

Revista da



EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ

Revista da

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Volume 1 - Nº 2 - 1998



© 1998, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Des. Manoel Carpena Amorim; Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva; Des. Laerson Mauro; Des. Darcy Lizardo de Lima; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Juiz Fernando Marques Campos Cabral; Juíza Ana Maria Pereira de Oliveira; Juiz Henrique Carlos de Andrade Figueira; Juíza Leticia de Faria Sardas.

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ:

Irapuã Araújo (Editor) e Márcio Alvim (Editoração)

Geórgia Kitsos (Editoração *website*)

Apoio Cultural:

Gráfica Banco do Brasil

Tiragem:

3.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1- Rio de Janeiro:
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral.

ISSN 1415-4951 (impresso); 2236-8957 (*on-line*)

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

CDD 340.05

CDU 34(05)

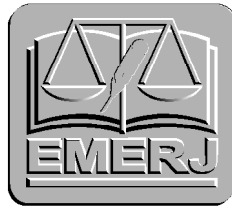
Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro, RJ

Telefones: (021) 533-6642 / 533-5644 / 588-3376 - Fax: (021) 533-8129

E-mail: emerjpublica@ax.apc.org



A ESCOLA DO JUIZ

Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Manoel Carpena Amorim

Conselho Consultivo

Efetivos

Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva

Des. Laerson Mauro

Des. Darcy Lizardo de Lima

Suplentes

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Des. Marcus Antonio de Souza Faver

Des. Fernando Celso Guimarães

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretor do Departamento Geral de Estudos e Ensino

Prof. Pedro de Oliveira Figueiredo

Coordenadora de Ensino

Dra. Márcia Cláudia Accioly Pimentel

Chefe de Gabinete

Dra. Maria Alice Marinho Vieira

SUMÁRIO

- A FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS** **11**
Des. Manoel Carpena Amorim
A Preparação para os Concursos. *Forum* de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados. Interiorização da EMERJ. O Programa EMERJ- BRASIL e sua Expansão.
- O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CONTRATO DE SEGURO** **20**
Prof. Carlos Roberto Barbosa Moreira
Contrato de adesão. Abuso da parte em posição dominante. O conteúdo do contrato de seguro e seu prévio conhecimento. Tutela dos contratos no sistema misto.
- O PAPEL DA CULPA NA SEPARAÇÃO E NO DIVÓRCIO** **32**
Prof. Gustavo Tepedino
A presença da culpa na tradição ética judaico-cristã. A culpa no C.C. brasileiro e na Lei do Divórcio. Experiências comparadas: o Direito francês e o Direito italiano. A justificativa axiológica da culpa no Código Civil e a perda de significado no ordenamento constitucional. Critérios interpretativos aplicáveis à separação e ao divórcio. Aspectos controvertidos: a culpa na conversão em divórcio e na união estável.
- DIREITO À PRIVACIDADE** **51**
Prof. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho
Conceito e desenvolvimento histórico. Desdobramento. Sigilo de Dados. Crime organizado. Sigilo bancário. Sigilo telefônico. Sigilo eleitoral. Intervenções corporais de pessoa jurídica. A Imprensa e o Direito à intimidade. Intimidade e obras biográficas. O Segredo de Justiça. Intimidade e pessoa jurídica. Conclusão.
- DOS RECURSOS EM GERAL NAS CORTES ESTADUAIS E FEDERAIS BRASILEIRAS** **77**
Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva
Os recursos em geral: ordinários e extraordinários. O recurso especial. A apelação nos Juizados especiais para turmas recursais e criminais em primeiro grau. Os pressupostos subjetivos, objetivos e formais da Apelação. Os precedentes judiciais no Direito Brasileiro. O super Direito Processual Constitucional com sua dimensão normativa.
- JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E JUIZADOS CRIMINAIS** **91**
Des. Wilson Marques
A controvertida questão da “opcionalidade”. As soluções propostas. A solução melhor.

A PREVENÇÃO PELA EDUCAÇÃO

98

Des. João de Deus Lacerda Menna Barreto

A prevenção e legislação (art. 5º). Os cursos para preparadores e as vantagens dos ensinamentos específicos sobre a matéria nos cursos de formação de professores. O programa de prevenção e suas diretrizes básicas. O decálogo de alerta aos pais de família quanto ao comportamento dos filhos.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PELA MÁ CONCESSÃO DO CRÉDITO

105

Des. Semy Glanz

O Crédito abusivo: Conceito. Fundamentos da responsabilidade: a culpa. Abusos em conceder o crédito. A defesa do consumidor. Informação dos contratos. O consumidor e superendividamento. A responsabilidade dos bancos pelo crédito concedido numa “aparência de solvabilidade”.

O PRINCÍPIO DA DIMENSÃO COLETIVA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: REFLEXOS NO “PROCESSO DO CONSUMIDOR”, ESPECIALMENTE QUANTO AOS DANOS MORAIS E ÀS CONCILIAÇÕES

115

Prof. José Augusto Garcia

Introdução. Instrumentalidade do Processo e Macroprocesso. O Princípio da Dimensão Coletiva das Relações de Consumo e os Danos Morais - A Função *Preventivo-Pedagógica* das Indenizações, Especialmente Quanto aos Danos Morais “*Derivados*”. O Princípio da Dimensão Coletiva e as Conciliações.

GLOBALIZAÇÃO. CRISE E REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO

146

Prof. Pedro de Oliveira Figueiredo

O fenômeno da globalização. A crise de modelo. A crise de participação. A crise da soberania. A CRISE DO ESTADO BRASILEIRO. A evolução do Estado brasileiro. A carta de 88: insuficiências e equívocos. O Estado brasileiro como Federação. O Executivo e a crise do burocratismo. O Legislativo e a crise da representação. O Judiciário e a crise da prestação jurisdicional. A REFORMA DO ESTADO: As tendências no mundo. A proposta do governo FHC. CONCLUSÃO. Globalização. Crise e Reforma do Estado Brasileiro.

CONSIDERAÇÕES PESSOAIS SOBRE A SELEÇÃO E A FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS EM PORTUGAL E NA FRANÇA

192

Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza

PORTUGAL: Formação inicial. Fase teórico-prática. Estágios de iniciação. Estágios de Pré-afetação. Formação complementar. Formação permanente. Investigação científica. Intervenção no sistema. A filosofia do CEJ. França: A seleção dos “Auditeurs

de Justice”. Formação inicial. Aclimatação. Estágios exteriores. Fase teórico-prática. Estágios jurisdicionais de observação. Estágios de especialização jurisdicional. Exames finais. A formação permanente. A filosofia da ENM. Conclusão.

ADOÇÃO INTERNACIONAL

203

Juiz Alyrio Cavallieri

Uma experiência prática de adoção de menores por casais estrangeiros no ano de 1970. Inexistência, até então, de lei ou jurisprudência a respeito. Adoção de sete crianças que se encontravam no orfanato da Fundação Romão Duarte, mediante prévia investigação e amplos cuidados, quanto aos futuros pais adotivos, residentes na Suécia. Resultados amplamente favoráveis.

REPERCUSSÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19 SOBRE OS CONCURSOS PARA PROVIMENTO DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS

205

Juiz de Direito Jessé Torres Pereira Junior

Introdução. Historicidade e Constitucionalidade do Tema. O Concurso da Constituição de 1988. Isonomia x Discrimen. Casuística.

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

227

Des. Fernando Whitaker da Cunha

Conveniência de ser atualizado e não substituído o Código Civil por outro. O Projeto do Código Civil seguiu a metodologia do antecedente com uma Parte Geral e uma Especial. As regras do Código Civil contidas na Constituição. As normas sobre a pessoa, a família e a propriedade. Visão moderna do Direito Civil à luz da Constituição. Algumas valiosas inovações (comissão, corretagem, direito da empresa). Inegáveis qualidades do Projeto, embora tenha falhas e imperfeições.

PEQUENAS CAUSAS: SOLUÇÃO ENCONTRADA PARA CONFLITOS DE CARÁTER PATRIMONIAL E MESMO INFRACIONAL

231

Des. Décio Xavier Gama

A solução de conflitos menores em postos de atendimento do cidadão. A conciliação tentada por órgão criado pela população, com o incentivo das autoridades. Convocação das partes em questões de caráter patrimonial ou mesmo infracional. Sistema idealizado e implantado por iniciativa de Oficial da P. M. em entendimento com as autoridades locais (Prefeito, Juiz de Direito, Promotor, Delegado) e com a aprovação e apoio da população.

Um Projeto que se Corporifica

Afinal o nosso projeto se corporificou.

A nossa **Revista da EMERJ** está, pela segunda vez, à disposição dos nossos leitores.

E, como da vez anterior, com a proposta de ocupar um lugar de destaque dentre as diversas publicações congêneres.

Tal como os nossos companheiros das Escolas Judiciais brasileiras, também temos o nosso veículo cultural, por onde transitam grandes nomes das letras jurídicas do Estado do Rio de Janeiro e do país.

Esperamos que a comunidade jurídica nacional nos prestigie com a leitura da Revista e que, eventualmente, nos envie sugestões para o seu aprimoramento.

A EMERJ, fiel à sua destinação, continua trabalhando em prol do engrandecimento das letras jurídicas do nosso Estado.

Des. Manoel Carpena Amorim
Diretor-Geral da EMERJ

A Formação de Magistrados na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

MANOEL CARPENA AMORIM

Desembargador e Professor Universitário. Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

1. **Introdução** - No número anterior, não sem uma certa dose de desapontamento, constatamos no excelente artigo do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, sobre “A formação do Juiz Contemporâneo”, que S.Exa. excluiu a nossa Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro do rol daquelas Escolas Judiciais no Brasil que tratam efetivamente da formação dos juízes.

Como ninguém desconhece, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira é, sem favor nenhum, o grande incentivador e coordenador desse movimento das escolas judiciais brasileiras, com a sua liderança indiscutível à frente da Escola Nacional da Magistratura. Tem prestado inestimáveis serviços à causa das escolas judiciais, e ninguém no Brasil conhece o problema como S. Exa.

Nós mesmos nos beneficiamos das atividades do Ministro Sálvio na direção de Escola Nacional, quando em maio do ano passado tivemos oportunidade de cursar na Escola Nacional da França, um seminário sobre Direito Comunitário no Departamento Internacional da Escola francesa. E em novembro do mesmo ano, quando, juntamente com um grupo ligado a esse movimento no Brasil, participamos em Portugal, no Centro de Estudos Judiciais, de um programa conjunto sobre juízes formadores.

Estou convencido que o nosso amigo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, só não incluiu a nossa Escola naquele rol porque, por culpa nossa e das circunstâncias, S. Exa. ainda não conhecia o trabalho que realizamos na EMERJ a nível de formação inicial.

Hoje, depois de ter visitado a nossa Escola e ter participado conosco, o que muito nos honrou, de nosso projeto EMERJ-BRASIL, em programa transmitido para o Brasil inteiro sobre a reforma do Código de Processo Civil, temos certeza que S. Exa. pensa de outra forma.

Desde que assumi a Direção da EMERJ, em março/97, temos desenvolvido muitas frentes de trabalho.

E o ministro tinha razão. A Escola, então, esteve dirigida, basicamente, para o curso de preparação para concursos públicos ligados à área do direito.

A nossa primeira preocupação naquele momento, foi mudar o rumo da instituição. Lembro-me até de uma passagem do meu discurso de posse que reflete com fidelidade esse propósito de mudança. Dizia eu “já que estamos falando em modernidade, no limiar do 3º milênio, quero dizer que a EMERJ é como uma nave espacial, bonita, forte, que foi lançada ao espaço e na majestade de sua impulsão já atingiu as camadas mais altas da estratosfera. Está na hora de fazermos uma correção de rumo, voltando a sua proa para o futuro”.

Com essas palavras homenageávamos aqueles pioneiros da nossa Escola, que a construíram e fizeram dela uma Instituição educacional de grande prestígio. Não só os que nos antecederam mas também os verdadeiros precursores da EMERJ, cujos ideais, nascidos a partir da fundação da escola francesa, em 1958, afinal se materializaram.

Mas, repito, era hora de mudar.

O Ministro Sálvio tinha razão.

E essas mudanças não tardaram, ao contrário, o nosso primeiro projeto foi dar à EMERJ um *slogan* sugestivo, forte, capaz de dar às pessoas a idéia indiscutível da transformação que começava a se operar.

A EMERJ é a Escola do Juiz.

Essa a idéia central de todo esse movimento transformador da nossa instituição.

Hoje, decorridos cerca de 16 meses desde a nossa posse, a Escola trabalha em vários segmentos.

2. A Preparação para os Concursos - Trabalha com o Curso de Preparação para Concursos, mas com uma diferença. O Curso preparatório, que aliás é fonte de nossos recursos, tem sido direcionado, tanto quanto possível, para o Concurso da Magistratura. Para isso compactamos a sua carga horária, reduzindo-o em um semestre. Isto é, o Curso que tinha duração de 3 anos foi reduzido para dois anos e seis meses, em 5 semestres, portanto.

Incluimos na grade curricular atividades próprias dos magistrados, como por exemplo, o estágio junto aos diversos Juízos, sob a nossa coordenação. Pretendemos incluir muito brevemente matérias atinentes à

formação propriamente dita, tal como as matérias deontológicas e as visitas a estabelecimentos periféricos da atividade judicante, tais como Instituto Médico-Legal, Instituto de Criminalística, Manicômio Judiciário, Cartório de Registro Imobiliário, Cartório de Notas etc.

Estamos realizando nesse segmento uma grande transformação, mudando o que tinha caráter diletante, pois o Curso terminava com uma monografia, à semelhança das dissertações do mestrado, para transformá-lo numa fase da formação inicial.

Com esse lado da profissionalização, temos certeza, somente aqueles realmente vocacionados para a nossa carreira serão atraídos para a EMERJ.

Este ano inauguramos, ainda, o trabalho junto às Faculdades de Direito, certos de que há grandes valores a serem estimulados para a carreira da magistratura, desviados para outras atividades.

Mas a EMERJ é a Escola do juiz.

3. O Fórum de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Na busca incansável dessa nova destinação fizemos o seguinte: em primeiro lugar constituímos um Fórum Permanente sobre Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

Esse Fórum, como todos os outros em atividade na Escola, são Centros de excelência, constituídos no seu núcleo básico por especialistas na área. O seu Presidente é o Des. Miranda Rosa, professor, jurista e sociólogo que tem prestado grandes serviços à nossa causa. Profundo conhecedor dos problemas relativos à formação, no Brasil e no Mundo.

Das reuniões do Fórum têm participado grandes personalidades ligadas à formação de magistrados, tais como, Des. Cristovam Daiello, da escola gaúcha, o Conselheiro Armando Leandro, Diretor do Centro de Estudos Judiciários de Portugal e outros que vêm juntar-se a nós nessa faina diuturna voltada exclusivamente para a formação.

Pois bem, é desse Fórum que nascem as diretrizes que serão aplicadas no Curso de Iniciação de Juízes, exigência da Legislação Estadual.

4. Da interiorização da EMERJ - Os nossos Juízes presentemente cursam 3 meses na Escola, parte em tempo integral, e após, até atingirem o vitaliciamento, são acompanhados e orientados por colegas mais antigos, Desembargadores aposentados, que, juntamente com o relator do procedimento destinado à efetivação do juiz, analisam as sentenças prolatadas

e dão sugestões sobre o seu aperfeiçoamento. É o chamado Conselho de Vitaliciamento, criado pelo E. Conselho da Magistratura do nosso Tribunal, que torna possível a simbiose entre a experiência dos mais velhos e o entusiasmo dos mais novos.

Esse sistema, implantado desde a nossa posse, tem proporcionado bons resultados. O juiz hoje já se sente mais encorajado para enfrentar os desafios da função judicante.

Todos sabem das vicissitudes do juiz novo que de uma hora para outra se vê convocado a decidir coisas da maior importância e complexidade.

As gerações mais antigas têm bem a noção dessas dificuldades, pois, no nosso tempo, aprovado no concurso público de provas e títulos, o máximo que o juiz recebia era uma saudação do Presidente, uns abraços da família e dos amigos e, se possível, uma caneta, para dar início às suas atividades judicantes.

Isto é, o Juiz recém nomeado mergulhava numa imensa solidão só comparável àquela imagem do notável Nelson Rodrigues - “a solidão de uma cabra num terreno baldio”.

O que estamos fazendo por esse juiz solitário?

Terminado o estágio de 3 meses na Escola o juiz é designado para o interior do Estado. Conscientes disso procuramos desde logo, como um dos projetos pioneiros de nossa administração, interiorizar a Escola da Magistratura.

Para viabilizar essa interiorização tivemos que nos defrontar com um problema inerente à nossa atividade no Poder Judiciário, a sobrecarga de trabalho.

Os juízes brasileiros, de uma maneira geral, não dão conta da imensa massa de conflitos que lhes chegam às mãos. Em todos os níveis, desde o 1º grau de jurisdição até o Supremo Tribunal Federal. São centenas de milhares de processos que chegam diariamente às bancas dos Tribunais, como é próprio de um país continental em fase permanente de desenvolvimento.

Os números no Brasil são sempre gigantescos em qualquer segmento da atividade social e a Justiça, como é óbvio, está no mesmo caminho.

O Ministro Carlos Velloso, que tivemos a honra de receber na nossa Escola, por ocasião da aula magna do 1º semestre deste ano letivo, contou uma história muito curiosa a esse respeito. Em contato com atividades judiciais dos Estados Unidos foi indagado se não estava confundindo *thousand* com *hundred* quando se referiu aos números do S.T.F. . . .

Pois bem, num quadro desses, é claro que os juízes não têm tempo

para atividades “dilettantes”, uma vez que a solução dos conflitos é sempre prioritária e o juiz está sempre cobrado pelo Tribunal ou pela mídia, sob a ameaça de ser chamado de “vagabundo”.

O juiz não pode, portanto, participar das nossas atividades culturais na Escola, deslocando-se de sua Comarca, às vezes distante.

Mas, “Se Maomé não vai à montanha, a montanha vai a Maomé”.

O projeto de interiorização da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro nasceu sob essa inspiração.

O problema que, então, se colocava era como fazer?

Pensamos em várias soluções:

Todos conhecemos as carências do interior brasileiro, faltam hospitais, faltam remédios, falta infra-estrutura sanitária, faltam escolas, faltam empregos para os jovens, enfim, é uma carência total, e, especialmente, falta cultura. As atividades culturais do interior do Brasil ou são inexistentes ou são atos raros que só acontecem nas comunidades de maior porte. O Estado do Rio de Janeiro, como é óbvio, não foge à regra. Tínhamos iniciado a nossa vida profissional no interior, sabíamos disso. Por outro lado os nossos juizes começam na Capital do Estado, quando são acolhidos pela Escola, mas logo depois são designados para comarcas do interior, onde ficavam entregues à própria sorte, sem qualquer ajuda de quem quer que fosse, enfrentando desde logo, como é próprio da atividade judicante, problemas da maior gravidade.

