e imagem e informação. Todos estes o CDC tratou de prever. O tratamento dado, inclusive, reforça seu caráter de sistema, de Código.

5.1.2 Direitos do consumidor

O CDC prevê direitos para o consumidor, em praticamente todas as suas disposições. No início do Código, também, há um rol de direitos básicos que norteiam toda a legislação relacionada e têm grande influência no momento da aplicação dos demais direitos e institutos previstos no CDC. Direitos básicos são aqueles que envolvem valores muito importantes em nosso Direito. Esses valores são os de que o fornecedor não pode descuidar em hipótese alguma no fornecimento de produtos e serviços. São eles: a proteção à vida, saúde, reparação integral de danos, segurança e informação adequada e clara.

Falar em reparação integral, no CDC, é prever que toda e qualquer lesão ao consumidor será reparada, seja ela moral, seja ela material, como veremos mais adiante.

Muitos direitos básicos foram simplesmente transportados da Constituição Federal ao CDC, para reafirmar sua importância no mercado de consumo. O legislador não precisaria, a princípio, dizer que a vida é direito do consumidor, porque ela é direito de todas as pessoas e está prevista em Lei hierarquicamente superior, que é a própria Constituição. No entanto há essa previsão porque o CDC é um sistema com princípios próprios, e a previsão do direito à vida dentro do CDC é fundamento direto para a prevenção, para nortear o Estado no momento de fiscalizar e regulamentar as relações de consumo.

5.1.3 Conceitos básicos 5.1.3.1 Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor criou um amplo conceito para determinar quais são os sujeitos das relações de consumo. Para o Código, qualquer pessoa pode ser consumidora, inclusive as pessoas jurídicas (empresas, associações, sindicatos, entre outros), bastando que haja utilização de produto ou serviço como destinatário final. Utilizar um serviço ou produto como destinatário final, essa é a intenção de usufruir daquele produto ou serviço para si. O consumidor não é intermediário, nem repassa ou revende o produto; ele o pretende para si. Essa é a definição típica das pessoas a quem a lei pretendeu proteger.

Mesmo quem não adquire um produto ou serviço diretamente, pode ser equiparado a um consumidor. O exemplo do avião da TAM, que causou acidente no bairro do Jabaquara, é típico dessa situação. As pessoas que estavam em casa, nada tinham a ver com o vôo que acabara de decolar.

Elas não haviam comprado passagem nem sequer sabiam a que horas o voo sairia. Mas, elas foram atingidas diretamente por um avião que se acidentou enquanto prestador de serviços no mercado de consumo. Todas as vítimas desse acidente e de todos os acidentes semelhantes equiparam-se ao consumidor e podem, portanto, pleitear indenização e reparação pelos danos sofridos com base no CDC. Assim, constatamos que a legislação relativa aos consumidores é protetora e fornece o melhor amparo para o consumidor dentre todas as leis vigentes.

5.1.3.2 Fornecedor

Também aqui, como o esperado, o Código estabeleceu um amplo conceito, não deixando de prever praticamente nenhum tipo de fornecimento. O legislador foi cuidadoso na descrição do papel dos fornecedores e no rol de pessoas que podem ser fornecedoras. Vejamos o próprio artigo de muito interpretação:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ainda os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Vê-se, portanto, que o Estado também pode ser considerado fornecedor. É o que ocorre, por exemplo, na prestação de serviços de gás, água, luz, telefonia e coleta de esgotos. Por consequência, as empresas concessionárias que prestem esse serviço, serão também classificadas como fornecedoras.

5.1.3.3 Produto

Mais uma vez temos a totalidade no conceito. Qualquer bem é produto. Pode ser móvel ou imóvel, material ou imaterial.

A compra de bens usados, sem dúvida, também caracteriza relação de consumo. Não importa que o bem seja novo ou não, mas a intenção de adquiri-lo como destinatário final. Pergunta-se, então: se toda vez que compramos automóveis usados, por exemplo, de outras pessoas, estamos amparados pelo CDC?

Não. É preciso atentar para o conceito de fornecedor. Para que haja aplicação do CDC, deve-se verificar a existência de: produto (ou serviço) e fornecedor. Se uma pessoa simplesmente vende à outra seu automóvel usado porque não o deseja mais e irá comprar outro, trata-se de uma relação civil comum, regida pelo Código Civil. O vendedor então seria considerado fornecedor se exercesse, nos termos do conceito de fornecedor, atividade de comercialização do produto, qual seja o automóvel.

Note, também, que o produto não precisa ter preço para ser inserido na relação de consumo. É comum a disponibilidade, via Internet, de alguns programas de computador de forma gratuita (antivírus, tocadores de

músicas, entre outros). Tal gratuidade não descaracteriza a relação de consumo.

5.1.3.4 Serviço

Serviço, para o Código, é atividade desenvolvida pelo fornecedor no mercado de consumo. Diga-se já que, ao contrário do que ocorre com os produtos, consideramos serviço para efeitos da legislação do consumidor a prestação de qualquer atividade, desde que não seja gratuita. Imagine, por exemplo, que um médico saia do hospital onde trabalha e encontre uma pessoa desmaiada na calçada. O médico corre para socorrer essa pessoa. Não se trata, evidentemente, de relação de consumo, pois não houve qualquer cobrança pela prestação do serviço; trata-se, pois, de um profissional agindo em conformidade com os princípios de seu ofício. Caso a pessoa desmaiada tivesse entrado no hospital e fosse atendida pelo mesmo médico, estaria caracterizada a relação de consumo.

5.1.3.5 Profissionais liberais

Não existe posição definitiva sobre se os profissionais liberais seriam fornecedores para os termos do CDC. É o que ocorre com o contador, advogado, médico, enfermeiro, entre outros. Quando esses profissionais atuam em uma empresa e esta é contratada, há, sem dúvida, a caracterização da relação de consumo. O mesmo fato não ocorre quando esses profissionais atuam individualmente.

A discussão ocorre porque a legislação do consumidor nasceu para proteger consumidores no mercado de consumo. Consumidores são pessoas vulneráveis, frágeis, suscetíveis a enganos. Entre um consumidor e uma empresa, por exemplo, existe grande desequilíbrio financeiro, técnico, entre outros. O mesmo princípio não ocorre entre um profissional liberal e um consumidor. Já não há o presumido desequilíbrio.

5.2 Da qualidade de produtos e serviços

Todos os produtos e serviços devem oferecer ao consumidor uma adequação, isto é, trazer em si a qualidade exigida para seu fornecimento. A informação sobre o produto também envolve essa adequação. Trata-se de um complemento inerente, que não pode ser desprezado.

Uma vez verificado pelo consumidor que o produto não possui a qualidade esperada, existe um prazo para reclamar o reparo ou a substituição desse produto ao fornecedor. Há dois prazos importantes de serem conhecidos: para produtos não duráveis (que se exaurem com o consumo): 30 dias a partir da entrega do produto; para produtos duráveis: 90 dias da entrega. Em se tratando de um produto alimentício, por exemplo, que esteja com sabor estranho, o consumidor deve entrar em contato com o fornecedor até trinta dias da aquisição. Ou, então, suponha-se que o consumidor adquira uma televisão, cujo controle remoto não funciona, logo o prazo será de 90 dias. Após esse tempo, o consumidor perde o direito da reparação gratuita do produto.

Note que esses problemas apontados são chamados vícios de fácil constatação. Como o esperado, a Lei previu também a hipótese de vícios que não se verificam com facilidade, ou que demoram para manifestar-se. Nesses casos, evidentemente, o prazo começa a correr a partir do momento em que se descobre o vício.

5.2.1 Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço

Fato do produto e do serviço significa o acidente de consumo. Trata-se de fatos decorrentes da utilização normal e adequada do produto e que causam danos ao consumidor.

O fornecedor, como se verá na análise da responsabilidade objetiva, sempre responderá pelos danos que seu produto ou serviço causar. Há algumas exceções, mas a verificação prática destas é rara, ou seja, o fornecedor, em regra, é obrigado a reparar por todo e qualquer dano.

Ocorre acidente de consumo (fato do produto), por exemplo, quando o consumidor bate seu automóvel em decorrência de um problema no freio. Ou então quando o consumidor manuseia uma furadeira adequadamente, mas vem a ferir-se porque faltava um dispositivo de segurança ou uma informação adequada e clara a respeito.

Veja que nessas situações sugerimos que ocorreu utilização correta do produto, por parte do consumidor. Nesses casos sempre haverá necessidade de o fornecedor indenizar o consumidor, não importando se o fornecedor teve qualquer parcela de culpa. O fato de pôr produto no mercado ou oferecer serviço que cause dano ao consumidor já é razão suficiente de responsabilidade.

Caso o produto esteja perfeito (com informações adequadas e claras) e o consumidor se fira, a responsabilidade será deste último. Veja, porém, conforme o citado acima, o quanto remota é essa possibilidade. Para que não haja responsabilização do fornecedor, é preciso que o consumidor e somente este cause o dano a si mesmo, seja porque não lê as instruções adequadas e claras, seja porque não manuseia o produto conforme as instruções.

5.2.2 Da responsabilidade por vício do produto e do serviço

A palavra vício no CDC representa o que, no dia-a-dia, denominamos defeito. Chamemos de vício, para não confundir com o conceito acima exposto. Vício é a característica do produto de qualidade ou quantidade que o torna inadequado ao consumo, diminua-lhe o valor ou represente disparidade entre o que é indicado na embalagem e o que contém no recipiente. Defeito é um problema apresentado pelo produto, que causa qualquer dano ao consumidor.

Conforme vimos, uma vez constatado um vício, o fornecedor tem trinta dias para solucioná-lo. Este prazo é importante para a compreensão dos direitos do consumidor. Imagine, por exemplo, que você adquire uma camisa na qual falta um botão ou um móvel no qual falta uma porta. O fornecedor não será obrigado a trocá-lo. Terá o direito de reparar o vício, devolvendo o

mesmo produto. Caso isso seja impossível ou caso não responda no prazo previsto, aí, sim, surge a possibilidade de exigir a troca, abatimento do preço ou devolução do dinheiro.

5.2.3 Da proteção contratual e da defesa do consumidor

5.2.3.1 Da proteção contratual

Este tópico representa, bem, mais um dos princípios do CDC. O Código estabeleceu, de plano, dezesseis cláusulas que seriam sempre abusivas, não importando o tipo de contrato ou a situação em que ocorreu a contratação. O rol exposto na Lei é exemplificativo, isto é, simplesmente dá alguns exemplos, podendo, perfeitamente, serem estabelecidas novas cláusulas abusivas pelo juiz de Direito ou pelos órgãos de proteção ao consumidor ao analisarem novos contratos.

Não falaremos de todas, porém das mais significativas para nós. O consumidor, aliás, não precisa conhecer nenhuma das cláusulas abusivas. Ainda que contrate com um fornecedor quaisquer cláusulas com esse condão, haverá de ser decretada sua nulidade por qualquer órgão de defesa do consumidor ou em ação judicial. Caso haja intenção de saber todas, basta ler o artigo 51 da Lei 8.078/90.

Exclusão da responsabilidade do fornecedor. Não pode o fornecedor prever, em contrato, que as disposições do CDC não se aplicarão a esse contrato. Vale dizer, ainda, que, caso o consumidor aceite e esteja plenamente ciente dessa cláusula, ela de nada vale, porque a responsabilidade do fornecedor decorre sempre da Lei e nunca será superada pela força de um pacto entre particulares.

Estabelecer obrigações iníquas e desproporcionais. Imagine um contrato, em que esteja previsto que o fornecedor enviará faturas de cobrança ao consumidor. O envio de faturas, porém, não ocorrerá todos os meses, dependendo da vontade do fornecedor. Nos meses em que a fatura não for enviada, o pagamento deverá ser feito por telefone, quando o fornecedor disponibilizará um único número que começa com 0300, cuja tarifa é de três reais o minuto. Nesse caso, percebe-se claramente que a obrigação do consumidor de pagar pelo serviço ou produto está desvirtuada, servindo de forma de remuneração do fornecedor. Trata-se de um indiscutível abuso.

Autorizar o fornecedor a mudar o contrato unilateralmente. Trata-se de impedir que o fornecedor altere, conforme sua única vontade, o que já foi pactuado. A simples previsão dessa possibilidade já é abusiva, como se vê. Sabemos, porém, que é comum a necessidade de alteração em contratos em massa, pois as empresas criam novos serviços ou por outras variadas razões precisam alterar os contratos. Seria custoso ao fornecedor dialogar com todos os consumidores, mas, sempre que houver alteração nesse tipo de contrato, é necessário informar o consumidor e dar a ele, pelo menos, a chance de manifestar-se sobre sua aceitação.

Transferir a responsabilidade para terceiros. É fácil a percepção de que uma cláusula, que transfere a outro a responsabilidade que deveria ser

do fornecedor, é abusiva. O CDC estabelece que o risco pela atividade exercida no mercado de consumo é do fornecedor. A responsabilidade pelo que seu contrato irá causar será dele e de quem mais estiver a seu lado na prestação de serviços e produtos (por exemplo: uma montadora de automóveis e uma concessionária, ambas são fornecedores).

5.2.3.2 Da defesa do consumidor em juízo

A facilitação da defesa do consumidor em juízo é, como se afirmou acima, um dos princípios do CDC. O consumidor deve saber que para ter sua proteção assegurada em juízo, é preciso um cuidado mínimo, resguardar-se, isto é, manter a comprovação de que existe uma ligação entre ele e o fornecedor. Caso queira demonstrar, por exemplo, que seu televisor estava com problema (vício), terá de demonstrar em juízo que adquiriu o televisor, com recibo ou nota fiscal. A prova com relação ao vício em si deverá ser feita pelo próprio fornecedor. Assim, cabe ao fornecedor demonstrar que não havia qualquer irregularidade no produto, provando que de sua linha de produção não sairia um produto com o vício apontado pelo consumidor. Se assim não for demonstrado, ele arcará com o prejuízo.

Na hipótese de acidente de consumo, é diferente. Vamos supor que um celular estoure e atinja duas pessoas. Uma delas não comprou o celular, logo não tem qualquer relação com o fornecedor. Quando se trata de acidente de consumo, porém, todas as vítimas equiparam-se aos consumidores.

Há, por fim, que se informar ao estudante que existe também previsão no CDC da defesa coletiva dos consumidores. O Ministério Público pode, por exemplo, propor ações para retirada de propagandas abusivas da televisão. As associações de consumidores podem questionar em conjunto, numa única ação, a cobrança de encargos bancários, protegendo assim todos os seus associados. Esse tipo de facilitação da defesa do consumidor interessa ao Estado e à sociedade. Ao Estado porque reduz a quantidade de processos que causariam a mesma discussão; à sociedade porque as associações e o Ministério Público travam uma batalha menos desigual com os fornecedores, principalmente, com fornecedores multinacionais. Num confronto entre pessoas jurídicas, o desequilíbrio de forças é menor. E nessa batalha o interesse público sempre está em jogo, pois pode envolver o direito de milhares de pessoas.