Mesmo lá, no mais longínquo rincão do Estado, onde as coisas à primeira vista não têm a mesma complexidade das coisas da Capital, vez por outra o Juiz se defronta com questões extremamente graves, especialmente para quem está começando a carreira. Lembro-me bem que muito recentemente um desses juizes novos, designado para uma Comarca do Interior do Estado, teve que defrontar com um dos primeiros processos que lhe foram afetos - uma invasão de terras articulada pelo MST!. Tal fato dá bem uma idéia dos percalços por que passa um juiz novo no início da sua carreira. O anedotário jurídico está repleto de histórias pitorescas envolvendo juizes que começam a judicar. Por isso uma das nossas primeiras preocupações ao assumirmos o cargo foi levar as nossas atividades para o interior. Inicialmente montamos sete subseções regionais, nas Comarcas de Campos, Itaperuna, Petrópolis, Barra Mansa, Nova Iguaçu, Itaboraí e Nova Friburgo, hoje devidamente aparelhadas para desenvolverem as atividades culturais que lhes são destinadas, quer por iniciativa local quer por nossa determinação, mas sempre sob a nossa coordenação. Os Srs. Juizes que

nos representam nessas subseções estão cientes das suas responsabilidades e já vêm desempenhando um papel extremamente importante como Juizes formadores de colegas mais novos.

O programa tem tido um êxito extraordinário, com a realização de inúmeros eventos culturais, recebidos pelas comunidades locais com enorme entusiasmo, como era de se esperar e temos constatado nas nossas andanças pelas diversas regiões do Estado.

As subseções vêm trabalhando com grande ênfase e os resultados já começam a aparecer.

Releva notar que as nossas representações no interior contam com um grande número de recursos para o desenvolvimento das suas atividades.

Inicialmente, aquilo que nós chamamos de trabalho artesanal, são profissionais, normalmente grandes especialistas nas diversas áreas do conhecimento jurídico, que se deslocam, com o apoio da infra-estrutura operacional da Escola, para as Comarcas onde se realizam esses eventos.

Temos feito muitos desses seminários e todos com excelentes resultados.

Aliás, é oportuno dizer que a nossa Escola, embora voltada especificamente para os nossos colegas Magistrados, na verdade atinge todos os segmentos da Comunidade Jurídica. Não só Juizes, como Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Advogados, estudantes de Direito, enfim, todos aqueles que de uma maneira ou de outra lidam com a ciência do Direito, têm se beneficiado desse projeto.

Essa atividade, porém, como é fácil de perceber, é extremamente onerosa, não só pela mobilização de recursos, mas, especialmente, de pessoal.

De qualquer forma vamos continuar trabalhando nessa direção, porque a presença de pessoas ilustres, grandes nomes da cultura jurídica do Brasil, no interior é mais um fator de estímulo para aquelas populações.

As subseções trabalham também com os nossos vídeos. A Escola tem hoje uma grande produção de vídeos, de alta qualidade, que se prestam, como é fácil de perceber, para inúmeras atividades culturais.

5. O Programa EMERJ-BRASIL - E depois com o nosso programa EMERJ-BRASIL, de educação à distância, via televisão.

Tais programas, que abrangem os mais diversos aspectos de atividade judiciária, são transmitidos pela Rede Vida de Televisão, às quintas-feiras,

em horário apropriado para a comunidade jurídica, às 10:15h.

Esses programas são recepcionados pelas subseções, que desenvolvem em torno dos seus temas debates e palestras com representantes da Comunidade Jurídica local.

Paralelamente à televisão vimos trabalhando com o *chat room* da Internet, que permite aos telespectadores dos diversos pontos do território do Estado submeterem perguntas aos palestrantes a propósito do tema em discussão.

É a maneira mais simples de fazer-se a interação enquanto não dispomos do sistema de vídeo-conferências, objetivo final do projeto.

EMERJ é a sigla de nossa Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

EMERJ-BRASIL é um projeto de educação à distância e as suas origens remontam aos primeiros tempos, quando assumimos a Direção Geral da Escola de Juizes do nosso Estado.

Ao ingressar na carreira, os nossos juizes passam a cursar a Escola com sede na Capital. Concluído o curso, porém, são designados para o interior onde ficarão por alguns anos. De nada adiantaria, portanto, o trabalho desenvolvido inicialmente com esses magistrados se não houvesse uma continuidade ao longo de sua atividade judicante. Isso sem falar nas necessidades constantes de atualização, pois as leis se sucedem em velocidade num país como o nosso que passa por grandes transformações institucionais.

Como resolver esse impasse?

A solução natural seria atrair os nossos juizes para as atividades da Escola que são constantes e diversificadas.

Ocorre que o juiz vive esmagado por uma carga desumana de trabalho que não se circunscreve aos chamados dias úteis. Para os juizes, de uma maneira geral, não há dias “inúteis”. Não há sábado, nem domingo, nem feriado. Quem fizer de outra maneira vai pagar um alto preço - o acúmulo de processos; solução mais dolorosa.

Se assim é, não há como tirar o juiz das suas ocupações habituais para participar dos cursos na Escola.

Outro caminho: a divulgação dos nossos vídeos. A Escola trabalha e investe vigorosamente no setor de gravações, produzindo vídeos de alta qualidade técnica.

Todas as nossas atividades culturais, pelo menos as mais importantes, são gravadas em vídeos e fitas; essas gravações estão sendo enviadas para as nossas subseções no interior do Estado ficando à disposição dos juizes

para consultas e atividades culturais locais.

Outro caminho é a interligação via Internet, já bastante utilizada pela Escola, mas que depende de outros recursos da tecnologia moderna, nem sempre disponíveis como seria desejável.

Finalmente, resolvemos investir em televisão; certamente, o melhor e mais poderoso veículo de divulgação.

Procuramos tanto quanto possível montar no próprio edifício do Foro o nosso auditório, equipado com televisor, antena parabólica e vídeo-cassete. Na impossibilidade da utilização do Foro temos usado os espaços das universidades locais ou de associações civis.

Esses núcleos abrangem todo o território do Estado servindo como pólos de atuação da comunidade jurídica de cada região.

Hoje, portanto, todo o Estado do Rio de Janeiro tem a oportunidade de participar de nossa produção científica.

6. A expansão do Projeto EMERJ-BRASIL para o Território Brasileiro - Foi a entrada da televisão, nesse processo de integração do nosso interior, que transformou o primitivo projeto de interiorização da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro no projeto EMERJ-BRASIL que não tem nada de pretensioso, como poderia parecer à primeira vista, pois a Rede Vida de televisão cobre grande parte do território nacional através das redes comerciais, NET, etc., ou através de antena parabólica, via satélite, ou até, em certos casos, através de televisão aberta.

Trata-se, assim, de uma grande cobertura que faz chegar as nossas transmissões aos mais distantes rincões do território nacional.

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro é pioneira no Brasil nesse tipo de ensino à distância com alto nível de profissionalização.

É emocionante verificar que hoje, através desse programa, podemos levar a todas as comarcas do Brasil, mesmo às mais distantes, os melhores profissionais, nas mais diversas áreas de conhecimento jurídico.

Releva notar que o programa EMERJ-BRASIL, pela sua abrangência, acabou transbordando dos nossos objetivos originais e hoje não privilegia apenas os nossos juizes, mas todos os operadores de direito, criando, verdadeiramente, um poderoso instrumento de divulgação de cultura com benefícios indiscutíveis para toda a comunidade nacional.

Via programa EMERJ-BRASIL podemos atingir grandes camadas da população, independentemente do nosso público eleito - a comunidade

jurídica nacional.

Apesar do horário escolhido, que se harmoniza com esse objetivo, também vem atingindo outro tipo de público, o que nos leva a pensar que a irradiação vai alcançar outros fins além dos meramente pedagógicos.

Agora mesmo levamos ao ar via televisão o programa “Eleições 98”, com a participação conspícua do Ministro Ilmar Galvão e do Des. Martinho Campos, ambos, nas suas respectivas áreas de atuação, no TSE e no TRE/RJ, responsáveis pelo destino da eleição que se avizinha, uma das mais importantes dos últimos tempos, em que diversas questões institucionais estarão presentes.

Então estamos prestando à comunidade nacional um serviço muito além dos objetivos simplesmente acadêmicos ou jurídicos.

Outros temas institucionais pretendemos levar ao ar, inclusive de diversificados aspectos de cidadania.

Isso me tem feito pensar que as escolas de magistratura no Brasil seguiram um caminho completamente diferente dos percorridos pelas escolas judiciais européias. Isto é, enquanto estas se dirigem exclusivamente para os juízes, no âmbito da formação profissional, as nossas escolas evoluíram como instituições irradiadoras de cultura jurídica, de uma maneira geral, ampliando os horizontes de atingimento do público alvo.

É explicável que seja assim, num país em desenvolvimento como o nosso no qual a política educacional ainda não atingiu o nível das sociedades desenvolvidas.

Essas carências, assim imaginamos, acabam por formatar definitivamente o programa.

Esse é um panorama geral sobre o que vimos desenvolvendo na EMERJ a título de formação inicial e de formação permanente.

É claro que a nossa formação inicial não é a mesma que se pratica nos países europeus. Lá o candidato à magistratura faz concurso para ingressar na Escola, de onde sairá juiz ao fim dos 31 meses de curso.

No nosso sistema o candidato ingressa na magistratura para depois submeter-se aos critérios da formação.

Talvez o ideal fosse adaptar o sistema europeu à nossa realidade, mas como “administrar é a arte do possível” estamos trabalhando nessa direção e temos também conseguido resultados bastante satisfatórios.

A nossa Escola já corrigiu o seu rumo e agora está apontando para as estrelas. ◆

O Código de Defesa do Consumidor e o Contrato de Seguro *

CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA
Professor de Direito Civil na PUC/RJ

O contrato de seguro, como se sabe, é daqueles que se celebram, invariavelmente, através do procedimento caracterizado, de um lado, pela prévia elaboração das cláusulas contratuais por uma das partes (o segurador), e, de outro, pela mera adesão do “contratante fraco” (o segurado) ao *standard* unilateralmente redigido, onde se inserem, muitas vezes, estipulações de que resultam, no dizer de Stiglitz¹, “abuso da posição dominante suscetível de afetar a relação sinalagmática”.

São notórias as razões pelas quais se fez imperativo, na moderna sociedade, o largo emprego dessa modalidade de contratação. A industrialização e o consumo massificados tornaram imprescindível a rapidez na formação dos contratos, a que jamais se chegaria se, para cada negócio concretamente celebrado, devessem as partes discutir exaustivamente, cláusula por cláusula, todos os aspectos da relação contratual. A velocidade com que se firmam contratos impôs não apenas a adoção daquela técnica, mas também a uniformização das cláusulas, que passaram a se reproduzir, indistintamente, em todos os negócios de um mesmo gênero, firmados por determinado fornecedor; e quando se diz, em tal contexto, que ao consumidor não restou alternativa diversa de “pegar ou largar”, quer-se aludir, ainda, ao fenômeno da padronização dos contratos oferecidos pelos diferentes fornecedores de um único setor da atividade econômica: o consumidor, após consultar muitos fornecedores, provavelmente chegará à conclusão de que as cláusulas empregadas por um são extremamente semelhantes, senão de

* Texto (revisão e acréscimo de notas) da palestra proferida em 13.09.97, no I Fórum Jurídico do Seguro, organizado pelo Centro de Debates e Estudos do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro e pelo Sindicato das Seguradoras do Rio de Janeiro.

¹ *Clausulas abusivas en el contrato de seguro*, Abeledo-Perrot, s/d, p. 49.

todo idênticas, às dos concorrentes².

Posto não se possa negar a utilidade da predisposição do conteúdo dos contratos e da correspondente técnica de adesão como instrumentos aptos a assegurar a contratação em massa, tampouco se desconhecem os riscos a que o aderente, em geral, e o consumidor, em particular, se sujeitariam, se a lei reconhecesse ao outro contratante o poder de ditar, incontrastavelmente, as cláusulas do negócio. A experiência jurisprudencial deste e de muitos outros países revelou a tendência à inserção, nos instrumentos contratuais assim firmados, de estipulações excessivamente gravosas para o aderente, ou injustificadamente vantajosas para quem as redigiu, as quais, por isso, passaram a ser qualificadas de “vexatórias”, como faziam os comentaristas do Código Civil italiano de 1942, ou, mais recentemente, “abusivas”, conforme denominação preferida pelo legislador brasileiro, ou ainda “injustas” (“*unfair*”), consoante a designação, em língua inglesa, da Diretiva nº 93/13 da Comunidade Econômica Européia. A utilização, em grande escala, de contratos de adesão haveria de encontrar, mais cedo ou mais tarde, uma resposta legislativa, que, permitindo embora esse mecanismo de contratação, compensasse o poder de predisposição de uma das partes com instrumentos de tutela ao “contratante fraco”.

No plano puramente teórico, é admissível conceber diferentes modalidades de tutela, tanto quanto atribuir a órgãos distintos o poder de exercê-la.

Doutrinariamente, classificam-se as espécies de tutela, no campo

² A observação é corrente na doutrina: entre muitos outros, MARIO DOSSETTO, *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari*, Cedam, 1951, p. 141; C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*, vol. III (*Il contratto*), Giuffrè, 1987, p. 368/369, bem como no texto de apresentação à obra coletiva (por ele organizada) *Le condizioni generali di contratto*, vol. I, Giuffrè, 1979, p. VII; HANS STOLL, *La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione*, inserido na última das obras mencionadas, vol. cit., p. 270; LORIS D'AMBROSIO, *Tecniche e strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto: il modello israeliano*, também constante da citada coletânea, vol. II, 1981, p. 349. Em crítica à tese (sustentada por POSNER) de que a concorrência entre as empresas serviria como instrumento de correção de possíveis abusos, pela (suposta) possibilidade de o consumidor escolher, dentre os contratos apresentados por cada uma, aquele contendo cláusulas gerais mais favoráveis, afirmam GUIDO PATTI e SALVATORE PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, integrante de *Il Codice Civile - Commentario*, dirigido por Piero Schlesinger, Giuffrè, 1993, p. 315: “(...) Soprattutto in alcuni settori è agevole infatti riscontrare la presenza nelle condizioni generali di contratto delle varie imprese di clausole analoghe, estremamente svantaggiose per l'aderente. Ciò, a prescindere ovviamente dal caso di imprese appartenenti allo stesso gruppo (si pensi al settore degli autoveicoli con riferimento al soggetto che intende acquistare un'autovettura di produzione nazionale), induce alla constatazione che molto spesso la concorrenza tra le imprese si svolge su piani diversi, mentre di fatto esiste un tacito accordo - dovuto alla coincidenza di interessi - nell'inserire determinate clausole nei contratti standardizzati”.

dos contratos, em *formal* e *material*: a primeira existirá em decorrência de norma que imponha, no momento da contratação, a observância de requisito de forma, com o objetivo de despertar a atenção do consumidor para a presença, no instrumento, de estipulação de certo teor; a segunda guarda relação com o próprio conteúdo do contrato, ora vedando certas cláusulas, ora impondo outras. No caso da tutela meramente *formal*, contenta-se a lei em exigir a adoção de procedimento capaz, em tese, de convocar o aderente a refletir sobre as cláusulas que ele se acha na iminência de subscrever: a simples observância desse procedimento basta, em princípio, para que se repute válidas as estipulações. Já no caso da tutela *material*, o que está em jogo é a substância do contrato, ou, em outras palavras, a razoabilidade do que nele se contém.

Em relação ao órgão incumbido de exercer a tutela, formal ou material, diz-se que o controle é *administrativo* ou *judicial*, conforme, evidentemente, pertença tal órgão à Administração Pública, direta ou indireta, ou ao Poder Judiciário. No terreno específico dos contratos de seguro, a SUSEP exerce aquele controle administrativo, cabendo-lhe, entre outras funções, “fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizados obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional”, “examinar e aprovar as condições de coberturas especiais, bem como fixar as taxas aplicáveis”, e, em caráter repressivo, impor sanções às seguradoras que “diretamente ou por interposta pessoa, realizarem ou se propuserem realizar, através de anúncios ou prospectos, contratos de seguro ou resseguro de qualquer natureza que interessem a pessoas e coisas existentes no País, sem a necessária carta-patente ou antes da aprovação dos respectivos planos, tabelas, modelos de propostas, de apólices e de bilhetes de seguro” (Decreto-lei nº 73/66, respectivamente arts. 36, letras **c** e **e**, e III, letra **h**).

Neste ponto, aliás, surge interessante indagação: a circunstância de a SUSEP ter competência para “fixar condições de apólices” exclui, quanto a elas, o controle judicial? Talvez se possa responder à questão invocando precedente legislativo de outro país: em Portugal, o controle das cláusulas contratuais gerais, previsto no Decreto-lei nº 446/85, encontrava-se originalmente excluído no tocante “a cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada” (art. 3º, 1, letra **c**). Posteriores modificações, introduzidas pelo Decreto-lei nº 220/95, incluíram a supressão do dispositivo, sob o argumento de que a progressiva desregulamentação da atividade desenvolvida por aquelas em-

presas tornara injustificável a exceção³: assim, as mencionadas cláusulas, que inicialmente escapavam ao âmbito de incidência do Decreto-lei nº 446/85, agora se sujeitam ao controle judicial ali disciplinado. Quanto ao direito brasileiro, *de lege lata*, não tenho dúvida em reconhecer a possibilidade de o Judiciário declarar a nulidade de alguma cláusula aprovada ou até mesmo imposta pela SUSEP: fazendo, neste momento, abstração de outros argumentos, para cingir-me ao próprio texto do Código, observo que a definição de contrato de adesão, abrigada no art. 54, já inclui “aquele cujas cláusulas tenham sido *aprovadas pela autoridade competente (...)*” (destaquei), sem que os parágrafos que tratam das formas de controle estabeleçam qualquer exceção relativamente a tais estipulações, objeto de anterior aprovação por órgão administrativo. Acrescente-se, também, que, aprovando ou impondo cláusula que contrariasse dispositivos do Código, a SUSEP estaria violando o princípio da legalidade administrativa, segundo o qual à Administração Pública, inclusive autárquica, somente é lícito atuar *secundum legem*.