5.2.4 Responsabilidade objetiva

Outra inovação do CDC foi o estabelecimento da responsabilidade objetiva. O fornecedor que causa dano ao consumidor ou a qualquer pessoa, enquanto atua no mercado de consumo, deverá responder pelo dano em praticamente todas as hipóteses. Ou seja, basta constatar o dano sofrido e a relação entre o dano e o fornecimento do produto ou serviço pelo fornecedor.

Existem exceções, é claro, mas são três hipóteses bem restritas. A primeira delas é a prova de que o produto não foi colocado no mercado. Na famosa situação das pílulas de farinha, o laboratório deveria demonstrar que as pílulas foram descartadas de forma diligente e que um terceiro, de má-fé,

tê-las-ia colocado em circulação. A prova, como se vê, é extremamente difícil.

Outra hipótese é demonstrar que o produto colocado no mercado não possui problema. Por exemplo: uma lâmpada. O consumidor a instala em sua casa, mas no primeiro minuto de uso a lâmpada queima. O fornecedor deveria demonstrar, de forma pericial, que todos os testes necessários haviam sido feitos e que em nenhuma hipótese essa lâmpada poderia ter queimado nas circunstâncias apontadas. Outro caso de difícil demonstração. Caso não seja feita demonstração, o fornecedor precisará arcar com a reparação do dano.

A última hipótese, por fim, é a demonstração de culpa exclusiva do consumidor. Imaginemos agora que o consumidor adquira uma pilha, na qual há instrução clara e objetiva de que o produto não deve ser colocado na geladeira. Um consumidor descuidado, que acredita em tudo que lhe dizem, põe a pilha na geladeira durante uma noite e então passa a utilizá-la num aparelho de controle remoto. O aparelho quebra. O fornecedor, se puder demonstrar, por meio de perícia, que a pilha esteve acondicionada de forma inapropriada, em desacordo com as claras informações que foram dadas ao consumidor, não será responsabilizado. Note-se, nesse caso, que houve culpa exclusiva do consumidor. Se, por acaso, a informação na embalagem não estivesse totalmente clara, ambos teriam concorrido para o resultado: o fornecedor com sua negligência e o consumidor com sua incapacidade técnica. Aqui, a responsabilidade do fornecedor poderia inclusive ser atenuada, pois não fora ele, sozinho, que causara o dano, mas permaneceria a necessidade de indenizar o consumidor.

A legislação não previu caso fortuito ou força maior, como possibilidade de excluir a responsabilidade do fornecedor. Caso fortuito ou força maior podem ser considerados sinônimos. São eles: terremoto, tempestades, incêndios, acidentes não relacionados ao produto ou serviço, entre outros. Nesses casos, a responsabilidade do fornecedor também permanece. Vamos supor que uma televisão fique perto de uma cortina. Durante uma chuva muito forte, um relâmpago sobrecarrega a força da casa, causando um superaquecimento do televisor. Em decorrência disso, a cortina incendeia-se, queimando tudo que há no quarto. De acordo com o Código, a responsabilidade do fornecedor abrange a reparação por esse dano. Mas, por tratar-se de uma situação em que não há qualquer possibilidade de o fornecedor interferir (sequer preventivamente), poderia ser entendido também que, nessas situações, haveria exclusão da responsabilidade.

5.3 Das práticas abusivas e comerciais

5.3.1 Das práticas abusivas

O CDC estabeleceu que algumas práticas são inaceitáveis no mercado de consumo. Mas, não se limitou a estabelecer que existiam tais práticas; o CDC foi além, determinando algumas práticas que, pela experiência do legislador, existiam e deviam desde aquele momento ser proibidas. A imaginação do legislador alcançou doze situações gritantes que ele não

deixaria perdurar. Mas foi muito claro na redação do artigo, como se dissesse: “Aqui estão as práticas abusivas, mas não limitam-se a estas”.

Ou seja, eram apenas alguns exemplos, possibilitando ao juiz e aos órgãos de defesa do consumidor, a qualquer tempo, dizer quais outras práticas são igualmente abusivas. Vejamos as principais situações previstas pelo Código:

Venda Casada

É proibido ofertar produtos obrigando o consumidor a adquirir um outro. Ocorre, por exemplo, quando um cartão de crédito é vendido com um seguro embutido. Ou uma conta-corrente que só é aberta mediante a contratação obrigatória de título de capitalização. Vê-se, porém, que a oferta de produtos em conjunto não constitui prática abusiva, mas somente a impossibilidade de adquirir um sem adquirir outro.

Recusar-se a atender aos pedidos dos consumidores enquanto houver produtos em estoque

Imaginemos uma concessionária que se negasse, sem qualquer fundamento, a atender a um comprador de automóvel porque ele é feio e por isso causaria má impressão usando o produto. Trata-se de atitude discriminatória, proibida, portanto. Também não pode o fornecedor, ainda que encerrado seu estoque, recusar-se a vender produtos caso o costume exigisse que ele tivesse estoque para tanto. É o exemplo do supermercado que anuncia nacionalmente uma superpromoção de venda de televisores por um décimo do preço. Milhares de pessoas vão à loja e descobrem que só havia duas unidades à venda. Tal prática é inadmissível, porque a rede deveria saber que o número de interessados seria bem maior.

Enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço.

Os fornecedores podem enviar produtos sem o consumidor pedir, mas não podem cobrar por esse produto. São considerados, nesse caso, amostras grátis. O mesmo fato não ocorre com serviços. Serviços gratuitos não se consideram objeto de relação de consumo, portanto, se o serviço for gratuito, não há problema. O serviço fornecido deve ser cobrado para configurar-se como prática abusiva.

Prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, baseando-se na sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços

Não é necessário grande explicação acerca dessa proteção ao consumidor. O legislador começou sua lei preocupado em proteger o consumidor, logo se destaca a grande violência moral que ocorre com o abuso da condição especial do consumidor, para facilitar sua adesão ao produto ou serviço oferecido. Logicamente, não se trata de cercear o estudo de mercado feito pelo fornecedor e a seleção do público alvo. Os produtos e serviços podem livremente ser oferecidos para as pessoas a que se destinam, não há mal nisso. Há prejuízo em repisar a fraqueza ou ignorância, pois, como já

vimos, o consumidor é fraco por natureza em relação ao fornecedor e a exploração dessa fraqueza é falta grave a que os fornecedores não podem permitir-se.

Exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva

Ao lermos essa disposição, é preciso saber o que se compreende por manifestamente excessivo. Manifesto, no caso, é palavra que designa algo claro, de fácil aferição, evidente. Logo, trata-se de uma situação em que não há razoabilidade entre as obrigações impostas a cada parte. Por exemplo: quando se exige que o consumidor deva pagar por quatro anos pela assinatura de uma revista, não podendo desistir nem reaver o dinheiro.

Elaborar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes

Imagine que um dia você saia de sua casa para trabalhar, deixando aviso na portaria de que virá um homem da empresa "X" consertar o lava-louças. O funcionário pega a chave e realiza o serviço com perfeição. Tamanha é a perfeição e a certeza de que o cliente ficará satisfeito, que o consertador aproveita também para pintar a geladeira que estava com a lata enferrujada, desentupir a pia e para completar ainda lava todas as janelas. O serviço fica perfeito, mas não era exatamente a hora de ser executado, pois o consumidor sequer imaginava que o preço alcançaria a inacreditável marca de dez vezes o orçamento original. Logicamente, trata-se de um abuso. Cabe, enfim, ao consumidor dizer quando é hora de consertar e melhorar os bens que possui.

Repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos

Imagine uma mulher que, passando por uma rua de comércio, deparou-se com um palhaço que, em cima de uma escada, anuncia diversos produtos, sempre fazendo os melhores gracejos que pode, o que diverte muito as pessoas que aguardam o ônibus em frente à loja. Pois bem, essa mulher aproveita as ofertas e entra na loja. Compra várias coisas pelo preço de 99 centavos. Ao pagar os produtos, a conta final aponta o troco de quatro centavos. Ela aguarda o troco, pois, em verdade, nem se deparara que a quantia era tão pequena. O caixa afirma que não tem moedas de um centavo e dá um sorrisinho como quem diz "Deixe de ser pão-dura." Até a consumidora desistir, a situação leva alguns minutos e a fila engrossa. O palhaço, ao perceber a confusão, do alto de sua escada, anuncia para todos na rua: "Vejam esta mulher que mesquinha, fazendo arruaça por tão pouco!" E todos riem. Essa situação, evidentemente, é inadmissível. Vale dizer, nessas situações, pouco importa caso se trate de uma ninharia; o fornecedor deve atender ao consumidor sem jamais o expor ao ridículo.

Colocar no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou para entidade

credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO

Trata-se de um exemplo da intervenção do Estado nas relações de consumo. Sempre que houver previsão legal que disponha sobre um produto ou serviço, o fornecedor deve observá-las sob pena de sofrer sanções administrativas e penais previstas no Código.

Elevar sem justa causa o preço de produtos e serviços

Tal disposição é muito importante, por exemplo, nos produtos em torno dos quais o consumidor desenvolve hábitos, como contas bancárias, cartões de crédito, revistas, entre outros. Imagine o consumidor recebendo a notícia de que a tarifa de manutenção de sua conta bancária hoje é três vezes o valor cobrado no ano anterior. Como ele poderia prever esse aumento? Como fará para transferir todos os seus recursos para outro banco? Isso leva tempo e o consumidor tornou-se refém da situação, não podendo escapar dela sem um alto preço. Tampouco se pode argumentar que o consumidor tem o direito de escolha, pois, se não quer um produto, que adquira outro. Ora, o fornecedor trabalha para conquistar o consumidor, para que ele se torne fiel ao seu produto. Depois de criar uma dependência (muitas vezes até saudável em caso de produtos de boa qualidade), não se pode exigir do consumidor um preço excessivo. Além disso, o consumidor possui, de fato, o poder de escolha, mas um poder limitado, já que o mercado não apresenta ofertas infinitamente variadas.

5.3.2 Das práticas comerciais

Esta parte do CDC regula a oferta, a publicidade, as práticas abusivas, a cobrança de dívidas e os bancos de dados e cadastros de consumidores.

Vamos a eles.

5.3.2.1 Oferta

Oferta é o meio pelo qual o fornecedor diz qual é o seu produto ou serviço, suas características e funções, demais informações pertinentes, ainda o preço. A legislação do consumidor exige que as informações necessárias sejam sempre divulgadas. Não existe, porém, uma regra que defina perfeitamente todas as situações e as informações que devem ser dadas. Podemos explicar melhor por exemplos. Não se pode divulgar a venda de um apartamento sem deixar claro onde ele fica, ou pior, fazer qualquer referência ao consumidor de forma que este imagine uma localidade mais nobre do que a que se pretende empurrar. O mero exagero é tolerado, desde que moderado. Exemplo de mero exagero tem-se num anúncio ao se afirmar que a vista do apartamento é a mais bela de São Paulo. Não se trata de uma enganação, ainda que não seja a vista mais bela, porque beleza é um conceito variável, subjetivo.

5.3.2.2 Publicidade

Publicidade pode ser definida como a divulgação de idéias com fins de vender produtos e serviços. Essa seção legal começa com uma advertência

importante, e pouco observada diariamente: toda publicidade deve ser identificada como tal, de forma pronta e imediata. Geralmente é fácil a identificá-la. Ninguém se confunde quando o apresentador faz uma publicidade durante seu programa, ou quando se lê um outdoor ou, ainda, uma chamada publicitária no jornal. Em regra, é fácil identificar a publicidade. Mas ainda há muito desrespeito com o chamado merchandising. É comum em telenovelas o abuso por esse tipo de publicidade. Merchandising não se confunde com o mero uso do personagem de um produto, afinal, se assim fosse, toda vez que o personagem vestisse roupa ou andasse de ônibus haveria merchandising. Merchandising ocorre quando o produto é inserido no contexto para alcançar a venda, expondo-o pelo nome, pelas qualidades ou por mera apresentação ostensiva.

Nessa seção da Lei também está a publicidade enganosa e abusiva. Publicidade enganosa é a que leva o consumidor a cometer erro acerca do produto ou serviço que chamou sua atenção. É caso do produto apresentado, com possibilidades mágicas, na televisão, mas estas não se verificam nem se poderiam verificar. Um exemplo típico de enganação é o anúncio de uma meia-calça que consegue guinchar um carro.

Publicidade abusiva é outra forma de publicidade ilegal, totalmente diversa da enganosa. O legislador quis proteger todas as pessoas, possíveis consumidoras, de agressão aos seus valores (quaisquer que fossem), bem como a própria segurança. Ficou famosa a propaganda de um homem que se atirava pela janela para alcançar uma bolacha. Outra propaganda considerada abusiva era a que mostrava uma criança destruindo suas sandálias no liquidificador, para que a mãe comprasse novas, exatamente as anunciadas na televisão. Crianças são muito suscetíveis ao comportamento de seus ídolos ou dos símbolos em que acreditam, por isso havia grande possibilidade de que elas danificassem eletrodomésticos, destruíssem sandálias e se machucassem, e, ainda, desenvolvessem valores equivocados a respeito dos bens que possuem.

A publicidade pode ser enganosa por omissão também. Basta que falte informação, esta essencial para a escolha do consumidor, mas omitida propositadamente pelo anunciante.

5.3.2.3 Cobrança de dívidas.

Sobre a cobrança de dívidas, afirma-se que o Código estabeleceu mais uma proteção importante. Para o legislador, proteger o inadimplente de abusos e ilegalidades não é homenagear a inadimplência, mas tão somente evitar a selvageria na obtenção do retorno do crédito dado por opção do próprio fornecedor. Ora, o fornecedor sempre assume risco ao fornecer produtos e crédito. Se o consumidor não lhe paga, ainda que aja de má-fé, o fornecedor não tem o direito de ultrapassar as vias normais de cobrança. Nesse caso, o próprio fornecedor arcará com as conseqüências de poder atuar no mercado e obter lucro. O mercado de consumo não pode curvar-se à sua vontade; ele deverá de conformar-se com a lei. Pois bem, não pode o fornecedor expor o consumidor ao ridículo, constrangê-lo ou ameaçá-lo.

Expor ao ridículo é enviar cartas em cuja parte externa do envelope e com letras garrafais é lido: COBRANÇA.

Constranger é causar humilhação, com agressões verbais. Por fim, ameaçar é sugerir medidas ilegais, como agressão física, em casos extremos. Ameaça de medidas legais, como ajuizar ação de cobrança, não é proibido pelo CDC.

6. DO PROCESSO

É da natureza do ser humano a busca e o interesse constante por bens que o circundam. Porém, muitas vezes, mais de um indivíduo se interessa por um mesmo bem, fazendo nascer um conflito, cujo objetivo é determinar a quem esse bem realmente pertence.