No tocante às modalidades de tutela do consumidor, no terreno dos contratos, nosso Código adotou um sistema *misto*, abrangendo tanto dispositivos de controle puramente formal, como igualmente de controle material. A consagração simultânea desses diferentes mecanismos de proteção levou em conta a farta experiência estrangeira, especialmente a italiana, cujo Código Civil é freqüentemente indicado como o primeiro diploma a se ocupar do problema⁴. Nele, há dispositivo (o art. 1.341) que arrola variadas espécies de cláusulas contratuais, favoráveis à parte que as predispôs, cuja validade se encontra condicionada ao requisito da *específica aprovação por escrito*, pelo aderente. Em outras palavras: este não se deve cingir ao lançamento de uma só assinatura, reclamando a lei seja colhida uma segunda firma, no verso, na margem ou ao fim do texto contratual, ou mesmo em instrumento separado⁵, onde estarão reproduzidas ou indicadas as disposições contratuais porventura constantes do catálogo de “cláusulas vexatórias”. Entre os modernos juristas daquele país, há um consenso quanto ao retumbante fracasso desse modelo,

³ *Diário da República* de 31.8.95, p. 5.469. O texto integral do Decreto-lei nº 446/85 (em sua redação primitiva) está reproduzido na *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 12, p. 276 e ss.

⁴ DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, vol. X do *Trattato di diritto privato*, de Pietro Rescigno, UTET, 1986, p. 101. Há quem, todavia, localize no Código polonês de obrigações (de 1933) a primeira regulamentação da matéria: cf. PATTI e PATTI, *Il Codice Civile*, cit., p. 299, nota 1.

⁵ DOSSETTO, ob. cit., p. 87; MESSINEO, *Il contratto in genere*, vol. XXI, t. I, do *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* de Cicu e Messineo, Giuffrè, 1973, p. 469.

por duas principais razões: em primeiro lugar, porque os tribunais viram naquele *index* de estipulações gravosas uma lista *exhaustiva*, insuscetível, portanto, de ser ampliada, mediante o recurso à analogia, a outras cláusulas ali não explicitadas; em segundo lugar, porque, impondo apenas o requisito formal da específica aprovação, a lei italiana *possibilitava* a utilização de “cláusulas vexatórias”, quando o verdadeiro problema residia menos em chamar a atenção do aderente para a sua presença, no texto do contrato, do que em impedir um exagerado desequilíbrio entre as partes, resultante daquelas mesmíssimas estipulações⁶.

Curiosamente, porém, a lei brasileira reproduziu, para determinada hipótese, mecanismo de tutela formal idêntico ao da italiana: refiro-me à norma do art. 18, § 2º, na parte em que, autorizando a alteração convencional do prazo concedido ao fornecedor para sanar vícios de quantidade ou de qualidade, exigiu, para os contratos de adesão, que a cláusula de prazo, modificadora da regra legal supletiva, seja “convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor”. Tal como na regra estrangeira que lhe serviu de modelo, também aqui a lei nacional se limita a condicionar a validade da estipulação à observância da dupla firma lançada pelo consumidor. A crítica que se poderia dirigir ao dispositivo é a mesma que os doutrinadores italianos endereçavam à sua fonte histórica: quem se dispõe a assinar um instrumento, para adquirir bens ou serviços, assinará tantos outros quantos lhe sejam apresentados pelo fornecedor, e com idêntica irreflexão⁷.

Ainda no campo da tutela formal, deve-se aludir à norma do art. 54, § 4º,: “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor

⁶ BIANCA, *Diritto Civile*, cit., p. 368. Como adverte DE NOVA, ob. cit., p. 117, “*l'apparato di controllo predisposto dal Codice civile nei confronti delle condizioni generali di contratto, e in particolare delle clause vessatorie, non è adeguato, e ciò perché il problema delle condizioni generali non sta nel fatto che l'aderente non conosce o non riflette, ma sta nel fatto che l'aderente non è in grado di ottenere la modificazione delle clause predisposte dall'altro contraente*”. Importante esclarecer, todavia, que, a partir de 1996, o Código Civil italiano, na trilha da Diretiva nº 93/13 da Comunidade Económica Europeia, foi acrescido de nova seção (*Capo XIV bis*) inteiramente dedicada aos contratos de consumo, onde, além de se prever extensa lista de estipulações que “se presumem vexatórias até prova em contrário”, está enunciada a regra segundo a qual são vexatórias aquelas que “determinam em prejuízo do consumidor um significativo desequilíbrio dos direitos e dos deveres oriundos do contrato”. Note-se que o adjetivo com que se qualificam as cláusulas, antes de uso doutrinário e jurisprudencial, passou a constar do próprio texto da lei.

⁷ Expressivamente, tem-se falado, a propósito, que o lançamento de uma segunda assinatura (e, *a fortiori*, de quaisquer outras, posteriores) constitui uma “cerimônia vazia” e que a exigência legal apenas induz à “praxe da dupla firma automática” (as expressões são, respectivamente, de CAVALLI e SANTINI, ambos citados por PATTI e PATTI, *Il Codice Civile*, cit., p. 353, nota 48).

deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”. O que se impõe é um destaque *gráfico* da cláusula de limitação em confronto com as demais, desprovidas desse caráter restritivo. Em sua literalidade, pretende a lei assegurar ao consumidor a “imediate e fácil *compreensão*” da cláusula; mas talvez se possa ler o texto como se nele estivesse dito: “... sua imediata e fácil *localização* e compreensão”. Antes de lê-las e entendê-las, é indispensável que o consumidor as visualize, sem dificuldade, no corpo do instrumento contratual, muitas vezes extenso e de leitura intrincada. O destaque, exigido pelo Código, será alcançado “ao sabor da criatividade do estipulante”⁸, como, exemplificativamente, mediante o emprego de caracteres com diferente cor, ou de tamanho maior, ou em itálico, ou acompanhadas de qualquer outro sinal gráfico que coloque a cláusula em evidência, quando cotejada com as outras.

Acerca desse dispositivo, uma observação me soa pertinente: ordenando ao fornecedor a apresentação destacada dessas cláusulas de limitação de direito do consumidor, a lei não pretendeu, contudo, excluir a possibilidade de declaração de sua nulidade, se, a despeito de preenchido o requisito formal, ficar constatado seu caráter abusivo, nos termos do art. 51. Há restrições e restrições: sendo razoável a estipulação que a encerre, será também válida, desde que estampada com o necessário destaque; se excessivamente vantajosa para o fornecedor, será nula, em razão de seu conteúdo abusivo, ainda quando posta em evidência no instrumento. Em outras palavras, deve-se entender que o controle material prepondera sobre o puramente formal⁹.

Passando ao exame das normas que instituem o controle sobre o conteúdo dos negócios de consumo (controle *material*), permito-me destacar dois dispositivos, a meu juízo os de maior importância prática.

O art. 46, em sua parte inicial, dispõe: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo (...)”. O consumidor, portanto, só se vincula às cláusulas que lhe eram acessíveis, até o instante da conclusão do contrato, não sendo lícito ao fornecedor, após esse

⁸ NELSON NERY JÚNIOR, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Comentado pelos Autores do Anteprojeto)*, Forense Universitária, 3ª ed., 1993, p. 387.

⁹ Com inteira razão, afirma CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, 2ª ed, 1995, p. 255, que “no sistema do CDC este dever de destaque não exime o fornecedor do controle judicial do *conteúdo* do contrato” (destaque no original).

momento, pretender inserir, por ato unilateral, qualquer outra estipulação. A cláusula, a que o consumidor não teve prévio acesso, não chega a integrar o contrato: a hipótese não é, portanto, de nulidade¹⁰. Há um caso curioso, na jurisprudência inglesa, no qual foi aplicado, de maneira bastante ilustrativa, o princípio inspirador dessa norma. Marido e mulher hospedaram-se em estabelecimento hoteleiro, e, tendo recebido a chave do quarto, a ele se dirigiram, sem se darem conta, quando ali ingressaram, da existência de um mural, colocado na face interna da porta, contendo cláusula de isenção de responsabilidade do proprietário, na hipótese de furto de valores que não lhe fossem entregues para guarda em caixa-forte. Durante a permanência do casal, certo objeto foi furtado, tendo o dono do estabelecimento invocado a cláusula exoneratória. Proposta a ação de indenização, entendeu a corte que a cláusula não podia ser oposta aos hóspedes, precisamente porque a contratação se dera em momento anterior, na recepção do hotel, onde não se podia visualizar, em lugar algum, aquela advertência¹¹.

Recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça¹² aplicou o princípio, em hipótese na qual o contrato fora celebrado em Cachoeira do Sul, embora as cláusulas somente estivessem disponíveis em registro de títulos e documentos situado no Rio de Janeiro. Curiosamente, todavia, o dispositivo não chegou a ser lembrado, em qualquer dos votos, havendo a 3ª Turma preferido invocar outras normas; mas a que incidia era, sem dúvida, a do

¹⁰ Na doutrina brasileira, CLÁUDIA LIMA MARQUES, ob. cit., p. 253, alude à “inexistência do vínculo contratual” como consequência da violação desse dever de informação prévia. Mas, obviamente, é possível que o vínculo contratual subsista, se apenas *uma* ou *algumas* das cláusulas permanecerem inacessíveis ao consumidor, caso em que apenas elas deixarão de integrar o contrato. No direito português, o art. 8º do Decreto-lei nº 446/85 dispõe que se consideram “excluídas dos contratos singulares” tanto as cláusulas que não tenham sido comunicadas “de modo adequado e com a antecedência necessária para que (...) se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência” (hipótese da alínea *a*), quanto as que houverem sido comunicadas “com violação do dever de informação” (hipótese da alínea *b*); e reza o art. 9º que “nos casos previstos no artigo anterior os contratos singulares *mantêm-se*, vigorando *na parte afetada* as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos” (destaquei).

¹¹ Trata-se do caso *Olley v. Marlborough Court Ltd.*: cf. LAWSON, *Exclusion clauses*, Oyez Longman, 2ª ed., 1983, p. 9; CHESHIRE, FIFoot e FURMSTON, *Law of contract*, Butterworths, 11ª ed., 1986, p. 152; TREITEL, *The law of contract*, Steven & Sons, 7ª ed., 1987, p. 170; ID, *An outline of the law of contract*, Butterworths, 4ª ed. 1989, p. 73; LEWISON, *The interpretation of contracts*, Sweet & Maxwell, 2ª ed., 1997, p. 53; ENRICO SCOCCINI, “*Standard form contracts nell’esperienza giuridica inglese: analisi della giurisprudenza e della legislazione*”, trabalho inserido na citada (nota 2, *supra*) coletânea *Le condizioni generali di contratto*, vol. II, p. 524.

¹² *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 94, p.191.

art. 46, porquanto, conforme se lê na ementa do julgado, “(...) o titular não teve prévia ciência de cláusulas estabelecidas pela administradora, não lhe podendo, portanto, ser exigido o seu cumprimento”. Aliás, no voto que proferiu, o Ministro Eduardo Ribeiro tocou, com precisão, o ponto relevante: “(...) É manifesto que o consumidor não tinha conhecimento dos termos desse contrato. Andou bem o acórdão quando deu pela sua *inexistência jurídica*” (destaquei).

No universo dos contratos de seguro, a norma, agora comentada, impõe ao segurador dar ao segurado a chance efetiva de tomar conhecimento de *todas* as cláusulas da apólice, *antes* da contratação. Não faz muito tempo, recebi, pelo correio, uma proposta de contrato de seguro. Para minha surpresa, a correspondência vinha acompanhada de uma “carta-resposta”, a ser devolvida ao remetente, por correio ou fax, contendo uma “confirmação de adesão”, na qual se lia: “Entendo que, após minha adesão ao . . . , receberei as condições do seguro, terei 30 dias para analisá-las e, se não ficar satisfeito, poderei cancelar o seguro com direito a devolução total de qualquer valor já pago”. Estou convencido de que semelhante documento não se harmoniza com a exigência legal do art. 46: as “condições do seguro” somente seriam conhecidas do segurado após a adesão e a conseqüente emissão da apólice, que assinala o instante no qual o contrato se aperfeiçoa (Código Civil, art. 1.433). Nem valeria, em tal situação, o argumento de que a seguradora conferia ao cliente o direito de resilir, de maneira unilateral, o contrato: em primeiro lugar, porque o procedimento adotado não possibilita aquele “conhecimento *prévio*” de que fala o Código, e a lei, cumpre recordar, se compõe de normas de ordem pública e interesse social (art. 1º), que escapam, ressalvada expressa disposição em contrário, ao poder dispositivo das partes; em segundo lugar, porque a fixação de um prazo (30 dias) para o exercício do direito de cancelar o seguro consubstancia cláusula de limitação de direito, cuja validade estaria condicionada ao requisito formal do art. 54, § 4º, no caso descumprido, pois a observação não vinha estampada com o necessário destaque. Trata-se, em realidade, de um sutil expediente para burlar uma das mais importantes garantias dadas ao consumidor.

Ainda sobre o art. 46, é preciso esclarecer que a lei não chega ao ponto de exigir que o consumidor *tome efetivo conhecimento* das cláusulas, antes da contratação: basta que se lhe dê “a *oportunidade* de tomar conhecimento . . .”. O fornecedor tem o dever de propiciar à parte contrária a *chance* de conhecer as cláusulas; mas não pode, obviamente, compelir o

consumidor preguiçoso ou negligente a se informar acerca do que lhe está sendo exposto. Na já citada lei portuguesa de 1985, encontra-se dispositivo análogo, acerca do qual se escreveu, em sede doutrinária¹³: “O dever de comunicação é uma obrigação de meios: não se trata de fazer com que o aderente conheça efetivamente as cláusulas, mas apenas de desenvolver, para tanto, uma atividade razoável”. A lição me parece igualmente aplicável ao direito brasileiro¹⁴.

Chego, por fim, ao art. 51 do Código. Nele se estabeleceu uma lista, espalhada por nada menos de dezesseis incisos, contendo a descrição das denominadas cláusulas abusivas. Consciente do que se passara na Itália, e atento aos sistemas instituídos por outras legislações mais modernas - os autores do anteprojeto de que resultou o Código aludem às leis da Alemanha e de Portugal como os modelos inspiradores, nessa matéria¹⁵ -, o legislador brasileiro instituiu um catálogo meramente *exemplificativo*, como deixa claro o *caput* do dispositivo: “São nulas de pleno direito, *entre outras*, ...”. A grande vantagem reside, pois, na possibilidade de identificação casuística, pelo juiz, de outras cláusulas, que se mostrem tão ou mais onerosas do que as ali descritas. Se a lista fosse exaustiva, o legislador se veria forçado a nela inserir, de tempos em tempos, novas cláusulas abusivas, concebidas por algum fornecedor imaginoso, que, pretendendo escapar à incidência da norma, criasse outras estipulações, ali não incluídas, mas nem por isso menos iníquas. É intuitivo que a obra de atualização do legislador jamais se desenvolveria com a mesma velocidade com que se difundiriam outras cláusulas abusivas, não contempladas na edição imediatamente anterior do catálogo. Se me permitem um gracejo, eu lhes diria que o elenco do art. 51 torna realidade o sonho da eterna juventude: a lista, por assim dizer, contém “ácido glicólico” e se manterá jovem, independentemente de qualquer “cirurgia plástica”, enquanto o Judiciário souber lidar com certos conceitos

¹³ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTONIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais - Anotações ao Decreto-lei nº 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, reimpressão, 1991, p. 25.

¹⁴ Segundo CLÁUDIA LIMA MARQUES, ob. cit., p. 253: “(...) O art. 46, em sua primeira parte, dispõe apenas sobre uma *possibilidade* ou *oportunidade* de tomar ciência do conteúdo do contrato, a isso fica obrigado o fornecedor; caberá ao consumidor a decisão de efetivamente ler ou não, de tomar ciência ou não do texto do contrato” (destacado no original).

¹⁵ Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit. (nota 8, *supra*), p. 12.

indeterminados, como os de “obrigações (...) iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 51, nº IV).

Da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em tema de seguros, destaco o acórdão proferido no julgamento do Resp. nº 79.090-SP¹⁶, que há de servir como paradigma dessa atuação: confirmando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu a 4ª Turma que “a companhia de seguro que recebe parcelas do prêmio relativas a uma proposta de seguro, na qual está consignado que a data da vigência da cobertura corresponde à da assinatura da proposta, não pode deixar de pagar a indenização pelo sinistro ocorrido depois, alegando que o contrato somente se perfectibilizaria com a emissão da apólice, pois todo o seu comportamento foi no sentido de que o negócio já era obrigatório desde então”. Conforme se expressou o relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, “o enunciado do art. 1.433 do CC, quanto à perfectibilização do contrato de seguro, deve ser lido em harmonia com o princípio da boa-fé objetiva”, sendo certo que, no caso, ao segurado se apresentara “formulário impresso da seguradora onde ficou estipulada sua vigência a partir da data da assinatura da proposta”. Se assim se passaram os fatos, “é razoável induzir daí que o segurado ficou com a justa expectativa de estar a coberto dos riscos a partir de então, idéia que se reforçou com a emissão e a entrega de quatro cheques, para pagamento das prestações acordadas, sendo dois deles desde logo descontados”. Em conclusão, afirmou o relator: “Atua-se no mercado de modo a criar a idéia de que a cobertura já existe, o prêmio é recebido, mas o prejuízo superveniente não é indenizado sob a alegação de que ainda não fora emitida a apólice. Penso que o negócio, na fase em que se encontrava, considerando o comportamento da seguradora, já era obrigatório para ela, devendo ser o art. 1.433 do CC interpretado à luz dos princípios introduzidos pela Lei 8.078/90”.

Ainda quanto ao problema da identificação das cláusulas abusivas - ou, mais precisamente, daquelas cuja concretização depende do manejo desses conceitos jurídicos indeterminados -, cabe lembrar que expressiva corrente jurisprudencial tem entendido poder enquadrar-se nessa categoria o *pacto de eleição de foro*, freqüentemente inserido em contratos de consumo. No direito comparado, não constitui novidade a inclusão da mencionada cláusula

¹⁶ Revista de Direito do Consumidor, vol. 20, p. 147 e ss.

entre as expressamente proibidas ou dependentes de aprovação específica, como se passa, por exemplo, em Portugal¹⁷ e na Itália¹⁸. Entre nós, antigos acórdãos do Supremo Tribunal Federal já admitiam fosse desconsiderado o foro de eleição, em benefício do aderente: é o que se extrai, por exemplo, das decisões do Pleno de 14.7.42¹⁹ e 30.6.58²⁰, nas quais se debateu acerca da prevalência ou não da cláusula quando inserida em conhecimento de transporte. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, amiudaram-se, em outros tribunais, os pronunciamentos no mesmo sentido, inclusive em hipóteses envolvendo contratos de seguro²¹.

Ocorre que, na maior parte desses casos, a questão da validade da cláusula de eleição foi discutida em virtude do oferecimento de exceção de incompetência, por meio da qual, na sistemática vigente, se arguiu a incompetência *relativa*, como é a de foro (CPC, arts. 111, 112 e 114). Mais recentemente, contudo, esboçou-se no Superior Tribunal de Justiça, durante o julgamento do Conflito de Competência nº 16.253-SC²², a idéia de que, em tais casos, a nulidade da estipulação de foro poderia conduzir ao reconhecimento *ex officio* da incompetência²³: semelhante ponto-de-vista foi ali sustentado pelos Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Fontes de Alencar, embora o primeiro se tivesse limitado à “ressalva da posição pessoal”, aca-

¹⁷ O art. 19º do Decreto-lei nº 446/85 inclui no elenco de “cláusulas relativamente proibidas” - ou seja, daquelas estipulações “susceptíveis de serem válidas para certos tipos de contratos e não para outros” (MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTONIO MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 46) - as que “estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem”.