E muitas foram as formas, no decorrer da história, para resolver conflitos dessa natureza. Se, no início da história da humanidade, tais conflitos resolviam-se por intermédio da força e da violência, saindo o mais forte como legítimo detentor de um bem, hoje, na maioria dos países do mundo, os conflitos são resolvidos de forma organizada por entidades criadas pelo Estado.

Em nosso país, a entidade legítima, para resolver os conflitos de interesse entre os indivíduos acerca de um determinado bem comum, é o Poder Judiciário.

O meio pelo qual um indivíduo pode utilizar-se para resolver os conflitos de interesses se denomina **ação judicial**.

Portanto, "ação" é o direito que um indivíduo tem de procurar o Estado para fazer valer um direito seu que entende estar sendo violado. Uma vez intentada ação, caberá ao Estado, obrigatoriamente, decidir sobre o conflito.

No Brasil, existem diversos regramentos para as diferentes modalidades de ações judiciais. Cada um deles dita as regras pelas quais elas serão processadas. Dentre todos os processos existentes, três figuram entre os mais frequentes e conhecidos pela sociedade: o processo civil, o processo trabalhista e o processo penal.

Cada um deles segue um conjunto de regras e peculiaridades próprias de suas matérias.

Aqui nos ocuparemos de estudar o processo civil, o de maior utilidade para a maioria dos problemas cotidianos, referentes aos conflitos mais corriqueiros da sociedade, como: os conflitos de família, de propriedades, de sucessão de bens (herança) entre outros. Ao final apresentamos algumas considerações sobre os outros dois.

Começemos, portanto, por determinar quais são os requisitos, para que um indivíduo possa intentar uma ação judicial dentro dos limites do processo civil.

6.1 Da Ação

6.1.1 Condições da Ação

São três as condições que devem, obrigatoriamente, presentificar-se, para que um indivíduo possa ajuizar uma ação judicial.

Possibilidade jurídica do pedido

Toda ação judicial tem como finalidade resolver um conflito. O sujeito procura o Estado com a intenção de que seja reconhecida como legítima sua relação com um determinado bem. Desse modo, para que uma ação seja válida, essa relação com o bem e o próprio bem deve consistir em variantes possíveis no mundo jurídico.

Por exemplo: um sujeito ajuíza uma ação judicial com a pretensão de que a Lua seja reconhecida como de sua propriedade.

Esse pedido será juridicamente impossível, levando-se em conta a Lua não pode ser propriedade de ninguém, pois está fora dos bens regulados por nosso direito.

Ainda, é sabido que as dívidas de jogo não constituem um direito reconhecido por nossa legislação. Essa regra vem expressa no Código Civil, no art. 814. Vejamos:

Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento(...)

Assim, se um indivíduo fizer uma aposta e ganhar, não recebendo o prêmio do perdedor, não poderá ajuizar uma ação para o fim de receber o valor apostado, uma vez que a lei é clara ao determinar a impossibilidade jurídica do pedido.

Logo, fica claro que a possibilidade jurídica do pedido é um requisito essencial para o direito de ação, sem o qual ela não poderá prosseguir.

Interesse de agir

O interesse de agir, é também requisito essencial para a propositura da ação, podendo ser entendido sob dois aspectos.

Tem vontade de agir o indivíduo que busca o amparo do Estado, para resolver um conflito de interesse a respeito de um bem que entende como seu.

Há, porém, outro aspecto do interesse que deve ser considerado. É o da necessidade do indivíduo de socorrer-se do Estado, para resolver uma determinada situação. É a demonstração de que, sem o amparo do Estado, não haveria meios de resolver o conflito, no qual se vê envolvido. E é a necessidade de que esse conflito seja realmente resolvido. Por exemplo: imagine um indivíduo que ingressa em juízo para pedir que uma empresa lhe devolva os valores gastos por ele em uma determinada compra. Porém, no decorrer do processo, o juiz percebe que tais valores já foram

devolvidos para o autor, “por fora”. Nesse caso, faltará ao autor o interesse de agir, uma vez que seu pedido já terá sido administrativamente atendido.

Legitimidade

A terceira e última condição essencial para o ajuizamento da ação é a legitimidade, ou seja, o indivíduo que deseja ingressar em juízo deve ser o titular do interesse que pretender ver resolvido.

Se o conflito a ser solucionado não disser respeito à pessoa do indivíduo que ajuíza uma, essa ação também não poderá ter seguimento.

Cabe lembrar que a legitimidade deve vir presente tanto no lado de quem demanda a ação, como do lado de quem é demandado. Ou seja, se ficar comprovado que o réu não possui qualquer relação jurídica com o conflito, também faltará a legitimidade de parte e a ação não poderá prosseguir.

Só aquele que é detentor do imóvel pode cobrar o aluguel do inquilino. Só aquele que está alugando um imóvel é que pode ser cobrado.

6.1.2 Da Carência da Ação

Assim, vimos que os requisitos essenciais da ação são: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade. Toda vez que o juiz deparar-se com a falta de um desses requisitos, declarará que o autor (indivíduo figurante no pólo ativo da ação) é **carecedor da ação e extinguirá o processo** de acordo com o que dispõe o Código de Processo Civil em seu art. 267:

Art. 267: Extingue-se o processo sem julgamento do mérito(...) VI – quando não ocorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

6.1.3 Classificação das Ações

Em toda a ação pretende o indivíduo obter uma providência do Estado, a qual pode ter, basicamente, três características: pode consistir simplesmente em uma decisão sobre um determinado conflito; pode consistir em atos de execução, cujo objetivo é forçar o devedor a pagar sua dívida, e pode consistir em uma medida cautelar que visa à proteção do bem, objeto do conflito, enquanto este ainda está em discussão.

Assim, as ações podem ser classificadas de acordo com a providência a ser tomada pelo Estado. Vejamos quais são essas ações.

6.1.3.1 Ações de Conhecimento

As ações de conhecimento são divididas em três categorias: ações declaratórias, ações constitutivas e ações condenatórias.

Chamamos de ações de conhecimento aquelas em que o juiz deverá decidir sobre o conflito, dando razão a uma das partes por meio da sentença. Conhecendo o conflito, analisando as razões apresentadas pelo autor e as

razões apresentadas pelo réu, o juiz decidirá quem é realmente o detentor do bem objeto da discussão. Passemos então a examinar cada uma das categorias das ações de conhecimento.

Ações Declaratórias

Na ação declaratória, o objetivo é obter do poder judiciário a declaração da existência de um direito. O conflito, nesse caso, consistirá na incerteza de uma relação jurídica, que a ação deverá desfazer, tornando clara uma situação que se encontra às escuras.

Imaginemos um sujeito que quitou uma dívida com seu credor. Porém, esse credor alega que não recebeu a quantia paga e continua a cobrar o sujeito. Para eximir-se desse pagamento

e comprovar que já efetuou o débito, o sujeito deverá ingressar com uma ação declaratória de inexistência de débito, ou seja, seu objetivo será obter uma decisão do juiz, declarando que a dívida não existe mais.

Ações Condenatórias

Nas ações condenatórias, o indivíduo já tem a certeza de uma relação jurídica, mas pretende que o juiz aplique alguma penalidade contra o réu. A ação condenatória, portanto, pressupõe a existência de um direito violado.

É o caso, por exemplo, do sujeito que busca indenização por danos morais contra uma empresa de cartão de crédito, a qual inscreveu indevidamente seu nome no SERASA ou no SPC. Se o juiz concordar com seu pedido, condenará a empresa a pagar uma indenização.