¹⁸ Antes mesmo da reforma de 1996 (cf. *supra*, nota 6), já constava do rol de cláusulas vexatórias do art. 1.341 do *Codice civile* aquela que determinasse “*deroghe alla competenza dell’ autorità giudiziaria*”; hoje, especificamente para os contratos de consumo, vige a norma do art. 1.469, *bis*, 19), em função da qual se presume vexatória, até prova em contrário, a cláusula que estabeleça como foro competente “*località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore*”.

¹⁹ Embargos no RE nº 18.122, in *Revista dos Tribunais*, vol. 237, p. 654 e ss. A decisão foi tomada pelo voto de desempate do Presidente, Ministro José Linhares, o que demonstra quão viva era, já naquela época, a controvérsia.

²⁰ Embargos no RE nº 18.615, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 6, p. 76 e ss.

²¹ Veja-se, por exemplo, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Resp. nº 36.975-RJ, 3ª Turma, in *DJU* de 8.8.94, p. 19.563, em cuja ementa se diz: “É ineficaz a cláusula de eleição de foro, a benefício da seguradora, e causadora de dificuldade ao segurado para ter acesso à Justiça”. No mesmo sentido, antes da entrada em vigor do Código, o acórdão da 2ª Seção da Corte no Conflito de Competência nº 1.339, in *Revista dos Tribunais*, vol. 666, p. 187 e ss.

²² *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 90, p. 145 e ss.

bando por votar, entretanto, em idêntico sentido ao da maioria da 2ª Seção, a qual preferiu manter-se fiel à jurisprudência da Corte, cristalizada na Súmula nº 33 (“A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”)²⁴. Nos pronunciamentos daqueles dois Ministros, ressalta a preocupação de dar à hipótese tratamento diverso do que resultaria da aplicação desse verbete, levando-se em conta tratar-se de cláusula de foro embutida em contrato de adesão, que, nas palavras de um deles, “se destaca pela superioridade da vontade do estipulante e reduzido âmbito de escolha do aderente”.

Ainda que o tema específico suscite muitas controvérsias, parece-me extremamente saudável a ênfase dada por ambos os Ministros à frágil posição em que se encontra, no plano contratual, o consumidor, certamente digna de merecer - se não quanto ao problema em foco, ao menos no tocante a outros tantos - tratamento distinto daquele concebido para situações tão díspares. ◆

²³ O 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo já admitira, em acórdão de 24.11.93, a possibilidade de o juiz declinar, de ofício, de sua competência relativa, diante de cláusula de eleição de foro constante de contrato de adesão (Mandado de Segurança nº 568.462.0, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14, p. 168 e ss.).

²⁴ Em data mais recente, a Corte reafirmou a tese, em casos nos quais a cláusula de eleição de foro estava inserida em contrato de adesão: assim, os Resp's. nºs 120.673-SP, 123.336-SP, 132.109-SP e 138.459-SP, todos publicados no *DJU* de 10.11.97 (respectivamente, p. 57.772, 57.775, 57.782 e 57.795).

O Papel da Culpa na Separação e no Divórcio *

GUSTAVO TEPEDINO

Professor Titular do Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

1. **A presença da culpa na tradição ética judaico-cristã** - Deriva do pecado original, metaforicamente representado pela maçã mordida no paraíso, a expressão da tentação humana dirigida a tomar o lugar de Deus, com a cumplicidade da serpente, a suscitar a pronta e enérgica ira divina:

“Então o Senhor Deus disse à serpente: ‘Porque fizeste isso, serás maldita entre todos os animais e feras dos campos ; - andarás de rastos sobre o teu ventre e comerás o pó todos os dias de tua vida. Porei ódio entre ti e a mulher, entre a tua descendência e a dela. Esta te ferirá a cabeça, e tu lhe ferirás o calcanhar’. Disse também à mulher: ‘Multiplicarei os sofrimentos de teu parto; darás à luz com dores, teus desejos te impelirão para o teu marido e tu estarás sob o seu domínio’. E disse em seguida ao homem: ‘Porque ouviste a voz de tua mulher e comeste do fruto da árvore que eu te havia proibido comer, maldita seja a terra por tua causa. Tirarás dela com trabalhos penosos o teu sustento todos os dias de tua vida’¹.

O impressionante relato bíblico revela, assim, a idéia, incrustada na formação cultural judaico-cristã, de que a reprodução humana, o relacionamento conjugal e as relações de trabalho, atividades que, de um certo modo, resumem a vida do homem em sociedade, estão associadas irremediavelmente à idéia de expiação de pecados. Não pareceria demasiado, portanto, formular a hipótese de que, à luz da nossa mais profunda tradição ética, o prazer não é facilmente absorvido desvinculado do elemento culpa: “este doce é tão bom que me dá até remorso comê-lo”, dizia-me minha saudosa avó, no remanso das montanhas das Minas Gerais.

* Trabalho apresentado ao I Congresso Brasileiro de Direito de Família, sobre *A Reforma do Direito de Família*, organizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais, em Belo Horizonte, no período de 22 a 25 de outubro de 1997.

¹ Gênesis, 3, 14 a 17.

No direito de família, a culpa expressa-se na tradição ocidental tanto no momento patológico do casamento, quando alguém é responsabilizado por não mais querer viver com o seu cônjuge - na perspectiva da ruptura da sociedade conjugal -, quanto no quadro - por assim dizer - de estabilidade da vida a dois, culpando-se os cônjuges frequentemente pelo papel que desempenham no cenário da família, associando-se o esforço individual por objetivos comuns à idéia de sofrimento: o sacrifício que alguém faz pela família é a medida, assim, do amor conjugal.

Nesta perspectiva, não surpreende que o estigma do egoísmo venha a ser contraposto à atitude de permanente sofrimento que se espera do cônjuge - especialmente do cônjuge-mulher e mãe (na voz popular, ser mãe é sofrer no paraíso) -, como se inexistisse o ponto de equilíbrio consistente na relação de mútuas concessões, postas - não já impostas - pelo amor de um cônjuge ao outro - derivado do seu próprio sentimento e não de um mero dever institucional.

2. A Culpa no Código Civil Brasileiro e na Lei do Divórcio - O papel da culpa na separação tem sido atenuado, ao menos no que tange à tendência dominante na política legislativa contemporânea, embora o seu espectro continue presente na cultura do direito de família, traduzido na tentativa de reinserir, no âmbito da união estável, efeitos punitivos pela ruptura dos deveres pré-estabelecidos, posição também sustentada, em doutrina, como proposta legislativa, para a disciplina da sociedade conjugal ².

Como se sabe, no regime do Código Civil, anteriormente à Lei do Divórcio, o casamento era indissolúvel, configurando-se duas espécies de desquite: o desquite consensual, ou o desquite litigioso, este associado sempre a idéia de culpa. Vale dizer, se um dos cônjuges não consentisse com o desquite consensual, somente a ocorrência de uma das hipóteses de conduta culposa previstas pelo legislador autorizaria o desenlace. A idéia de culpa estava intensamente presente, portanto, no desquite litigioso, que dependia da prova, atribuída ao autor da ação, de uma das seguintes causas taxativamente enumeradas pelo art. 317, do Código Civil: a) adultério; b)

² No plano da união estável, basta examinar o art. 7º da Lei 9.278/96, cuja dicção pretendeu associar o dever de alimentos à ruptura culposa (rescisão) da vida em comum. Relativamente à sociedade conjugal, v., por todos, a recente e bem elaborada tese de doutorado de REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA PAPA DOS SANTOS, *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*, aprovada com a nota máxima na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1998.

tentativa de morte; c) sevícias ou injúria grave; d) abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos.

Não havendo outra forma de desquite unilateral senão a litigiosa, avultavam, no passado, os pedidos de anulação de casamento ou de imputação de culpa como causa do desquite, em particular na hipótese de adultério, não raro forjado em circunstâncias ensejadoras de enorme constrangimento para os cônjuges e para os filhos.

Por outro lado, sendo o casamento indissolúvel, era inegável o estigma da culpa atribuído a quem pretendesse se separar, sendo certo que, do ponto de vista cultural, o cônjuge desquitado, sobretudo o cônjuge-mulher, era visto com forte preconceito, como pessoa posta à margem das relações familiares.

A introdução do divórcio no ordenamento brasileiro, através da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Carta de 1967, e regulamentado pela Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977), ocorreu em meio a intenso confronto ideológico entre divorcistas e antidivorcistas, daí decorrendo uma regulamentação assaz limitativa do divórcio. O casamento somente poderia ser dissolvido após prévia separação judicial por ao menos 3 anos. Admitiu-se, ainda, o divórcio-direto (art. 40, *caput*), sem a etapa da separação judicial, para a hipótese em que, segundo a redação original do dispositivo, os cônjuges já se encontrassem separados de fato quando da promulgação da Lei do Divórcio e desde que decorrido um período mínimo de 5 anos³.

O art. 38 da Lei do Divórcio, em sua redação originária, foi veementemente censurado por prescrever que o pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderia ser formulado uma única vez. O dispositivo, de compreensão obscura - por referir-se *ao pedido de* divórcio, fazendo supor que o proibição seria apenas da iniciativa do novo divórcio, não excluindo divórcios sucessivos desde que mediante requerimento do cônjuge não antes divorciado - teve o propósito de coibir o que os antidivorcistas chamavam de *poligamia sucessiva*, oferecendo tratamento flagrantemente desigual às

³ Discutiu-se vivamente, ante a redação do art. 40, se estariam autorizados ao pedido de divórcio apenas os casais que já estivessem separados de fato há mais de 5 anos no momento da promulgação da Lei do Divórcio ou se o permissivo abrangeria também os casais que, separados de fato naquela data, viessem a completar o quinquênio da ruptura posteriormente. A jurisprudência, sensível ao drama social que a matéria envolvia, acabou por fixar-se na solução mais liberal.

pessoas casadas, “permitindo que algumas se divorciem e que outras permaneçam simplesmente separadas por toda a vida”⁴.

Tais restrições demonstram as dificuldades encontradas pelo legislador para a introdução do divórcio, ressaltando as implicações religiosas, culturais e sociais da ruptura do vínculo matrimonial, permeada seguramente pela idéia de que extinção do casamento, mais do que retratar um fracasso conjugal anterior, representaria, em si próprio, um pecado social.

Com o reforma, de toda sorte, na esteira das reformas legislativas francesa, italiana e alemã, abranda-se o sistema, prevendo-se, ao lado da chamada “separação-sanção”, insculpida no *caput* do art. 5º, e associada, portanto, à presença do conduta culposa - já agora não mais sujeita a causas taxativamente expostas -, a “separação-remédio” e a “separação-falência”, (ensejadoras do divórcio-remédio e do divórcio-falência), previstas nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo 5º, derivadas da constatação fática da falência do casamento (§ 1º) ou de doença incurável que torna impossível o convívio conjugal (§ 2º), sendo a ruptura do vínculo em ambos os casos o único meio ou remédio para se minorar o drama em que se tornou a convivência familiar⁵.

A Lei. 7.841, de 17.10.89, deu nova redação ao mencionado art. 40, *caput*, da Lei do Divórcio, em consonância com o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, de molde a alterar profundamente o sistema. É de se conferir:

⁴ ORLANDO GOMES, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, 3ª ed., p. 314.

⁵ Sobre o tema, v., por todos, ANTUNES VARELA, *Dissolução da Sociedade Conjugal*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, espec. p. 82 e ss., que analisa sistematicamente a reforma do direito de família introduzida pela Lei do Divórcio. No que concerne à hipótese prevista no § 1º, ANTUNES VARELA sublinha a necessidade de que se caracterize uma “falência definitiva” (p. 88): “Não basta, noutros termos, que a comunhão plena de vida entre os cônjuges se tenha interrompido; é preciso que ela tenha fracassado. Não basta que o casamento esteja em crise; torna-se ainda mister que ele tenha *falhado* ou *naufragado*”. E como não se pode assegurar a *impossibilidade* absoluta de uma reconciliação, o requisito para a separação há de se constituir na “ausência de razões especiais para crer na probabilidade da reconstituição, conforme preceitavam a doutrina e a lei alemã (de 14 de julho de 1976): “Falhado é o casamento, em que já não existe (ou nunca existiu) a comunhão plena de vida entre os cônjuges e não há razões para crer (*nicht erwartet werden kann*) que eles a venham a estabelecer ou a restaurar de novo” (p. 88). O autor realça, ainda, o sentido e o alcance da *separação-remédio*, baseada na doença mental de um dos cônjuges, afastando-a da idéia de abandono do doente por parte do cônjuge sadio, observando, argutamente (p.93-94): “A solução foi desde há muito advogada, quer na doutrina estrangeira, quer na doutrina brasileira, por não se considerar justa a condenação à castidade perpétua (ou à prática de adultério) a que implicitamente podia ser sujeito, no sistema anterior, um dos cônjuges, sempre que a doença mental do outro impossibilitasse a coabitação entre eles. A concessão da separação (ou do divórcio) em tais circunstâncias era considerada pelos seus defensores, não como uma sanção contra o cônjuge demandado, mas como um remédio justo, humano, compreensível, para a situação de que era vítima, também sem culpa, o cônjuge não doente”.

“No caso de separação de fato, e desde que completados 2 anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação”.

Vale examinar, ainda, mais detidamente, a dicção do art. 5º e seus parágrafos:

Art. 5º. A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum”

§ 1º. A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º. O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º Nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal”.

Na Lei do Divórcio, portanto, em um primeiro momento, o divórcio-remédio, despido da idéia de culpa, tanto o direto (disposição transitória) como o indireto (exigindo o período de 3 anos de prévia separação judicial), mostrava-se ainda tímido, sendo de se sublinhar, no transcrito § 3º, o resquício da culpa projetada na perda patrimonial de quem toma a iniciativa da separação, além do lapso de 3 anos para requerê-la no caso de impossibilidade de vida em comum.

De toda sorte, a partir do advento da Lei 8.408, de 13.2.92, que reduz para um ano o prazo para a propositura da separação-remédio ou falência (prevista no art. 5º, § 1º, em sua redação original, desde que decorridos 3 anos), e da Lei 7.841/89, que deu a nova redação ao art. 40, expande-se, sensivelmente, a separação ou divórcio-remédio, promovido de maneira objetiva, arrefecendo o papel da culpa.

Quanto ao preceito do § 3º, como justamente observou-se em doutrina, tratava-se de uma espécie indenização compatível unicamente com a comunhão universal, único regime em que há meação dos bens anteriores e

posteriores ao casamento. Nos demais regimes, ou não há meação anterior - e portanto, não há bens levados para o casamento (comunhão parcial) ou não há bens comuns posteriores às núpcias (separação total) ⁶.

Há que se remarcar, ao propósito, que o preceito do § 3º, embora não tenha sido propriamente revogado, tornou-se ineficaz diante da nova redação do art. 40 que, como antes examinado, permite aos cônjuges separados de fato promoverem diretamente o divórcio sem se sujeitarem à sanção prevista na lei especial.

Tal proposta, entretanto, longe de ser pacífica, suscita conceituada objeção de quem afirma que o divórcio direto somente poderá ser promovido consensualmente, por vontade de ambos os cônjuges, prevalecendo, conseqüentemente, as conseqüências previstas no § 3º para os demais casos em que apenas uma das partes queira se divorciar - sujeitando-se, então, à prévia separação judicial⁷. O argumento, contudo, não colhe, não sendo consentido ao intérprete restringir o alcance do Texto Constitucional, *in verbis*:

Art. 226, 6º : O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de uma ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O papel da culpa, portanto, no que tange aos efeitos patrimoniais, mostra-se reduzido, embora permaneça em realce no tocante ao dever de alimentos, prevendo o art. 19 da Lei do Divórcio que “o cônjuge responsável pela separação prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar”.

Outro aspecto de grande relevo, no tocante à culpa, refere-se à possibilidade de perda do sobrenome pela mulher após a separação. Com efeito, no termos do art. 17, perde o nome de casada não só a mulher considerada culpada da separação mas também a que teve a iniciativa da separação-re-médio ou separação-falência, consoante os § § 1º e 2º do art. 5º da Lei do Divórcio. Da dicção dos arts. 17 e 18 exsurge nitidamente o caráter punitivo da perda do nome, associada à culpa pela ruptura ou mesmo pela mera iniciativa:

Art. 17. Vencida na ação de separação judicial (art. 5º, caput), voltará a mulher a usar o nome de solteira.

⁶ ARNOLDO WALD, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. IV, *Direito de Família*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, 11ª ed., p. 141.

⁷ MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5, *Direito de Família*, São Paulo, Saraiva, 1996, 11ª ed., p. 247.

§ 1º *Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo, quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 5º.*

§ 2º *Nos demais casos, caberá a mulher a opção pela conservação do nome de casada.*

Art. 18. Vencedora na ação de separação judicial (art. 5º, caput), poderá a mulher renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o nome do marido.

A solução legal mostra-se plasmada pela idéia da culpa, vinculando a manutenção do *nome de família*, atributo da identificação pessoal da mulher - e incrivelmente sempre tratado, diga-se de passagem, como *nome do marido* - ao seu comportamento durante ao casamento; e, pior ainda, subtraindo-lhe o sobrenome como uma sanção, não só na separação culposa mas na separação remédio.

Já na hipótese de divórcio, o art. 25, parágrafo único, introduzido pela Lei 8.408, de 13.2.92, , prescreve, como regra, a perda pela mulher do nome de família, valendo a transcrição do preceito:

Art. 25.....

Parágrafo único. A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se a alteração prevista neste artigo acarretar:

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III - dano grave reconhecido em decisão judicial;

A perda do nome de família, portando, no divórcio, a partir da Lei 8.408/92, desvincula-se da idéia de culpa, embora pudesse ser questionada a constitucionalidade da solução legal que, em última análise, viola o direito à identificação pessoal da mulher. Afinal, com o casamento, o nome de família integra-se à personalidade da mulher, não mais podendo ser considerado como nome apenas do marido. Muitas vezes poderá ser difícil à mulher demonstrar uma das hipóteses previstas nos incisos acima enumerados, embora a alteração do seu sobrenome - que, de resto, a identifica com os filhos do casamento desfeito -, altere necessariamente a sua identificação pessoal, atributo de sua personalidade, cuja eventual alteração deveria ser, por isso mesmo, a ela exclusivamente facultada.

Insere-se, ainda, no rol das conseqüências da culpa na separação, a possibilidade de perda da guarda dos filhos pelo cônjuge culpado, dispondo

o art. 10 que “os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa”.