Ações Constitutivas

As ações constitutivas assemelham-se às ações declaratórias. Diferem, no entanto, no momento em que o juiz declara uma relação jurídica e, em razão dessa relação, determina que seja modificada, extinta ou criada uma determinada situação.

Por exemplo: uma ação que tenha por finalidade rescindir um contrato de aluguel por falta de pagamento do locatário. A relação jurídica já existe, entre o locador e o locatário, uma vez que no contrato está prevista a rescisão do contrato por falta de pagamento. Assim, o juiz, verificando que realmente o locatário está inadimplente, declarará rescindido o contrato, modificando a situação anterior.

6.1.3.2 Ações Executivas

As ações executivas têm o objetivo de fazer com que o devedor pague o credor. Uma vez ajuizada a ação executiva, a qual também chamamos de execução, o juiz determinará que o réu pague o débito em 24h para o credor. Se o réu não pagar, deverá indicar os bens que possui e estes serão penhorados, para que seja garantido ao credor o recebimento do valor da dívida.

O juiz determinará que um oficial de justiça se dirija ao domicílio do réu, e que lá nomine os bens deste, os quais serão penhorados para garantir que a execução será cumprida.

Esses bens, portanto, passam a ser bens reservados com o objetivo de garantir ao credor o recebimento do valor que está sendo executado.

Durante o processo, o réu poderá efetuar o depósito em dinheiro do valor que está sendo executado, para evitar que seus bens sejam penhorados, ou, caso já tenham sido, para desconstituir a penhora. Esse depósito é feito em uma conta judicial da justiça, onde o dinheiro ficará guardado até o fim do processo, quando passará para as mãos de quem propôs a execução, ou voltará para as mãos do executado, se conseguir provar, por qualquer motivo, que essa execução não tinha fundamento.

Para ingressar com uma ação de execução, é preciso ter a posse de um título executivo. Apenas estes podem motivar uma execução. Esses títulos executivos podem ser judiciais ou extrajudiciais, dependendo de sua natureza. Tais títulos são discriminados nos artigos 584 e 585 do Código de Processo Civil. Para exemplificar, podemos citar a **sentença**, como um título executivo judicial e o **cheque**, como título executivo extrajudicial.

Vejamos um exemplo prático, para que fique mais claro.

Imaginemos que, em uma ação condenatória, a sentença determina que o réu deverá pagar ao autor a quantia de R\$1.000,00. O réu pode pagar por livre e espontânea vontade, cumprindo com o que o juiz determinou na sentença, ou pode deixar de pagar.

Nesse segundo caso, o autor poderá executar o réu com fundamento no título executivo que detém, ou seja, a própria sentença. Por meio da ação de execução, poderá obter sua pretensão. Ele pedirá, para que seja executada a sentença.

O mesmo fato ocorre com o cheque. Imaginemos que um lojista receba um cheque em troca de um televisor vendido. Ao comparecer ao banco, ele verifica que o cheque não pôde ser sacado porque o emissor estava sem dinheiro na conta; tratava-se de um cheque sem fundos. Esse cheque, por si só, representa um título executivo. Não há necessidade de ingressar com uma ação judicial de conhecimento, ou uma condenatória; basta diretamente ingressar com a ação de execução.

6.1.3.3 Ações Cautelares

Também chamadas de ações preventivas, têm como objetivo proteger um bem jurídico que está ameaçado, em razão de um conflito que está sendo decidido no processo.

Como se sabe, o andamento de um processo não demanda pouco tempo. Muitas vezes, pode ocorrer que a demora em resolver uma determinada situação gere a ineficácia da medida final em virtude da deterioração do bem ou mesmo sua degradação total.

Assim, uma vez intentada uma ação cautelar, o juiz deverá apenas verificar se estão presentes dois requisitos: *o fumus boni iuris* e *o periculum in mora*. Por *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), entende-se que o pedido formulado pelo autor atende aos ditames legais de sua fundamentação. Por *periculum in mora* (perigo da demora), entende-se que a demora em resolver uma situação poderá acarretar prejuízos irreversíveis para o demandante.

Se estiverem presentes esses dois requisitos, o juiz poderá determinar a medida cautelar que fará com que o bem discutido seja preservado.

Por exemplo: imaginemos que um sujeito propõe uma ação judicial para discutir a quem pertence um quadro, que se encontra sob o poder de outro indivíduo. Durante o processo, surge a notícia de que o quadro está sendo vendido em um leilão. Nesse caso, para preservar o bem e impedir que ele desapareça, o sujeito poderá entrar com uma ação cautelar, pedindo que o bem seja preservado. Se o juiz verificar que o sujeito apresenta indícios de ser o verdadeiro detentor do quadro, mandará que o oficial de justiça faça a apreensão do bem, que ficará guardado, até que se encerre a discussão sobre quem é realmente seu dono.

6.1.4 Competência

Vimos acima que existem diversos campos do processo judicial, como o processo trabalhista, o processo penal e o processo civil. Porém, a competência para resolver os conflitos em cada uma dessas áreas pertence, de maneira idêntica, ao Estado pela jurisdição.

Para dirimir os conflitos de interesses em todas essas áreas tão diversas, existem divisões e distribuições de **competências** dos órgãos do Estado. Existem os tribunais regionais do trabalho, para os conflitos trabalhistas; os tribunais de justiça, para as causas cíveis e criminais; os tribunais eleitorais, para as causas que envolvam questões relacionadas ao direito eleitoral, entre outros.

Existem também divisões dentro dos órgãos da jurisdição. Dentro do tribunal de justiça, existem juizes, cuja competência é exclusiva para as causas criminais, e outros, cuja competência é exclusiva para causas cíveis. Portanto, chamamos de competência a abrangência de um determinado órgão ou de um determinado juiz a respeito de um determinado assunto.

A ação que for direcionada para um juiz incompetente, ou seja, não autorizado a decidir sobre ela, qualquer que seja o motivo, pode implicar a extinção do processo.

Existem, portanto, critérios, subjetivos e objetivos, para determinar qual será o juiz competente, para decidir determinadas ações.

6.1.4.1 Critérios Objetivos

Critérios objetivos são aqueles diretamente relacionados às características do conflito, como a natureza da matéria que se discute, as condições particulares das pessoas e o valor da causa.

Em relação à matéria, a lei atribui a determinados juízes a competência exclusiva para conhecer e decidir certos conflitos. Essa atribuição é determinada por critérios meramente práticos ou políticos, não seguindo qualquer ordem científica. Assim, por exemplo, as causas que envolvam matérias relacionadas a órgãos ou entidades federais, por exemplo: aposentadoria, fundo de garantia, entre outros, devem ser levadas à discussão na Justiça Federal. Causas que versem sobre questões trabalhistas, devem ser levadas aos juízes trabalhistas; causas que versem sobre matéria criminal, devem ser levadas a juízes criminais.

Em relação às condições das pessoas, existem também algumas regras que ditam quais serão os órgãos do Estado com competência para apreciar a causa. Por exemplo: crimes praticados por governadores do Estado, que deverão ser diretamente levados a exame nos Tribunais de Justiça; crimes cometidos pelo Presidente da República, que deverão ser levados a exame diretamente no Supremo Tribunal Federal.

Como último critério objetivo, está a condição do valor da causa. Toda vez que se ajuíza uma ação judicial, deve-se dar um valor à causa, ou seja, deve-se determinar qual é o valor envolvido nesse conflito.