O dispositivo, contudo, vem sendo temperado pela boa atuação da jurisprudência que, valendo-se do art. 13, segundo o qual, “se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”, tem se firmado no sentido de definir a guarda em favor do melhor interesse dos filhos. Tal entendimento, que expressa a crescente aplicação, pela magistratura, do princípio do “*The best interest of child*”, é digno de encômios, não sendo tolerável, à luz da Constituição da República, condicionar a convivência familiar dos filhos de pais separados à vida conjugal fracassada.

3. Notas sobre as experiências comparadas: o direito francês e o direito italiano - A trajetória do legislador brasileiro não se diferencia, substancialmente, do percurso histórico verificado em outros ordenamentos da família romano-germânica, nos quais, em geral, se tem atenuado os efeitos da culpa na separação conjugal, malgrado a sua renitente presença. Vale, ao propósito, passar em revista, ainda que superficialmente, a disciplina legal da França e da Itália, de modo a que se possa compreender a não linear tendência legislativa⁸.

Inspiradora da Lei do Divórcio brasileira, a reforma de 1975 francesa prevê, como causa para o divórcio, o descumprimento dos deveres conjugais genericamente considerados (art. 242, Código Civil francês): “*Le divorce peut être demandé par un époux pour des faits imputables à l'autre lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune*”.

Comentando a reforma do direito de família francês, Carbonnier

⁸ V., ao propósito, ANTUNES VARELA, *Dissolução da sociedade conjugal*, cit., p. 84 e ss., o qual analisa os paradigmas francês, italiano e alemão, considerando indiscutível que “a nova lei brasileira se inspirou fundamentalmente no diploma francês” (p. 86). Observa que, no caso da Alemanha, a lei matrimonial de 14 de junho de 1976, na esteira da orientação já traçada pela lei matrimonial de 1938, “operou uma viragem decisiva no centro e gravidade da dissolução do casamento. O divórcio passou a ter como causa essencial a ruptura definitiva do casamento, que se presume *iuris et de iure* em dois tipos de situações: a) quando os cônjuges vivem separados há mais de um ano e ambos pedem o divórcio, ou um deles o pede e o outro aceita o pedido; b) quando os cônjuges vivam separados há mais de três anos, a qualquer deles sendo lícito, nesse caso, requerer o divórcio”.

evidencia que “*Dans le système d’avant 1975, qui reposait tout entier sur des idées de faute et de sanction, chacun des deux époux recevait du jugement de divorce l’étiquette et partant la condition juridique, soit d’époux coupable, soit d’époux innocent*”⁹.

No regime atual, a regra na França é a ausência de pensão alimentícia (*devoir de secours*), substituída pela *prestation compensatoire*, de característica *forfaitaire* e, portanto, não variável, imutável, com outra natureza em relação à pensão já que, nos termos do art. 270 do *Code*, visa a compensar a disparidade que a ruptura do casamento cria nas respectivas condições de vida”¹⁰.

Já na separação de corpos, estágio anterior ao divórcio, correspondente ao que seria a nossa separação judicial, embora restrita a por fim ao dever de coabitação, que se transformará em divórcio, mediante simples procedimento não contencioso, é devida a prestação de alimentos (justamente porque o *devoir de secours* é inerente ao casamento) “*sans considération des torts*” (art. 303, Código Civil francês).

Excepcionalmente, na hipótese de divórcio direto, motivado pela ruptura da vida em comum, seja por uma separação de fato superior a 6 anos (art. 237 - *divorce pour rupture de la vie commune*), seja no caso de doença grave de um dos cônjuges, que se prolongue por mais de 6 anos, afetando suas faculdade mentais e comprometendo irremediavelmente a vida conjugal (art. 238, C.C. francês), aquele que toma a iniciativa da separação terá que arcar com todas as responsabilidades, como uma espécie de sanção.

Com efeito, nos termos do art. 281, do Código Civil francês, ao cônjuge que tomou a iniciativa do divórcio-remédio incumbirá a pensão alimentícia em favor do outro cônjuge, constituindo-se em dever transmissível hereditariamente (art. 282), incluindo aí, na hipótese de doença, as despesas com o tratamento médico¹¹.

Verifica-se em todos estes dispositivos, que influenciaram diretamente

⁹ JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, t. 2, *La Famille*, Paris, Puf, 1995, 17ª ed., p. 247, o qual registra a grande influência da culpa no regime anterior, a cuja noção “*étaient associées des prérogatives importantes, qui n’étaient pas seulement pécuniaires (ex. droit à une pension alimentaire), puisqu’elles comprenaient aussi un droit de préférence dans l’attribution de la garde des enfants mineurs*”.

¹⁰ Eis o teor do art. 270: “*Sauf lorsqu’il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l’article 212 du Code civil; mais l’un des époux peut être tenu de verser à l’autre une prestation destinée à compenser, autant qu’il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives*”.

o legislador brasileiro, a forte presença da culpa, que se manifesta ainda nos efeitos patrimoniais do divórcio. Nos termos do art. 267, o cônjuge culpado perde todas as doações recebidas do outro antes ou depois do casamento, o mesmo ocorrendo, segundo o art. 269, no divórcio-remédio, contra aquele que toma a iniciativa judicial.

Sublinhe-se, ainda, os efeitos da culpa no tocante à perda do nome de família pela mulher, já que, segundo dispõe o art. 264, a mulher só manterá o sobrenome no divórcio-remédio na hipótese em que o homem tenha tido a iniciativa da separação. Nas demais hipóteses, voltará a usar o sobrenome anterior ao casamento, salvo se obtiver a autorização do marido para a manutenção do sobrenome ou a autorização judicial, diante de justificado interesse dela ou dos filhos¹².

Há, ainda, no direito francês, um dispositivo não importado pelo legislador pátrio, que prevê expressamente a possibilidade de condenação ao dever de reparar os danos morais e materiais decorrentes do divórcio culposo.

Art. 266. *Quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint.*

Ce dernier ne peut demander des dommages-intérêts qu'à l'occasion de l'action en divorce".

O preceito suscita intensa objeção, já que transforma em regra geral a reparação por perdas e danos que, submetida à disciplina da responsabilidade aquiliana, já seria aplicável, como exceção, ao divórcio, desde que se demonstrem os pressupostos do ato ilícito (art. 159, Código Civil Brasileiro).

¹¹ Segundo a dicção imperativa do art. 281, "*Quand le divorce est prononcé pour rupture de la vie commune, l'époux qui a pris l'initiative du divorce reste entièrement tenu au devoir de secours. Dans le cas de l'article 238, le devoir de secours couvre tout ce qui est nécessaire au traitement médical du conjoint malade*".

¹² O dispositivo não se refere diretamente à culpa, embora tenha implícita a idéia de sanção ao utilizar como critério da manutenção do sobrenome a iniciativa da separação no divórcio-remédio, sempre dentro da concepção, que serviu de paradigma para o legislador brasileiro, de que o sobrenome da família, utilizado pela mulher, deva ser considerado com sobrenome do marido. Vale analisar o inteiro teor do preceito:

"Art. 264. *A la suite du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom.*

Toutefois, dans les cas prévus aux articles 237 et 238, la femme a le droit de conserver l'usage du nom du mari lorsque le divorce a été demandé par celui-ci.

Dans les autres cas, la femme pourra conserver l'usage du nom du mari soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou pour les enfants".

Demais disso, os deveres conjugais não parecem suscetíveis de recondução ao regime da responsabilidade contratual, disciplinadora dos negócios jurídicos patrimoniais, onde o inadimplemento culposo pode ser facilmente presumido.

A natureza jurídica específica do casamento, ao reverso, presidido por deveres não patrimoniais, dificilmente se coaduna com a presunção de inadimplemento e a aplicação automática de perdas e danos, sem que especificamente se demonstre a presença do ilícito¹³. Basta pensar nos deveres do art. 231 do Código Civil Brasileiro, notadamente os deveres de fidelidade recíproca e de coabitação, para se ter em conta que o comportamento contrário à vida conjugal, capaz de levar ao desenlace, não é suscetível de identificação objetiva com o ato ilícito - a menos que se pretendesse, por absurdo, fixar um standard médio de performance sexual, ou um padrão ideal de fidelidade, cujo não atendimento pudesse ser considerado como ilícito¹⁴.

Do exame da legislação francesa, pode-se concluir que, no tocante aos efeitos do divórcio, independem de culpa: a) a já mencionada prestação a ser paga por um cônjuge ao outro para evitar disparidades em seus padrões de vida (*prestation compensatoire*); b) a determinação da guarda dos filhos, a qual, nos termos dos arts. 286 e 287, atenderá exclusivamente ao melhor interesse da criança.

Na experiência italiana, a culpa perdeu terreno com a reforma de 19 de maio de 1975 (Lei n. 898, modificada pela Lei n. 74 de 1987), que introduziu o divórcio.

O art. 151 do Código Civil italiano, com a redação que lhe deu a lei especial, desloca “a pedra angular sobre a qual assenta o sistema da separação judicial para circunstâncias puramente objetivas”: verificação de fatos que tornem intolerável a prossecução da vida em comum ou que causem grave

¹³ Sobre o debate em torno da natureza jurídica do casamento, v. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. V, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 1995 (3ª ed.), p. 34 e ss., com ampla bibliografia. V., também, JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA e FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ, *Curso de Direito de Família*, Curitiba, Juruá, 2ª ed., p. 135, que demonstram a inadequação da teoria contratualista no direito positivo brasileiro, explicando, ditaticamente, às razões históricas da identificação, pela Igreja, do casamento como contrato.

¹⁴ O preceito sob censura inspirou o legislador português que, na reforma do direito de família de 1977, deu nova redação ao art. 1792 do Código Civil de 1966, nos seguintes termos: “1. O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento na alínea c) do art. 1781 devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento. 2. O pedido de indenização deve ser deduzido na própria acção de divórcio”.

prejuízo à educação da prole”¹⁵. Vale examinar o preceito, destacando-se a preocupação do legislador italiano no sentido de incluir, dentre as causas objetivas, ao lado da falência da vida em comum, a possibilidade de prejuízo para os filhos:

Art. 151. *Separazione giudiziale - La separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole.*

Il giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze, e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio”.

Extrai-se do preceito acima transcrito a permanência da separação culposa, que será declarada, no entanto, somente na hipótese de requerimento expresso de um dos cônjuges, com conseqüências danosas para o culpado exclusivamente no que toca aos alimentos, excluindo-lhe a possibilidade de recebê-los, nos termos do art. 156:

Art. 156. “*Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi. - Il giudice, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall’altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri (...)”*

No que tange ao nome da mulher, o art. 156 *bis*, também introduzido pela reforma legislativa, afasta-se da idéia de culpa, autorizando o juiz a alterar o sobrenome sempre que a sua manutenção possa acarretar prejuízos para a ex-mulher ou para o ex-marido.

Finalmente, no que concerne à guarda dos filhos, o art. 155 determina que a decisão judicial seja baseada exclusivamente no melhor interesse da prole (*con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale di essa*), prevendo que, em regra, “*le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i coniugi”*”, sendo ao magistrado facultado, inclusive, a determinação da guarda conjunta¹⁶.

4. A justificativa axiológica da culpa no Código Civil e a perda

¹⁵ ANTUNES VARELA, *Dissolução da Sociedade Conjugal*, cit., p. 85.

de significado no ordenamento constitucional - As experiências legislativas nacional e estrangeiras, acima referidas, indicam, por um lado, a tendência a se atenuar o papel da culpa da separação judicial; por outro, a permanência de sua presença nos efeitos da ruptura matrimonial, atraindo sanções de várias espécies, estimuladas, do ponto de vista hermenêutico, por uma vetusta tradição cultural que ainda se pode considerar dominante no direito brasileiro¹⁷.

Entretanto, parece indispensável que o intérprete consiga distinguir a justificativa axiológica do Código Civil brasileiro, que atribuía à separação culposa posição predominante, daquela emanada pela Constituição da República de 1988, que alterou o conceito de unidade familiar e determina profunda revisão dos critérios interpretativos em matéria de direito de família¹⁸.

À luz do Código Civil de 1916, inspirado na linha dominante da codificação europeia do Século XIX, considerava-se o casamento indissolúvel e a separação, em regra, culposa, gerando um conjunto de sanções patrimoniais e não patrimoniais contra o cônjuge faltoso: a noção de culpa identificava um comportamento causador de dano (por si só, necessariamente) injusto, ou seja, a dissolução do vínculo conjugal.

E, com efeito, tal circunstância derivava do fato de que, para o Código Civil, a família representava uma instituição fundada no casamento, e a este, portanto, inexoravelmente vinculada. Daí uma certa sublimação do casamento, instituição transpessoal, intrinsecamente legítima. O casamento era assim valorado como um bem em si mesmo, necessário à consolidação

¹⁶ A questão da guarda conjunta, que se encontra na ordem do dia no direito de família contemporâneo e que, evidentemente, não poderia ser nesta sede enfrentada, suscitou na Itália violenta reação dos civilistas tradicionais. Emblemática, a propósito, a mal humorada crítica de ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1993, 34ª ed., p. p. 266: “*Il legislatore, seguendo la moda di imitare modelli stranieri, ammette anche l'affidamento congiunto o alternato (la joint custody dell'esperienza nordamericana: già, del resto, un nostro giudice aveva deciso assegnando la casa d'abitazione direttamente al figlio con il diritto-dovere di entrambi i genitori di alternare le loro cure nelle residenze di quegli...orfani non privi di padre e di madre!*”.

¹⁷ Para uma bem elaborada análise crítica à família tradicional e aos papéis desempenhados pelos cônjuges, RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, *Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 15 e ss.

¹⁸ Sobre o tema, seja consentido remeter o leitor a GUSTAVO TEPEDINO, *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações familiares*, in *A Nova Família: Problemas e Perspectivas* (org. Vicente Barretto), Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 47 e ss.

das relações sociais, independentemente da realização pessoal de seus membros. O rompimento da sociedade conjugal, portanto, afigurava-se como o esfacelamento da própria família, reprovado socialmente, a despeito das causas subjetivas que o motivaram.

O exame crítico da legislação codificada ajuda a melhor compreender tal transformação. Segundo o sistema do Código Civil, tudo aquilo que pudesse representar uma ameaça ao casamento suscitava a hostilidade do legislador, sendo a unidade formal do casamento um valor superior ao interesse individual da mulher ou do marido que pretendessem se separar. Daqui decorria todo um regime rígido de preservação da estrutura familiar em torno do casamento, tanto no que concerne ao vínculo matrimonial, como no tocante à relação entre os cônjuges e à relação entre pais e filhos.

No tocante ao vínculo matrimonial, este deveria ser preservado, na lógica do Código, mesmo se os cônjuges individualmente já não mantivessem qualquer vida em comum e se desquitassem (operando a dissolução da sociedade conjugal). Explica-se assim: a) a indissolubilidade do casamento (mantida até a aludida Emenda Constitucional n. 9/75); b) o repúdio a qualquer outra estrutura familiar fora do casamento (e a reação radical contra o concubinato); c) a dificuldade processual para se tornar inválido um casamento, mesmo se celebrado em violação de impedimento dirimente público, atentatório, portanto, à ordem pública - o art. 222 remete a matéria para *ação ordinária*, em que é nomeado curador para *defender o vínculo*, mesmo no caso de vício ensejador de nulidade absoluta (!); d) a dificuldade para a obtenção do desquite, submetido a já mencionada taxatividade de causas; e) a presunção quase absoluta de paternidade do marido em relação aos filhos da mulher casada, regulada nos arts. 348 e ss., mesmo contra todas as evidências, o depoimento e a prova de adultério da mulher (art. 343), sempre em favor da paz doméstica .

No que concerne à relação entre os cônjuges, avultava no Código Civil o poder marital e a incapacidade relativa da mulher casada, em franca agressão à sua dignidade e inteligência, mecanismo perverso que só se poderia justificar no interesse da manutenção da unidade formal do casamento, favorecida pela chefia unilateral e despótica do marido.

No tocante à relação entre pais e filhos, destaca-se, na ótica do Código, o papel central exercido unilateralmente pelo pai, cujo pátrio poder era exaustivamente regulado, nos arts. 379 e ss. do Código Civil, no que tange

às relações patrimoniais, sendo ao revés incrivelmente desregulamentada a condução da educação dos filhos naquilo que pertine às relações não patrimoniais, ou existenciais - atribuída ao exclusivo alvedrio do pai, sem qualquer controle ou regra específica ¹⁹.

Também aqui, pode-se dizer que o sacrifício do filho, objeto inteiramente passivo do próprio processo educacional, atendia à preocupação de manter coesa, do ponto de vista formal, a unidade familiar ²⁰.

A Constituição da República de 1988, ao contrário, na esteira de longo processo histórico de transformação da estrutura familiar, em seus arts. 226 e 227, altera radicalmente o quadro normativo. Estabelece a proteção da família como meio para a realização da personalidade de seus membros, estremando a entidade familiar da entidade matrimonial, esta apenas uma espécie privilegiada daquela, admitindo-se, expressamente, a união estável e as famílias monoparentais, formadas por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Dito diversamente, a família é considerada pelo constituinte, no art. 226, base da sociedade, comunidade intermediária com especial proteção do Estado, na medida em que cumpra o seu papel - a um só tempo dever e justificativa axiológica. E o papel da família, nitidamente instrumental, exsurge de diversos preceitos constitucionais, em particular: art. 227, no sentido de promover os direitos inerentes à plena realização da personalidade dos filhos; art. 226, § 5º, dirigido a garantir à igualdade entre homem e mulher e, portanto, à real emancipação de ambos; art. 226, § 7º, voltado ao planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Todos estes preceitos hão de ser interpretados à luz dos princípios fundamentais enumerados nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal, sendo certo que a República, nos termos dos incisos II e III do art. 1º, tem como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

¹⁹ Para a compreensão do substrato cultural e ideológico da disciplina jurídica da filiação cf., LUIZ EDSON FACHIN, *A Paternidade - Relação Biológica e Afetiva*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 25 e ss.

²⁰ Os diversos aspectos informadores da evolução histórica do direito de família brasileiro são analisados por HELOISA HELENA BARBOZA, *O Direito de Família Brasileiro no Final do Século XX*, in *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*, cit., p. 87 e ss. A autora, Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ, demonstra quão tormentosa foi a evolução legislativa e jurisprudencial em matéria de família, desde o advento do Código Civil até a promulgação da Constituição de 1988, sublinhando, a p. 92, que “o Código Civil impunha a preservação da família matrimonial, mediante um jogo de presunções e proibições legais, mesmo em face de evidências”.

Pois bem: se a unidade da família, à luz da Constituição, não mais se identifica com a unidade do casamento, não há como associar a aplicação de sanções atinentes a efeitos jurídicos existenciais - alimentos, guarda de filhos, sobrenome da mulher - e mesmo patrimoniais - divisão dos bens - à culpa pela ruptura do vínculo matrimonial.

5. Notas conclusivas. Critérios interpretativos aplicáveis à separação e ao divórcio. Aspectos controvertidos: a culpa na conversão da separação em divórcio e na união estável - A Constituição da República, como se viu, promove a democratização da família e a sua funcionalização à realização da personalidade de seus integrantes. O Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se em referência emblemática desta nova tábua de valores, ao elevar a criança a protagonista do processo educacional, facultando-lhe, a todo momento, questionar os métodos pedagógicos empregados pelos pais e educadores, mesmo que o conflito de interesses venha a abalar a estrutura formal do vínculo familiar²¹.

A igualdade entre os cônjuges, assegurada constitucionalmente, também pode gerar atritos, os quais, contudo, jamais deverão ser dirimidos em prejuízo da isonomia, já que a comunidade familiar, segundo a nova ordem pública constitucional, não expressa um valor superior às pessoas, sendo tutelada somente na exata medida em que for capaz de preservar a dignidade da mulher, do homem e dos filhos.

E é precisamente por tais circunstâncias, por ter o constituinte concebido a família como comunidade intermediária instrumentalizada à realização da pessoa humana, que admitiu diversas espécies de entidades familiares: a família fundada no casamento - merecedora de tutela privilegiada, na medida em que a solenidade e a publicidade do rito matrimonial geram uma segurança jurídica favorável ao compromisso assumido pelas partes; a união estável, baseada puramente na solidariedade espontânea e duradoura; e ainda a família monoparental, constituída pela relação de amor entre qualquer um dos genitores com os filhos, rompendo, assim, com a lógica suprapessoal da instituição matrimonial prevista no Código Civil (art. 226, § § 1º a 4º, C.F.)²².

²¹ Para um exaustivo estudo sobre as transformações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em perspectiva interdisciplinar, v. TÂNIA DA SILVA PEREIRA, *Direito da Criança e do Adolescente*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996.

Assim estando as coisas, compreende-se facilmente que todas as normas que privilegiavam o vínculo matrimonial em detrimento dos integrantes da estrutura familiar perderam sua base de validade - ou não foram recepcionadas - com o advento da Constituição de 1988.

Tal construção, à evidência, aplica-se não somente à disciplina da relação matrimonial mas também às normas atinentes à separação, não sendo consentido imputar sanções pelo simples fato da ruptura do vínculo matrimonial - sem que se identifique, especificamente, a prática de um ato ilícito; mormente quando estas sanções deixam de ter relação de causalidade com o dano efetivamente produzido e afetem outros institutos, como alimentos, o nome de família, a guarda dos filhos, o patrimônio individual de cada cônjuge.

Pode-se dizer, portanto, em estreita síntese conclusiva, que todos as hipóteses que vêm agitando os Tribunais e que dizem respeito ao papel da culpa devem ser analisadas à luz de uma espécie de carta de alforria constitucional.

Quanto às sanções patrimoniais, já se disse que a nova dicção do art. 40 da Lei do Divórcio mostra-se mais ampla e incompatível com o a regra do art. 5º, § 3º, do mesmo Diploma.

Relativamente ao dever de pensão alimentícia, também anteriormente examinado, o art. 19, da Lei do Divórcio atribui exclusivamente ao cônjuge responsável pela separação a obrigação alimentar, sendo de se dar ao dispositivo interpretação restritiva, aplicável somente à separação culposa e inaplicável às modalidades de separação previstas nos §§ 1º e 2º do art. 5º.

Quanto ao nome da mulher, a nova redação do aludido art. 25 da Lei do Divórcio já afasta a idéia de culpa, presente no art. 17, embora deva se privilegiar, sempre que possível, o direito à identidade pessoal da mulher, sendo o sobrenome por ela adotado parte essencial do seu próprio nome, capaz de vinculá-la aos filhos do casal, não já um mero e contingente em-

²² O malogro da excessiva regulamentação em matéria de família é argumentamente demonstrado por RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, *A Família - Estruturação Jurídica e Psíquica*, in *Direito de Família Contemporâneo*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 13 ss., o qual sugere a desvinculação das espécies de entidades familiares à tipicidade constitucional: “Constamos que a sexualidade, que é da ordem do desejo, sempre escapará ao normatizável. O Estado não pôde mais controlar as formas de constituição das famílias. No final deste século, ela é mesmo plural. O gênero família comporta várias espécies, como a do casamento, que maior proteção recebe do Estado, das uniões estáveis e a comunidades dos pais e seus descendentes (art. 226, CF). Estas e outras formas vêm exprimir a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade”.

préstimo do sobrenome do marido.

No que concerne à guarda dos filhos, é preciso que o magistrado, valendo-se do permissivo do art. 13, disponha sempre de acordo com o melhor interesse da criança, conforme tendência que se corporifica em nossa jurisprudência, sem que a conduta conjugal possa ter qualquer interferência em sua decisão ²³.

Discute-se, ainda, se o descumprimento dos deveres estipulados na separação judicial possa ser causa impeditiva da conversão da separação em divórcio, a teor do art. 36, II da Lei do Divórcio. Em que pese a existência de conceituadas vozes em contrário, parece que a previsão constitucional de divórcio direto no prazo de dois anos faz com que o direito à dissolução não possa ser obstaculado pelo comportamento culposos do cônjuge separado. Mais uma vez, é preciso evitar que a inadimplência em relação aos deveres estipulados na separação - a ser sancionada com as conseqüências próprias da inexecução das obrigações de dar, fazer e não fazer -, se estenda de molde a impedir direitos constitucionalmente tutelados: a permanência do estado civil e do vínculo matrimonial não pode ser moeda de troca, à luz dos valores constitucionais, para se obter o cumprimento das obrigações derivadas da separação judicial.

Uma última palavra, ainda, acerca do papel da culpa nas uniões estáveis. A idéia de separação culposa não se ajusta facilmente ao conceito de união estável, marcada pela constatação fática e espontânea dos seus pressupostos constitutivos: o amor, a solidariedade, a seriedade recíproca, a estabilidade. De toda sorte, segundo preceitua o art. 7º da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, “dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Diante do dispositivo, muitos autores sustentam que os alimentos derivados da ruptura da união estável restringem-se à hipótese de separação culposa²⁴. Tal entendimento, contudo, não colhe. A uma, porque a lei não o

²³ Exemplar apresenta-se a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na apelação Cível n. 87.835/4, sendo Relator o Des. Francisco Figueiredo (colacionada por RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, *Direito de Família*, cit., p. 190), assim ementada: “Guarda de Filhos - Adulterio da Mulher - Separação Judicial. Se a mulher não teve a pecha de mau comportamento e se é boa mãe, *embora tenha falhado como esposa, ao praticar adultério, a ela deve ser conferida a guarda do filho, pois o interesse e bem-estar do menor devem ser o tribunal maior a decidir o seu destino*, sobretudo tendo-se em conta que a profissão do pai leva-o a estar sempre ausente de casa” (grifou-se).

restringe expressamente, tendo o legislador se limitado a utilizar o vocábulo *rescisão*, de modo pouco claro, o que, mesmo no sentido mais técnico, estaria a regular uma única espécie de ruptura, a separação culposa; a duas, porque, em se tratando de entidade familiar, há que se aplicar, por interpretação extensiva, a regulamentação em tema de alimentos prevista no art. 17 e ss. da Lei do Divórcio. A pensão alimentícia, derivada da conversão em pecúnia do dever de mútua assistência próprio e típico da relação familiar - incluído de forma expressa no casamento, e recorrente, como pressuposto fático, na caracterização da união estável -, tem origem na solidariedade familiar, podendo ser requerida, conseqüentemente, desde que haja a necessidade de um dos parceiros, no momento em que se dissolve qualquer espécie de entidade familiar constitucionalmente tutelada. ◆

²⁴ V., por todos, o mentor intelectual da Lei 9.278/96, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, in *Revista Literária de Direito*, ano II, n. 11, maio/junho 1996, p. 22: Após a ruptura da sociedade concubinária, serão eles (os alimentos) devidos, se houver culpa, devendo o culpado pagar ao inocente alimentos, se destes necessitar. É expresso o art. 7 ao assentar que cuida de dissolução da união estável, por rescisão, que não existe sem culpa”.

Direito à Privacidade

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO
DE CARVALHO

*Professor Assistente da UERJ; Mestre pela PUC-RJ;
Juiz de Direito*

1. Introdução - Há menos de dois séculos atrás, em 1819, Benjamin Constant¹, em célebre conferência, comparou a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Os antigos eram os povos de Atenas, Roma, Lacedemônia e Esparta, enquanto que os modernos, para o autor, eram os que viveram após a Revolução Francesa. Concluiu, o conferencista, que os antigos tinham ampla liberdade política, já que decidiam em praça pública sobre os assuntos do Estado, sobre a paz e a guerra, sobre a vida e a morte, mas não tinham a menor privacidade, nem em seus lares. Ao contrário, aos modernos se reconhecia o direito à privacidade mas participação política limitada à fórmula da teoria da representação, ou seja, “uma parte ideal em uma soberania abstrata”.

Dois séculos após, os modernos do conferencista se tornaram os nossos antigos e, nós, os modernos. E as liberdades públicas também mudaram para assumir novos contornos. Hoje, vivemos uma situação paradoxal: enquanto todas as Constituições dos países civilizados prescrevem o direito à privacidade, o que também faz a nossa de modo incontestado, o progresso tecnológico vai urdindo uma fina malha pela qual a privacidade é facilmente aprisionada, às vezes sub-repticiamente, com maior ou menor grau de sofisticação.

A privacidade, nos dias de hoje, é posta em risco por grampos telefônicos, microcâmeras poderosas que captam imagens dentro do lar, microgravadores potentes que gravam conversas a grande distância, pela invasão de uma imprensa por vezes sensacionalista e irresponsável, pela circulação de dados individuais fornecidos para um determinado fim e utilizados para outro, pela quebra de sigilos constitucionais, especialmente pelas CPIs que estão se multiplicando a partir da que investigou com sucesso o ex-presidente

¹ Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos

Collor, pelas intervenções corporais realizadas pela polícia em suspeitos de prática de infração criminal, enfim por uma série de atentados em potencial, somente possíveis em uma sociedade tecnológica e economicamente complexa em que o cidadão, para conviver e para sair do isolamento não mais possível no limiar do século XXI, é obrigado a estabelecer relações sociais e econômicas e, assim, expor a público uma parcela de sua privacidade e de sua família.

2. Conceito e desenvolvimento histórico - Não há unanimidade quanto à existência ou não de uma diferença conceitual entre direito à intimidade e direito à privacidade. Para uma corrente não existe mesmo qualquer distinção, sendo ambos equivalentes, decorrentes do direito da personalidade. Para outra corrente, há distinção e ela decorre de o direito à intimidade ser mais restrito que o direito à vida privada, correspondendo a uma esfera mais recôndita da personalidade.

Ainda há um terceiro grupo que sustenta que o direito à intimidade seria abrangente de vários outros dele decorrentes, como o próprio direito à vida privada. Nessa ótica, ele se confundiria com o direito da personalidade, este reconhecidamente aglutinador de diversos direitos, como o direito ao nome, a imagem, à obra artística e literária, à inviolabilidade de domicílio, ao segredo ou sigilo etc.

De qualquer modo, se não se conseguiu discernir claramente um do outro, depois de tantas tentativas, melhor considerá-los uma mesma coisa. Nesse contexto, passemos à sua conceituação. De tantos conceitos existentes, é possível sintetizar o direito à intimidade como sendo o direito de interditar às demais pessoas os nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções.

Existem dois planos distintos aos quais se dirige a proteção: um como limite à intervenção estatal na órbita privada; outro, servindo de limite e contrapeso aos demais direitos do homem, de modo que cada um respeite a esfera privada do outro.

Recentemente, porém, por exigência da vida em sociedade, impõe-se mais um plano de atuação do direito à intimidade, desta feita para limitar o direito à informação e a liberdade de imprensa, ambos também direitos fundamentais de reconhecida estatura jurídica e política. O embate destes dois direitos, a intimidade e a livre informação, desenham um capítulo particularmente difícil para a ciência jurídica delimitar, mas cuja solução não pode ser postergada. Nessa matéria, a jurisprudência vem desempenhando um

papel importantíssimo, dando adequada resposta aos conflitos de interesses.

O grande impulso para o reconhecimento do direito à intimidade veio com o Cristianismo. Depois, com as declarações de direito do século XVIII, especialmente as cartas norte-americanas e a francesa Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Atualmente, a Declaração da ONU, de 1948, prevê o direito à intimidade no artigo 12, o mesmo ocorrendo com diversas declarações e convenções internacionais contemporâneas.

No quadro internacional, há pleno reconhecimento. Nos EUA, desde o artigo “Right to Privacy”, de Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, em 1890, passou-se a respeitar a intimidade, seguindo-se diversas decisões da Corte Suprema. A 4ª Emenda à Constituição consagra o direito à intimidade. Anotam Ellen Alderman e Caroline Kennedy² que a Constituição americana não consagra expressamente a expressão “privacy”, mas ela é extraída no texto da 4ª Emenda, da expressão “unreasonable searches and seizures”.

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, consagra vários princípios que conformam um direito à intimidade. A doutrina alemã elaborou a teoria das esferas da intimidade: a individual que assegura a personalidade na vida pública; e a da vida privada que garante a personalidade em seu retiro³. Posteriormente a teoria foi ampliada para conceber três esferas: a íntima que seria um espaço pessoal de tranquilidade; a da vida privada, correspondente ao círculo familiar, amigos e colegas de trabalho; e a esfera pública, que corresponderia à liberdade de notícias e de informação.

Na França, a partir de uma reforma em 1970, que incluiu uma disposição no Código Civil, o direito à intimidade passou a ter proteção legal.

Na Itália há discussão acerca do artigo 2º da Constituição, se teria ou não positivado o direito, sendo que os juristas mais modernos se inclinam por responder afirmativamente à questão. De qualquer modo, o País aderiu à Convenção Européia dos Direitos do Homem, que o consagra.

Em Portugal tanto o Código Civil de 1967 como a Constituição de

² The Right to Privacy.

³ A Tutela Constitucional da Intimidade, de Eduardo Giannotti.

1976 o consagra plenamente.

Na Espanha, a Constituição de 1978 protege a intimidade pessoal.

Nas extintas URSS e Iugoslávia as respectivas Constituições asseveravam o direito à intimidade, embora condicionando-o ao interesse da classe trabalhadora.

Em nosso País, o direito à intimidade e à vida privada está expresso no artigo 5º, X, da Constituição, que acolheu ambos os conceitos no mesmo texto.

3. Desdobramento - Conforme assinalado anteriormente, o direito à intimidade ou direito à vida privada, que aqui são considerados como termos equivalentes, se desdobra em diversos outros direitos, ampliando, assim, seu raio de proteção ao homem. Estão compreendidos o direito ao sigilo bancário, sigilo fiscal, sigilo de dados, sigilo telefônico, sigilo de correspondência, proibição de intervenções corporais (tais como a extração de sangue para exame de DNA, captação de ar para verificação de dosagem alcoólica, intervenções cirúrgicas para encontrar evidência de crime etc.).

Não será possível enfocar todos estes direitos. Vamos ver alguns apenas, principalmente os que têm despertado maior polêmica.

4. Sigilo de Dados - A Constituição, no artigo 5º, XII, assegura a inviolabilidade da comunicação de dados, ao lado da inviolabilidade de correspondência e da comunicação telefônica, admitindo, apenas para esta última, uma possibilidade de restrição.

A primeira dificuldade é estabelecer o que são dados. Geraldo Prado e William Douglas Resinente⁴ retiraram do Dicionário Aurélio a seguinte definição:

“Representação convencional de fatos, conceitos ou instruções de forma apropriada para comunicação e processamento por meios automáticos; informação em forma codificada”. A Resolução nº 21 da Comissão de Ministros do Conselho da Europa definiu banco de dados como *todo o sistema eletrônico de informação que tem por escopo a reunião de dados relativos à pessoa e que seja apto a difundi-los*.

A segunda dificuldade é delimitar a proteção constitucional: somente

⁴ Comentários à Lei Contra o Crime Organizado p. 56.

a comunicação de dados, ou seja, aquela feita em rede de computadores, transmitida normalmente por linha telefônica ou também dados armazenados?. A rara doutrina sobre o assunto caminha no sentido de considerar que não estão compreendidos na proteção constitucional os dados armazenados ou estanques, ou melhor, os que não estão sendo transmitidos. A vedação, portanto, é para a captação ilícita da transmissão. Os dados armazenados, segundo Geraldo Prado/William Douglas e Luiz Flávio Gomes⁵, podem ser apreendidos como os documentos em geral. Evidentemente, por também evocarem o direito de intimidade, como as cartas, sua apreensão depende de mandado judicial.

Ocorre que os dados armazenados não estão protegidos pelo inciso XII, do artigo 5º da Constituição, mas pelo inciso X, do mesmo artigo, que assegura o direito à intimidade e à privacidade. Deste modo, forçoso concluir que também os dados armazenados são protegidos constitucionalmente.

A Constituição, no referido artigo 5º, inciso XII, admite a quebra da comunicação telefônica nos casos em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal, não fazendo o mesmo quanto à quebra de sigilo de dados. Daí a pergunta: a inviolabilidade de dados é absoluta e, conseqüentemente, insuscetível de qualquer restrição? A resposta tem de ser negativa. Nenhum direito fundamental é absoluto. O que ocorre é que o direito fundamental não pode ser limitado por lei de estatura inferior, mas o é por outro valor jurídico constitucional. Assim, havendo conflito entre dois direitos constitucionais fundamentais, é possível à autoridade judiciária - e só a esta - limitar o sigilo de dados. A doutrina estrangeira, sobretudo a alemã, seguindo Ignácio de Otto Y Pardo⁶ prestigia a teoria dos limites imanentes das normas constitucionais, exatamente no sentido de permitir a limitação de um direito fundamental, mesmo sem expressa autorização da Constituição, desde que o seja para preservar outro direito constitucional. O método de tal teoria é a ponderação de bens, largamente utilizada pelos países europeus. Não basta, entretanto, qualquer motivo, qualquer razão. É preciso que esteja em risco outro direito tão valioso ou mais, em dadas circunstâncias, que o sigilo de dados.

É intuitivo que esse outro direito deve ser tão valioso do que aquele

⁵ Crime Organizado.