Por exemplo: as causas que não ultrapassam o valor de 40 salários mínimos devem ser levadas aos juizados especiais cíveis, que têm um procedimento muito mais rápido que os juizados comuns.

6.1.4.2 Critérios Subjetivos

Os critérios objetivos não são suficientes para determinar a competência, uma vez que existem juízes do mesmo tipo em relação a critérios espalhados por todo o território nacional. Para resolver esse problema, existem também critérios subjetivos para se determinar qual será o juiz competente, para apreciar e decidir uma determinada causa.

6.1.4.3 Competência Territorial

A regra geral do processo civil é de que as ações, que versem sobre questões pessoais e bens móveis, devem ser propostas sempre no foro relativo à área do domicílio do réu.

Foro é a região dentro da qual o juiz exerce suas atividades.

Porém, mesmo sendo a regra geral a propositura da ação no foro do domicílio do réu, existem diversas questões, cujo foro competente é escolhido pelo Código de Processo Civil.

Como exemplo, podemos citar:

É competente o foro da residência da mulher para a ação de separação; o foro do lugar do ato ou do fato, para ação de reparação de danos e o foro do **autor** nas ações de reparação de danos causados por acidente de veículos.

6.2 Dos Processos

Passemos agora a entender o funcionamento do processo judicial. Em primeiro lugar, o processo é composto das partes, autor e réu. Essas partes podem ser compostas por uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas.

Muito bem, presentes as partes, exposto o conflito e formado o processo, o juiz deverá analisar todo o caso e proferir sua sentença.

Uma vez proferida a sentença, surge para o perdedor a possibilidade de recorrer. Essa possibilidade sempre existirá em razão do princípio constitucional chamado “duplo grau de jurisdição”, ou seja, toda pessoa que sair perdedora em um processo judicial, seja ele de qualquer natureza, terá o direito de que essa decisão seja revista pelo recurso.

O recurso mais conhecido e o que expressa melhor essa possibilidade é o recurso de apelação. Ele faz com que toda a matéria discutida no processo seja levada aos Tribunais, quando será novamente apreciada por juízes mais experientes, os quais são chamados de Desembargadores.

No Estado de São Paulo, o Recurso de Apelação leva cerca de dois anos apenas para receber um número no Tribunal. Esse número serve, para que o indivíduo possa acompanhar o andamento do recurso e saber se ele já foi julgado. Porém, em média, após receber o número, o recurso de apelação leva cerca de cinco anos para ser julgado.

Essa demora deve-se a diversos fatores, dentre os quais o número pequeno de desembargadores e juízes em comparação com o número cada vez maior de ações.

Quando, enfim, for julgado o recurso de apelação pelos desembargadores, não haverá mais a possibilidade de recorrer a não ser em dois casos.

Se a decisão dos desembargadores violar uma **Lei Federal**, como, por exemplo, o Código Civil ou o Código de Processo Civil, poderá ainda ser interposto o **Recurso Especial** que é dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

Se a decisão dos desembargadores violar a **Constituição Federal**, poderá ser interposto o **Recurso extraordinário**, que é dirigido ao Supremo Tribunal Federal.

Tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça ficam em Brasília e recebem recursos especiais e extraordinários de todos os Estados do Brasil. Os juízes que nesses tribunais atuam, são chamados de Ministros e nomeados pelo Presidente da República.

6.2.1 Juizado Especial Cível

O Juizado Especial Cível foi criado para a resolução rápida e prática de conflitos, cujo valor não ultrapasse 40 salários mínimos. Ou seja, os casos do dia-a-dia, como acidentes de veículos, problemas com operadoras de telefonia ou cartões de crédito, podem ser todos resolvidos nesse sistema, (desde que o valor não ultrapasse o mencionado acima), que realmente é muito mais rápido do que a justiça comum.

Nesse tipo de juizado, o indivíduo pode inclusive dispensar um advogado, desde que o valor de sua causa seja de até 20 salários mínimos.

Nesse caso, ele se dirige a um dos anexos dos juzados especiais (muitos deles são em Universidades, como o da UNIP – BACELAR) e conta seu caso para um dos funcionários.

O funcionário redigirá uma simples petição, em que constarão todas as informações prestadas pelo autor, e dará entrada no processo, gratuitamente.

Será então designada uma audiência de tentativa de conciliação, para que as partes tentem entrar em um acordo. Não havendo acordo, será designada uma nova audiência que contará com a presença do juiz. Nessa ocasião, será feita nova tentativa de acordo e, não havendo resultado, o juiz decidirá o caso, pela sentença.

Da sentença proferida pelo juiz, poderá haver o recurso, que será dirigido para o Colégio Recursal. Para recorrer, é imprescindível um advogado, pois só ele pode assinar o recurso.

Assim, todo o andamento do processo no Juizado Especial Cível, em média, não leva mais que dois anos, contando com o julgamento do recurso.

6.2.2 O Processo Penal

As ações penais, diferente das ações cíveis, não podem ser de tantas diferentes maneiras. Elas são, em geral, apenas duas: a Ação Penal Pública e a Ação Penal Privada.

Essa diferença se dá em razão da natureza do crime. A ação penal pública é ajuizada pelo Ministério Público, e, não, pelo sujeito que sofreu o crime. A maioria dos crimes é processada dessa maneira, quando o Ministério Público intervém no lugar da vítima do crime. É a repressão do Estado contra o criminoso, e, não, a repressão da vítima contra ele. É o Estado que processa o criminoso.

Porém, existem também os crimes que só podem ser julgados por ações penais privadas, ou seja, a pessoa ofendida é que processa o criminoso. São crimes, no geral, que afetam a honra da pessoa, que pode decidir se processa ou não o criminoso. Crimes de injúria, calúnia, difamação, em geral, os de natureza menos grave. Com exceção do estupro, um crime gravíssimo que só pode ser apurado se a vítima desejar entrar com a ação.

Os crimes dolosos contra a vida, como homicídio, tentativa de homicídio, entre outros, são julgados pelo júri, cuja idéia é a de que os criminosos, nesses crimes, sejam julgados por seus semelhantes. O voto dos jurados é secreto e a decisão apurada não pode ser objeto de recurso. Ou seja, o que o júri decidir, será aplicado ao criminoso.

Existem alguns princípios básicos que devem sempre ser atendidos no processo penal. O primeiro deles é que “ninguém pode ser considerado culpado, até que o processo termine definitivamente”. Vale dizer, às vezes,

que um sujeito é condenado por um crime, mas recorre da decisão. Enquanto seu recurso não for apreciado, ele não pode ser considerado um criminoso, por quem quer que seja. Muitas vezes vemos na televisão acusações, afirmando que tal político está sendo processado, como se já tivesse sido culpado.

Porém, esse princípio deve ficar muito claro. Ser processado não é a mesma coisa que ser condenado. E a pessoa só é considerada condenada quando existe uma sentença da qual não cabe mais nenhum recurso. Enquanto houver a possibilidade de recorrer, ninguém pode ser considerado culpado.

Recentemente, uma jovem, que estava presa, acusada de matar os próprios pais, foi solta, causando revolta em muitos setores da sociedade. Por mais que todos saibam ser ela a culpada pela morte dos pais, o fato é que ela ainda não foi julgada. Realmente, a falha é da justiça por demorar tanto tempo para julgar um crime. Mas, como vimos, ninguém pode ser considerado culpado, até que seja definitivamente julgado.

Outro princípio é o de que “o crime não passa da pessoa que o praticou”. Ou seja, ao contrário do processo civil, quando uma dívida pode continuar a ser cobrada dos filhos de um indivíduo, por exemplo, no processo penal apenas aquele que praticou o crime, deve responder por ele. O crime não passa de sua pessoa.