⁶ Derechos Fundamentales y Costitución.

que permite a quebra do sigilo telefônico. E o motivo é simples: se a Constituição permitiu a quebra do sigilo telefônico somente para a comunicação telefônica, para investigação criminal, nos casos em que a lei ordinária especificou (Lei nº 9.296/96), que são casos de grande gravidade, não teria sentido autorizar-se a quebra de sigilo de dados para hipóteses de menor importância. Deste modo, a simples alegação de crime não se presta a autorizar a violação da comunicação de dados. É preciso algo mais, como, por exemplo, um conflito concreto entre o direito em exame e o direito à vida, como em casos de seqüestros; ou entre aquele e o direito à prova, inerente ao direito de ação, quando a única prova possível para autorizar a demanda estiver contida em dados. A propósito deste último exemplo, Barbosa Moreira⁷ sustenta que não é justo que o direito à prova, decorrente do direito de ação, tenha sempre que ceder ante o princípio da proibição de prova ilícita. Mas é preciso aditar que não é qualquer exercício do direito de ação que autoriza a quebra do sigilo, mas só aquela ação relevante sob o aspecto dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal já inadmitiu a captação de dados estanques, contidos em memória de computador, por violação do direito à intimidade. Fê-lo no famoso processo movido contra o ex-presidente Fernando Collor de Mello e outros. Na época, a apreensão dos dados ocupou intensamente a imprensa, que, há poucos dias, rememorou o acontecimento narrando toda a sua trajetória⁸. Segundo o jornal, um membro da CPI que então investigava o ex-presidente, o ex-senador José Paulo Bisol, teria comandado uma *blitz* na empresa Verax, de Paulo César Farias, e, sem mandado judicial, teria apreendido o computador que conteria um programa de distribuição de propinas, bem como informações sobre as verbas liberadas pelos ministérios. Assim decidiu o Supremo, conforme o trecho da ementa abaixo transcrito:

“1.1. Impossibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidos por meios ilícitos (art. 50, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art.

⁷ Restriciones a la prueba en la Constitución brasileña, em Revista de Derecho Procesal, p. 791/803.

⁸ O Globo, de 30/03/97, p. 36.

5º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arripio da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X, da CF) (Ação Penal nº307- DF - MP x Fernando Affonso Collor de Mello e outros, julgado em 13/12/94, relator Ministro Ilmar Galvão).

No mesmo acórdão, o Supremo recusou às comissões parlamentares de inquérito, o poder de apreender os dados sem mandado judicial, interpretação que, mais uma vez, está causando recente polêmica no episódio da CPI dos precatórios. Ressalte-se que as CPIs estão cada vez mais se multiplicando, devido ao êxito alcançado com o processo de *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello. No afã de recuperar a credibilidade do Poder Legislativo, os membros deste Poder viram nas CPIs. o grande instrumento de aproximar-se do anseio popular de moralização do País e, com isso, sempre há alguma CPI instalada para este ou aquele fim, seja no Congresso Nacional, ou na Assembléia Legislativa ou na Câmara de Vereadores. O furor investigatório e a autopromoção por parte de alguns membros pode acarretar o abuso do poder investigatório e perda de credibilidade das provas produzidas. Há poucos dias, o jornal O Globo⁹ exibia o título: “Excessos podem tornar inócua a CPI” e, na matéria, questionava a possibilidade ou não de a CPI quebrar sigilo bancário sem autorização judicial, mencionando declarações de ministros do STF em sentido negativo, sem mencionar a fonte.

A generalização da quebra do sigilo bancário de várias pessoas, suspeitas ou não, e demais métodos de investigação, sem qualquer limitação ao objeto investigatório, também acarretam violação de direito constitucionalmente assegurado. A prova tem de incidir, necessariamente, no objeto da pretensão levada à juízo. Desbordar este limite, ou não precisar este limite, acarreta o excesso de poder investigatório. A propósito, a Constituição Federal desenhou-lhe os contornos, sublinhando a *determinação* do objeto a ser investigado e o *tempo* certo que durará seus trabalhos, *in verbis*:

“Art.58..

P. 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos internos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de

⁹ Edição de 30/03/97, p. 35.

fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

Ai está a preocupação demonstrada pelos constituintes quanto à indeterminação do objeto e da duração das CPIs.

Quanto à expressão “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, o grande dilema é saber se nela está incluída a quebra do sigilo constitucional, sem depender do Judiciário. Luiz Roberto Barroso¹⁰ enfrenta decisivamente a matéria e, recorrendo a grandes vultos da doutrina nacional e estrangeira, afirma que o dispositivo constitucional apenas pretendeu dar caráter obrigatório às determinações da Comissão, sem, contudo, atribuir-lhes excoutoriedade. Conclui, assim, que “*Seria insensato retirar bens e valores integrantes do elenco secular de direitos e garantias individuais do domínio da serena imparcialidade de juízes e tribunais e arremetê-los para a fogueira das paixões politizadas da vida parlamentar*”¹¹.

A propósito, um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realçou que também a CPI não tem poderes ilimitados, devendo se circunscrever às matérias em que tem competência para legislar. Sua finalidade, assim, é investigar para melhor legislar e, não, apenas a investigação pela investigação. Veja-se o trecho do acórdão:

“O poder parlamentar não vai ao infinito, não é detentor das rédeas do absoluto, mas se delimita às atividades que lhe são inerentes, ou sejam, legislar e fiscalizar atos da administração pública em todo o seu raio de atuação e desdobramentos, mas sem romper as balizas do itinerário constitucional. Se o extrapola, sua ação se alça juridicamente comprometida e se submete à poda jurisdicional, por provocação de quem se acha legitimado a fazê-lo... Também o insigne Pinto Ferreira, após meticulosa análise sobre “Os Poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito”, trazendo a lume o posicionamento do Pretório Supremo dos Estados Unidos, destaca que “o poder de investigar constante da comissão parlamentar de inquérito é decorrente do poder de legislar e, por conseguinte, um instrumento eficiente para o desencargo de sua missão legislativa”. Contentível, adverte: “amplo

¹⁰ O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas p. 332.

¹¹ Idem, p. 331.

como é esse poder de investigação, não é contudo ilimitado. Nele não se compreende o poder geral de expor os negócios privados dos indivíduos, a não ser que o justifiquem em termos da função do Congresso”...” (Mandado de Segurança 179/94, Órgão Especial, DOJ 30/03/95, p. 263, ementa 5, julgado em 27/06/94, relator Desembargador Ellis Hermydio Figueira, por maioria).

Consigne-se, a bem da verdade, que o acórdão enfocava outra situação que não a analisada, consistente no poder de a CPI investigar entidades privadas, bem como que houve votos vencidos sustentando a ampla possibilidade de investigação, mesmo envolvendo direitos constitucionais.

Enfim, o Supremo Tribunal Federal, no acórdão referido, do processo do ex-presidente Collor, citado mais acima, considerou ilícita a apreensão do computador que conteria a prova do esquema de corrupção no governo, pela CPI, sem mandado judicial, inaugurando, assim, a tese de que os poderes de investigação são aqueles que não violam os direitos fundamentais, caso em que sempre será necessário o mandado judicial.

Nesse mesmo sentido, o Supremo, recentemente, proibiu a quebra de sigilo telefônico de um envolvido no esquema dos precatórios, levada a efeito pela CPI que o apura. A liminar, apesar de deferida pelo Ministro Carlos Velloso¹² e confirmada pelo plenário, acabou cassada quando da extinção do processo sem exame do mérito, segundo fontes da imprensa¹³.

Finalmente, a última questão a propósito do sigilo de dados é o parágrafo único da já referida Lei nº 9.296/96 que, ao tratar das interceptações telefônicas, estendeu-as também à comunicação em sistemas de informática e telemática. O texto está assim redigido:

“Art. 1º - A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

P. único - O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.”

Diversas opiniões da doutrina já consideraram o dispositivo inconstitucional. E o motivo é simples. A Lei nº 9.296/96 só poderia restringir as comunicações telefônicas e, não, a de dados, por não haver autorização constitucional. Nesse sentido, manifestou-se, entre outros, José Henrique

¹² O Globo, de 12/04/97, p. 23.

¹³ O acórdão não foi ainda publicado.

Barbosa Moreira Lima Neto¹⁴, citando Humberto Pena de Moraes. Explica o autor que, segundo os técnicos Marcos Paciti e Eduardo Rosemberg, “em todas as comunicações de telemática ou informática abrangidas pela lei, a transferência de dados é uma constante. Qualquer computador, quando em ligação simultânea com outro, através de uma rede qualquer, se utiliza da transferência de dados como meio hábil para estabelecer um elo de ligação”.

5. **Sigilo bancário** - A doutrina tem se inclinado a considerar que a proteção do sigilo bancário decorre diretamente do artigo 5º, X, da Constituição, especialmente da proteção à intimidade, seguindo tendência da doutrina estrangeira. Contudo, não se trata de direito absoluto, havendo casos em que é possível acessar os dados bancários, posição doutrinária confirmada pelas decisões jurisprudenciais:

Supremo Tribunal Federal

“I - A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º.-X e XII da Constituição Federal (Precedente: PET.577).

II - O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória (HHCC 55.447 e 69.372; RE 136.239, inter alia)”.

Agravo regimental não provido. Ag. Reg. em inquérito nº 897. Julgamento em 23/11/1994. Publicação: DJ 24-03-95. Relator: Ministro Francisco Rezek.

Superior Tribunal de Justiça

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DIREITO NÃO-ABSOLUTO A INTIMIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. VERDADE REAL. DEFERIMENTO. JUÍZO DE VALOR SOBRE A PROVA PRETENDIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I - É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Todavia não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia à

¹⁴ A inconstitucionalidade da Lei de Comunicações Telefônicas, em Internet, de novembro de 1996. vol. 2, nº 15.

intimidade constitucionalmente assegurada”.

Agravo regimental nº 187/96 em inquérito. Decisão em 21-08-1996. Publicação em 16/09/1996. Relator Min. Salvio de Figueiredo Teixeira.

Inicialmente, o sigilo bancário fez parte do direito consuetudinário brasileiro, galgando disciplina legal na Lei nº 4.595/64, no artigo 38 e seus parágrafos. Prevê a Lei a quebra do sigilo: pela autoridade judicial e limitadamente “às partes legítimas da causa” (parágrafo 1º); pelas comissões parlamentares de inquérito (parágrafo 3º) e pelos agentes fiscais da União e do Estado, quando houver processo instaurado e quando a medida for considerada indispensável pela autoridade competente (parágrafo 5º).

Posteriormente, a Lei nº 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro, permitiu ao Ministério Público a quebra do sigilo em caso de crime financeiro, nos seguintes termos:

“Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta Lei.

P. único. O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no caput deste artigo.”.

Posteriormente, surgiu a Lei nº 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que dispôs:

Art. 26 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

...

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

...

§ 1º - As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça.

§ 2º - O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

No mesmo ano, surgiu a Lei Complementar nº 75/93 - Lei Orgânica do

Ministério Público da União, em cujo artigo 8º e em seus diversos incisos, se estabeleceu as mesmas prerrogativas que a Lei acima citada, acrescentando:

“VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;”

A matéria provoca inúmeras discussões. O Superior Tribunal de Justiça tem posição firmada no sentido de que nem o Ministério Público, nem a administração pública podem quebrar o sigilo bancário sem ordem judicial.

Quanto ao Ministério Público, entendeu que a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada pela Constituição como lei complementar e que a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) é lei ordinária, incapaz, portanto, de suplantá-la. Somente quando incidir crime financeiro é que o Ministério Público poderia quebrar o sigilo bancário, nos termos da Lei nº 7.492/86. Vejam-se os acórdãos a seguir, neste mesmo sentido:

“RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 1.290 - MG (Registro nº 91.0012059-6)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. REQUISICÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. Promotor de Justiça pode requisitar informações e documentos às instituições financeiras destinadas a instruir inquérito policial, ressalvadas as hipóteses de sigilo (LC 40/81, art. 15, I e IV).

2. O sistema financeiro nacional é estruturado em lei complementar - CF, art. 192, caput. Assim, a Lei nº 4.595, de 1964, foi recepcionada como tal, somente pode ser alterada por lei complementar. Assegurado, no art. 38, o sigilo bancário, as requisições feitas por Promotor de Justiça, si et in quantum, submetem-se a essa limitação, também inserta na LC 40/81, nada impedindo que o faça através do Poder Judiciário.

3. Tratando-se, no entanto, de crime contra o sistema financeiro nacional, o Ministério Público Federal poderá requisitar a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos na Lei nº 7.492 de 1986.

4. A hipótese dos autos aí não se enquadra, motivo pelo qual se concede a ordem para trancar a ação penal”. (Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade).

“HABEAS CORPUS Nº 2.019-7 RJ

(Registro nº93.0017007-4)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezini

EMENTA: Processual Penal. Requisição de informações bancárias requisitadas pelo Ministério Público. Sigilo Bancário.

- O artigo 192 da Constituição Federal estabelece que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar.

- Ante a ausência de norma disciplinadora, a Lei nº 4.595/64, que instituiu referido sistema, restou recepcionada pela vigente Constituição da República, passando a vigorar com força de lei complementar, só podendo, destarte, ser alterada por preceito de igual natureza.

Assegurado no art. 38 da Lei 4.595/64, o sigilo bancário, as requisições feitas pelo Ministério Público que impliquem em violação ao referido sigilo, devem submeter-se, primeiramente, à apreciação do Judiciário, que poderá, de acordo com a conveniência, deferir ou não, sob pena de se incorrer em abuso de autoridade.

- Ordem concedida”. (Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça).

Veja-se que os acórdãos não se referem à Lei Complementar nº 75/93, que dispõe sobre o Ministério Público da União. Contudo, a solução não poderia ser outra, embora por fundamento diferente: se a Constituição não permitiu a quebra do sigilo bancário, por violar o direito à intimidade, não poderia a Lei estabelecer exceções. Ou, ainda, que qualquer ameaça a direito individual só pode ser exercida mediante o devido processo legal e por decisão judicial fundamentada, como sustentou Juarez Tavares¹⁵.

Ainda sobre outra ótica o assunto deve ser examinado. Posteriormente à discussão travada no Superior Tribunal de Justiça, surgiu a Lei nº 9.034/94, que prescreve:

“Art. 3º - Nas hipóteses do inciso III, do artigo 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça”.

Ora, com esta redação, a Lei 9.034/94 revogou a Lei nº 7.492/86, que possibilitava ao Ministério Público quebrar o sigilo bancário, mesmo nos casos de crime contra o sistema financeiro. Isto porque, se a diligência tiver de ser procedida pelo juiz em caso de violação a sigilo constitucional,

¹⁵ A violação do sigilo bancário em face da proteção da vida privada em Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 1, jan/março de 1993, p. 105/111.

e este sempre ocorrerá, não tem sentido algum o Ministério Público quebrar o sigilo, mas só poder ter acesso às informações por meio do Poder Judiciário. Isso equivale a não poder quebrar o sigilo bancário sem autorização judicial. Além disso, em caso de possível restrição a direito fundamental, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário decidir pela restrição ou não, na medida em que é o poder do Estado dotado de atribuição constitucional para zelar pelos direitos fundamentais.

Quanto à administração pública, a interpretação do STJ dos artigos 197, II e seu parágrafo 1º do Código Tributário Nacional e o artigo 38 da Lei nº 4.595/64, parágrafo 5º é no sentido de considerar indispensável a existência de processo *judicial* instaurado e, não, processo administrativo, bem como de ordem da autoridade *judiciária* competente e, não, da autoridade administrativa. A propósito:

“RECURSO ESPECIAL Nº 37.566-5 - RS

(Registro nº 93.0021898-0)

Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo

EMENTA: Tributário. Sigilo bancário. Quebra com base em procedimento administrativo-fiscal. Impossibilidade.

O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X).

Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados.

Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente.

Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei.

Interpretação integrada e sistemática dos artigos 38, § 5º, da Lei nº 4.595/64 e 197, inciso II e § 1º do CTN.

Recurso improvido, sem discrepância”. (Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade).

6. Sigilo Fiscal - O Código Tributário Nacional dispõe:

“Art. 198. Sem prejuízo na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

P. único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.”

Portanto, unicamente as Fazendas Públicas e a autoridade judiciária podem ter acesso às informações fiscais, que também estão cobertas pelo sigilo constitucional. Este, por sua vez, não inibe o conhecimento das informações para as Fazendas, de vez que é da essência mesmo das informações fiscais a comunicação à administração pública, para efeito da incidência dos tributos. Nenhuma outra possibilidade existe para a quebra do sigilo fiscal.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Execução. Requisição de informações à Receita Federal. Indeferimento. Precedentes. Recurso improvido.

I - Segundo posicionamento que vem adotando a Turma, em face do interesse da Justiça na realização da penhora, ato que dá início à expropriação forçada, admite-se a requisição competente do Imposto de Renda para fins de localização de bens do devedor, quando frustrados os esforços desenvolvidos nesse sentido.

II - Somente quando demonstrado o exaurimento das providências à obtenção das informações, é de admitir-se a requisição das mesmas”. (Recurso especial nº8.806-CE, julgado em 10/12/91, relator Ministro Sálvio Figueiredo).

Há poucos dias, a revista Veja estampou a declaração de renda de envolvidos no escândalo dos precatórios. Evidentemente que o fez sem autorização legal, como visto acima, mesmo porque quando se quebra o sigilo fiscal, impõe a lei à autoridade que o fizer o dever de manter o sigilo para fins estranhos aos da investigação.

7. **Sigilo Telefônico** - A Constituição de 1988 proibiu a produção de prova ilícita no processo e, especificamente, assegurou o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo esta última nos casos que a lei estabelecer e por ordem judicial. Ambos os dispositivos constitucionais têm a natureza de norma constitucional de eficácia plena, ou seja, não dependem de nenhuma outra norma para terem plena vigência e aplicabilidade imediata, com exceção da parte final do inciso XII do artigo 5º, que permite a quebra do sigilo telefônico, que é norma de eficácia contida, pois dependeria da edição de norma futura para ter aplicabilidade. Neste sentido é o teor do acórdão do STF no HC 69.912-RS, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. A lei que veio regulamentar a gravação de comunicação telefônica é a Lei nº 9.296/96 e só a partir dela e segundo seus termos é que a gravação é, em princípio, lícita.

O termo prova ilícita tem uma acepção variada. Em linhas gerais, a doutrina indica que a prova ilícita se divide em prova ilícita (em sentido restrito) e em prova ilegítima. Prova ilícita é aquela que viola norma de direito material, que protege direitos individuais, como o direito à privacidade. Prova ilegítima é a que viola norma de direito processual, como arrolar mais testemunhas que o número permitido e outros casos previstos no CPP 186, 206, 207, 233, 241, 243 p. 2º e 244. A qual tipo de prova se referiu a Constituição? A prova ilícita em sentido estrito: aquela que viola direito material, pois para a prova ilegítima o direito processual já prevê a solução. São três as correntes acerca da admissão do uso da prova ilícita: da admissibilidade (*male captum, bene retentum*), da inadmissibilidade e da ponderação de bens. A Constituição optou pela da inadmissibilidade.

Discute-se muito sobre a extensão ou a contaminação da nulidade de uma prova obtida ilicitamente a outras provas em tese lícitas. Imagine-se que, ao gravar ilicitamente uma conversa telefônica entre supostos traficantes, descobre-se que terceiro praticou um homicídio. Abordado pela polícia este terceiro confessa o crime e indica onde está o corpo. Poderia a confissão ser usada ou estaria ela contaminada pela ilicitude da gravação clandestina?