A pena máxima que um criminoso pode cumprir, em nosso país, é a de 30 anos de reclusão, ou seja, 30 anos preso. Pode ocorrer que, em um processo, o criminoso seja condenado a mais de 30 anos. Porém, ao ser executada, a pena máxima que pode ser cumprida é de 30 anos.

Para os crimes, cuja pena não seja superior a dois anos, existe também o Juizado Especial Criminal, o qual, a exemplo do Juizado Especial Cível, também confere algumas características ao processo, que o agilizam e tornam mais rápido.

Cumpra lembrar que os juizados especiais cíveis foram criados recentemente pela lei 9.099/95. A grande novidade trazida por esse sistema, no âmbito criminal, é a possibilidade de o criminoso efetuar a transação penal, ou seja, a troca da pena descrita na lei por outra alternativa. Essa proposta é feita pelo representante do Ministério Público, em uma audiência preliminar, e consiste geralmente em uma multa, em prestação de serviços públicos, pagamento de cestas básicas, entre outros.

Um vez aceita a proposta pelo criminoso, ele tem a grande vantagem de não ficar com a ficha “suja”, como dizem, pois não terá sido condenado por crime algum.

Habeas corpus

O habeas corpus está previsto em nossa Constituição e consiste em um instrumento que visa assegurar um dos bens maiores do ser humano, a liberdade. Portanto, sempre que alguém se encontrar sob violência, ou

ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, poderá ser-lhe concedido o habeas corpus.

Para pedir um habeas corpus, não há necessidade de um advogado e nem uma formalidade. Ele pode ser escrito em qualquer pedaço de papel, pois visa garantir um direito, cuja negação pode até causar perigo de vida para o sujeito que se vê nessas condições.

6.2.3 Processo do Trabalho

Tanto os empregadores como os empregados podem procurar a Justiça do Trabalho, sempre que notarem algo de errado na relação trabalhista, e desde que esse “algo de errado” esteja amparado pelas normas do direito do trabalho.

Geralmente, o que vemos nas ações trabalhistas é o empregado processando seu empregador, geralmente em busca

do pagamento de direitos, como: Fundo de Garantia, horas extras, adicionais noturnos ou outras infrações à legislação trabalhista.

No Brasil, é grande o número de pequenos negócios que não registram seus funcionários, o que, em grande parte das vezes, acaba por fazer com que o empregado não receba tudo a que tem direito nos termos da lei.

Para os pequenos negócios, acaba sendo até uma vantagem contratar funcionários sem registrá-los, uma vez que um funcionário “legal”, ou seja, aquele que recebe todos os benefícios legais, chega, às vezes, a ter um custo para o empregador do porte de seu salário. E, dependendo da relação estabelecida entre o patrão e o funcionário, não terá esta a coragem de buscar na justiça os direitos que lhe cabem. De fato, uma minoria de empregados não registrados tem coragem de processar seu empregador.

Ou, ainda, existe o fato de que muitas pessoas acham que só aqueles registrados podem entrar com uma ação trabalhista. Isso não é verdade. Tudo o de que uma pessoa precisa, para procurar seus direitos, na Justiça do Trabalho, é comprovar que realmente ela é empregada. E isso se demonstra quando o empregado consegue provar três condições: a subordinação (relação de obediência entre funcionário – patrão), a não-eventualidade (emprego regular, diário, semanal, ou seja, a característica fixa do emprego) e a remuneração, ou seja, que o trabalho é remunerado.

Sempre que essas três condições forem comprovadas no processo, será declarado pelo juiz o vínculo trabalhista, e o empregador deverá pagar a seu empregado todos os direitos que a Constituição e as Leis Trabalhistas lhe garantem.

O processo trabalhista nem sempre é um processo muito rápido. Tudo dependerá do valor da causa, da Vara em que o processo for sorteado para ser julgado, do interesse das partes em fazer acordos e da existência de recursos.

Uma vez ajuizada a ação trabalhista, será designada uma primeira audiência, em que o juiz perguntará se há interesse das partes em compor um acordo. Em caso afirmativo, o juiz intermediará as propostas, sempre tentando chegar a um consenso e, ao final, homologará o acordo, extinguindo o processo.

Se não houver acordo, a defesa é entregue para o juiz, que passa a colher os depoimentos das partes e testemunhas. Pode haver necessidade de perícias técnicas para apurar se um trabalho era realmente perigoso, ou se prejudicava a saúde do empregado, o que, em ambos os casos, servirá para obrigar o empregador a pagar ao empregado os chamados adicionais de periculosidade, no primeiro caso, ou o adicional de insalubridade, no segundo caso.

Após analisar todos os depoimentos e todas as provas juntadas ao processo, o juiz, enfim, dará sua sentença.

Se houver recursos, a ação será novamente julgada, dessa vez por um grupo de juízes reunidos no Tribunal Regional do Trabalho que, em São Paulo, situa-se na Rua da Consolação.

Em alguns casos, os recursos nos processos podem chegar até o Tribunal Superior do Trabalho, sediado em Brasília.

Quando não há recursos, ou já foram todos julgados, o processo entra em fase de execução, quando efetivamente ocorrerá o pagamento.

Nas causas trabalhistas, o advogado sempre cobra, com base na condenação final, uma porcentagem que varia de 20% a 30% do valor final. Mas, se no final o empregado que contrata um advogado não receber nada, seu advogado também não receberá nada. Esse procedimento de cobrança dos honorários é quase exclusivo do processo trabalhista, pois, no geral, os advogados cobram um valor inicial para entrar com a ação.

6.2.4 Comissões de Conciliação Prévia

Em algumas empresas, geralmente nas de maior porte, ou em sindicatos fortemente organizados, o empregado também poderá resolver seus problemas trabalhistas na Comissão de Conciliação Prévia.

Essa comissão consiste em um órgão administrativo montado por representantes da empresa e dos empregados e tem como objetivo fazer com que haja um acordo entre as partes, antes que o caso seja levado à justiça.

O empregado não poderá ser forçado a qualquer acordo, porém, se este acontecer, o termo será diretamente levado a um juiz trabalhista que dará a homologação ao acordo, o que implicará a resolução da controvérsia, não podendo, quaisquer das partes, recorrer ao poder judiciário para discutir os mesmos assuntos.

6.2.5 Dissídios Coletivos

Os dissídios coletivos envolvem direitos de grupos de trabalhadores reunidos em Sindicatos e Federações. Assim, as decisões decorrentes desses dissídios irão abranger toda a classe representada por essas entidades. Os dissídios coletivos não passam pela Justiça do Trabalho em primeiro grau, ou seja, pelos juízes comuns. Eles são levados diretamente ao Tribunal Regional do Trabalho, onde os Sindicatos dos Empregados irão buscar as melhores condições para negociar com o Sindicato dos Empregadores.

Tudo o que fica decidido, no dissídio coletivo, passa a integrar os direitos dos empregados no contrato de trabalho. Ou seja, é como se surgisse um novo direito para os empregados, equiparados aos direitos que já lhe são conferidos por lei.

Os exemplos que mais vemos em São Paulo, de dissídio coletivo, são as negociações dos bancários, o que quase todos os anos, nos meses de setembro em diante, acaba em greve, e as negociações do metroviários, todos eles pedindo aumento ou melhores condições de trabalho.

Essas negociações não são feitas por empregados, por conta própria, mas, sim, por seus sindicatos que, dessa maneira, representam toda a classe envolvida.