A Suprema Corte americana construiu a doutrina das *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual ocorreria a contaminação da prova, o que foi decidido em *Wong Sun vs. United States* (371 US 471, 487 - 1962).

Em 1993, o STF também decidiu da mesma maneira, embora em votação apertadíssima que teve o voto minerva de seu presidente (HC

69.912-RS, relator Ministro Sepúlveda Pertence).

O CPP 573 p. 1º dá o fundamento legal para esta interpretação, propugnando pela anulação de atos dependentes dos atos processuais anulados.

A Lei nº 9.296/96, no artigo 1º permite a gravação de comunicação telefônica convencional ou feita por meio do sistema de informática e telemática, desde que preenchidos os pressupostos que são: indícios razoáveis de autoria ou participação; imprescindibilidade (a prova não puder ser feita de outro modo); e infração punida com pena de reclusão. O uso do sistema de informática e telemática e sua possível inconstitucionalidade foi abordado no item 4.

Além dos pressupostos a Lei exigiu os seguintes requisitos: descrição, por escrito ou reduzida a termo, do objeto da investigação, se possível com a qualificação dos envolvidos bem como dos meios a serem empregados; ordem judicial fundamentada e indicando a forma de sua execução.

Somente durante as investigações policiais ou o processo penal a gravação é possível e pelo prazo de 15 dias prorrogáveis por mais 15.

Para a diligência é indispensável que seja conduzida pela autoridade policial; seja dada ciência ao MP; que a transcrição da gravação seja feita com preservação do sigilo da diligência; que seja enviado ao juiz auto circunstanciado da diligência com o resumo da gravação; autuação em autos apartados que somente serão apensados ao inquérito imediatamente antes do relatório ou somente serão apensados à ação penal imediatamente antes do saneamento (CPP 407, 502 e 538).

A parte que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito ou a ação penal, na presença do Ministério Público e do interessado que desejar acompanhar a diligência.

Portanto, somente nestes casos é admissível a quebra do sigilo telefônico.

Outra situação, não regulada pela Lei referida, é a gravação clandestina, consistente na gravação de conversa por um dos participantes com terceiro, sem conhecimento deste. Ada Pellegrini Grinover¹⁶ informa que a doutrina internacional admite como lícita a gravação e que, no Brasil, a jurisprudência é vacilante, ora admitindo ora inadmitindo. Admitindo a gravação por participante da conversa telefônica, cita-se o acórdão abaixo, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“Mandado de segurança. Inquérito administrativo. Prova fonográfica. Ordem denegada.

Mandado de segurança. Pretensão de obter que gravação magnética, cuja autenticidade está sendo negada pelo impetrante, seja desentranhada dos autos de procedimento administrativo. Invocação equivocada de dispositivos constitucionais atinentes à prova magnética de comunicações telefônicas autênticas, inaplicáveis aos casos em que se alega contrafação. Ausência da prova de prática ilícita na obtenção do material apresentado. A lei proíbe e pune a interceptação telefônica, ou seja, quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiros, ou conversação telefônica entre outras pessoas. Já o participante de uma conversa telefônica pode usar aquilo que ouviu de outro, salvo se a revelação causar danos a terceiros. O conteúdo de conversa telefônica, quando gravado, merece o mesmo tratamento dispensado aos outros meios probatórios. Privacidade. O conceito de privacidade, no sentido da proteção constitucional, não acoberta, em caso algum, ato executório de crime” (DOJ 29/02/96, p. 179, ementa nº 14, Mandado de Segurança nº 1.044/94, Órgão Especial, relator Des. Pedro Américo R. Gonçalves, por maioria).

O Supremo Tribunal Federal, no acórdão examinado no item 4, referente ao ex-presidente Collor, rejeitou a gravação por considerá-la ilícita.

8. Sigilo Eleitoral - A mesma Lei nº 9.034/95 permite também o acesso a dados eleitorais.

A matéria é disciplinada pela Lei nº 7.444/85 que dispõe sobre a implantação do processamento eletrônico de dados eleitorais, proibindo a utilização de dados exceto pela Justiça Eleitoral, nos termos seguintes:

“Art. 9º- Tribunal Superior Eleitoral baixará as instruções necessárias à execução desta Lei, especialmente para definir:

...

I - a administração e a utilização dos cadastros eleitorais em computador, exclusivamente, pela Justiça Eleitoral.”

Com a superveniência da Lei nº 9.034/95, o Superior Tribunal Eleitoral considerou que a Lei nº 7.444/85, naquilo em que proibia inteiramente o acesso aos dados eleitorais, passou a comportar exceção, apenas

¹⁶ As nulidades no Processo Penal, p. 154.

para efeito de permitir o acesso aos dados em se tratando de investigação ou ação penal sobre organizações criminosas. Neste sentido, editou a Resolução nº 19.783/97.

9. Intervenções Corporais - Questão pouco debatida no Brasil é a licitude das denominadas intervenções corporais para fins de obtenção de prova em processo judicial, como a extração de sangue para realização de exame de pareamento cromossômico (DNA) ou de dosagem alcoólica, a exalação de ar também para verificação do nível de álcool no organismo, a coleta de urina, a extração de substâncias contidas debaixo da unha dos suspeitos (*finger scrapings*), cirurgias no próprio corpo da pessoa suspeita, coleta de impressões digitais, a gravação de conversa entre duas pessoas (gravação ambiental), o exame em cavidades do corpo (ânus, vagina) etc.

Ao lado das intervenções corporais existem outras emanações do corpo humano comumente usadas como prova, como a voz (captada publicamente), a escrita, a imagem fotográfica ou filmada etc. que, apesar de não incluída no conceito das intervenções corporais, serão examinadas neste item para melhor sistematização.

Ainda não temos tantos debates sobre o tema em virtude da ineficiência do aparelho de investigação do Estado. Mas não podemos perder a oportunidade de já fixar alguns conceitos.

Inicialmente, cumpre conceituar as investigações corporais. Seguindo proposta de Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano¹⁷, são medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento, e por meio da coação direta, se necessário, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam do interesse para o processo, em relação com as condições ou o estado físico ou psíquico do sujeito, com o fim de encontrar objetos nele escondidos.

Há uma distinção entre investigação corporal e registro corporal, elaborada na Alemanha, mas que não tem pertinência prática. As investigações são realizadas no corpo mesmo e os registros o são na superfície do corpo, incluindo as cavidades naturais do corpo humano.

Os países disciplinam o assunto de modo variado. Em princípio, na Alemanha é possível a intervenção corporal, inclusive a extração compul-

¹⁷ Proporcionalidad Y Derechos Fundamentales en e Proceso Penal, p. 290.

sória de sangue para realização de exame de DNA.

Na Itália (CPP 245/294) e em Portugal (CPP 172) também se admite a intervenção, desde que não se atente contra a intimidade e o pudor, na medida do possível. Em Portugal, admite-se a coação direta para a realização do exame.

Na França, admite-se a intervenção, em princípio, mas não a coação direta,¹⁸ substituída por sanções pela recusa em submeter-se ao exame.

Na Espanha, a jurisprudência ora a admite, ora não. O Tribunal Constitucional, na sentença 37/89, assentou que somente afetam a intimidade da pessoa as intervenções que violam o recato e o pudor. Já uma sentença de tribunal inferior, a Audiência Provincial de Cádiz, em 16/05/89, decidiu que somente é possível a investigação realizada por radiografia ou por técnicas manuais. Sustenta Nicolas Serrano que a Constituição espanhola não proíbe o legislador ordinário de estabelecer as intervenções corporais, mas, como ainda inexistente lei sobre o assunto, as intervenções são inadmissíveis segundo o princípio da legalidade.

Nos EUA, segundo Alderman e Kennedy¹⁹ a Suprema Corte já decidiu que se a polícia prende alguém legalmente, está autorizada a proceder à busca pessoal sem mandado judicial, quando as circunstâncias exigirem a urgência da medida, inclusive para realizar as intervenções necessárias. Do mesmo modo, tem decidido que a gravação ambiental, a apreensão de manuscritos, a fotografia aérea e a tomada de foto aérea, o registro bancário e a coleta de impressões digitais não violam a 4ª Emenda por não se incluírem na noção de “*searches*” (intervenções). Já a exalação de ar, a coleta de urina, a extração de sangue, a cirurgia no corpo, o *finger scrapings* são consideradas “*searches*” e, portanto, somente se admite se forem razoáveis e autorizadas judicialmente, mediante afirmação de sua necessidade e precisão quanto aos limites da intervenção.

No Brasil, a discussão tem sido bastante tímida. Em parte porque os órgãos de investigação não dispõem de condições técnicas de realização de tais exames. Por outro lado, quando a polícia pratica as intervenções corporais que estão ao seu alcance, o faz sem qualquer cuidado em relação à prévia autorização judicial e sem qualquer respeito à intimidade do suspeito. Assim é que as buscas pessoais são realizadas normalmente; a busca domiciliar é

¹⁸ Obra citada, p. 305.

¹⁹ Obra citada.

amparada sempre em duvidosa autorização do morador; a exalação de ar é feita sem qualquer problema; enfim, o que está ao alcance da polícia, ela o faz sem mandado judicial e, normalmente, os interessados nada alegam em sua defesa e, quando o fazem, não raro encontram a indiferença dos tribunais. Vem de todo a calhar o diagnóstico que Alejandro Carrió²⁰, fez de idêntica situação na Argentina: “*Con cierta tristeza debo confesar mi convicción de que la nuestra sociedad es una sociedad con una fuerte tendencia al autoritarismo. Los funcionarios públicos...no se cuidam demasiado de obrar dentro de los limites de la ley, y los ciudadanos a su vez poco hacen, quizás porque adivinam la futilidad de su esfuerzo por defender sus derechos. El resultado de esta mezcla suele ser abuso por un lado, y resignación por otro*”.

Poucas são as decisões dos Tribunais superiores sobre o assunto. Quanto ao exame de DNA, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“*Impossibilidade de obrigar a parte a fazer o exame de DNA*” (HC 71.373, julgado em 10/11/94, relator Ministro Marco Aurélio de Melo).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu sobre o mesmo tema:

“*Investigação de Paternidade. Prova hematológica. Recusa à exame pericial. Redução da pensão alimentícia. Provimento parcial.*

Recusa sistemática do investigado de se submeter ao exame hematológico, conhecido pela sigla DNA. Impossibilidade jurídica de ser realizado o exame de forma coercitiva, cabendo ao julgador avaliar os efeitos da recusa. Apelação improvida, confirmando-se a sentença que acolheu a pretensão investigatória. (Apelação nº 4.685/93, DOJ 29/08/96, p. 159, ementa nº 17, relator Desembargador José Rodriguez Lema).

Quanto à gravação ambiental, é preciso distingui-las das interceptações telefônicas, estas, em princípio, inadmissíveis, segundo o artigo 5º, XII da Constituição. A gravação ambiental é a gravação de conversa direta entre as pessoas, sem o uso do sistema telefônico.

Não há regramento específico no Brasil. Há quem sustente deva ser aplicada a mesma disciplina das Interceptações telefônicas, como ocorre na Itália (CPP 266.2), exigindo a autorização judicial.

Ada Peliegrini Grinover²¹ sustenta que a gravação viola o direito à intimidade e, por isso, se torna ilícita.

As demais formas de intervenção corporal ainda não são conhecidas

²⁰ Garantías constitucionales en el proceso penal, p. 116.

da prática brasileira.

10. A Imprensa e o Direito à Intimidade - A partir da Constituição de 1988 que expressamente protegeu o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, sob pena de indenização por dano moral, passou a jurisprudência a colocar-se diante do tormentoso conflito entre liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.

Para bem compreender o tema, é preciso voltar à discussão sobre a limitabilidade dos direitos fundamentais e dos limites da liberdade de informação. Hoje está praticamente assentada a noção de que a liberdade de imprensa encontra limites nos direitos da personalidade, cabendo ao Poder Judiciário resolver os conflitos de interesses, ora fazendo prevalecer um, ora outro, conforme o interesse público recomendar.

Inúmeras são as decisões judiciais sobre o tema. A propósito, citam-se as decisões abaixo, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“Ordinária. Cautelar em apenso. Exibição da novela O Marajá. Eficácia da cautelar. Liberdade de expressão. Cabe ao Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito, entre eles a que ofendem a imagem e a honra de alguém. Provimento do recurso adesivo, tão somente para ampliar aquilo que a sentença havia concedido”. (Apelação nº 1.380/94, 7ª Câmara, relator Des. Perlingeiro Lovisi).

Tratou-se de ação movida pelo ex-presidente Fernando Collor em face da TV Manchete para impedir a exibição da novela O Marajá que supostamente violaria a intimidade da família do ex-presidente. O Tribunal entendeu procedente a pretensão e impediu a exibição.

O aresto a seguir cuidou da ação movida pelo ex-governador Nilo Batista em razão de uma charge sua publicada no jornal O Globo, retratando-o de modo considerado ofensivo:

“Ação ordinária. Responsabilidade civil. Dano moral. Publicação jornalística. Publicação ofensiva.

Responsabilidade civil. Imprensa. Dano moral. A liberdade de imprensa e de criação artística tem o dever de respeitar a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, que também são bens garantidos pela Constituição Federal.

²¹ Obra citada. p 153.

A charge quando é agressiva, violando a dignidade de uma pessoa extrapola o limite da criação artística” (Embargos infringentes na apelação cível nº 44/96, III Grupo de Câmaras Cíveis, por maioria, relator Des. Gualberto de Miranda, DOJ 8/8/96, p. 156, ementa nº 8).

Enfim, a jurisprudência tem sido firme no sentido de amparar o direito à intimidade quando violado por órgão de comunicação, sendo freqüente nos repertórios de jurisprudência a presença de grandes redes de televisão e de poderosos jornais.

11. Intimidade e Obras Biográficas - Ponto da maior importância e de difícil resolução, é estabelecer o equilíbrio entre o direito de informar sobre a vida de personalidades importantes e o direito à intimidade.

Recentemente, houve uma polêmica no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sobre o lançamento da biografia de Garrincha, considerada por suas filhas como atentatória à reputação do grande jogador. O Tribunal decidiu pela cassação da liminar que obstara a divulgação da obra, conforme o acórdão seguinte:

“Obra intelectual. Busca e apreensão de livros. Direito à Imagem. Vedação à Censura.

Art. 5º, IV, IX e art. 220 da Constituição Federal de 1988.

Mandado de segurança.

Ordem denegada.

Cautelar inominada. Livro biográfico. Pleito liminar de apreensão à asseveração de atingir a imagem. A liberdade de expressão é direito fundamental. Vedação total da censura. Os autores de possíveis abusos ao direito de expressão, respondem civil e criminalmente. Descabimento da proibição, circulação e venda.

(Mandado de Segurança nº 1.011/95, 2ª Câmara Cível, relator Des. João Wehbi Dib, DOJ 20/03/97, p. 191, ementa nº 27).

A propósito, Piero Perlingieri²², oferece mais um complicador ao sustentar que o grupo familiar, como um todo, tem direito autônomo à intimidade, reconhecendo legitimidade de um familiar para postular a cessação de condutas de terceiros. Diz o autor: “A tutela da intimidade é ligada à pessoa não como tal, mas como componente do núcleo familiar. Cada um tem o direito, em relação aos parentes próximos, a que fatos e comportamentos de natureza existencial, relativos à ele e à sua família em sentido lato, não

²² Perfis do Direito Civil. p. 182/183.

sejam divulgados ao externo”.

Deste modo, o membro da família poderia impedir a divulgação de fatos familiares, até mesmo por parte de outros membros da mesma família.

A doutrina estrangeira²³ se inclina por admitir a ampla liberdade das biografias, especialmente das biografias romanceadas, reconhecendo-lhe importância na construção da História.

12. Intimidade e Segredo de Justiça - Outro aspecto interessante é o direito ao segredo de justiça e sua violação. A lei estabelece as hipóteses de restrição à publicidade dos atos processuais, como exceção à regra prevista constitucionalmente.

Incidindo uma dessas hipóteses, fica proibido às partes e ao Poder Judiciário a divulgação dos atos processuais.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu indenização à parte que gozava de segredo de justiça e teve ato processual de seu processo divulgado em Diário Oficial. Veja-se o acórdão:

“Ação de indenização. Processo em segredo de justiça. Publicação no órgão oficial. Responsabilidade objetiva do Estado. Denúnciação da lide. Dano moral.

Ação indenizatória. Publicação no órgão oficial de sentença proferida em processo que corria em segredo de justiça. Danos morais. Responde o Estado por atos danosos de seus agentes praticados nessa qualidade. Denúnciação à lide dos causadores dos danos, cujo dever de indenizar resulta da mais levíssima culpa. “(Apelação cível nº 5.218/96, 5ª Câmara Cível, relator Des. Marden Gomes, DOJ 06/02/97, p. 149, ementa nº 2).

13. Intimidade e Pessoa Jurídica - Apesar de alguns direitos e garantias individuais estarem sendo aplicados às pessoas jurídicas, o direito à intimidade a elas não tem qualquer referência. Como assinalou Pietro Perlingieri²⁴, “estes aspectos assumem valor existencial unicamente para a pessoa humana; nas pessoas jurídicas, exprimem interesses diversos, o mais das vezes de natureza patrimonial”. O reconhecimento do sigilo bancário ou do sigilo fiscal em favor de pessoas jurídicas nada tem a ver com o direito à intimidade, mas com um interesse patrimonial de bancos e clientes e com um interesse público na confiabilidade no sistema financeiro e no sistema tributário.

²³ Por todos veja-se Antonio Aguilera Fernandez, em La libertad de expresión y la libertad de prensa o información.

Em que pesem tais afirmações, a jurisprudência brasileira vem se inclinando a reconhecer o direito de a pessoa jurídica receber indenização por dano moral, que se origina tradicionalmente, no sofrimento humano, como assentou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“Duplicata. Inexistência de causa debendi. Nulidade do título de crédito. Responsabilidade civil. Dano moral. Pessoa jurídica.

“...
“

A pessoa jurídica, embora não seja titular de honra subjetiva que se caracteriza pela dignidade, decoro e auto-estima, exclusiva do ser humano, é detentora de honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, reputação ou imagem forem atingidos no meio comercial por algum ato ilícito.

Ademais, após a Constituição de 1988, a noção do dano moral não mais se restringe ao prelium doloris, abrangendo também qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa, física ou jurídica, com vistas a resguardar a sua credibilidade e respeitabilidade” (DOJ 20/04/95, p. 191, ementa nº 6, Apelação nº 5.943/94, 2ª Câmara Cível, relator Des. Sérgio Cavalieri Filho, por maioria).

14. Conclusão - Em síntese, pode-se concluir que o auspicioso ingresso do reconhecimento constitucional do direito à intimidade no ordenamento jurídico brasileiro, pela Constituição de 1988, tem rendido bom debate doutrinário e jurisprudencial, que tem permitido o progresso do tema e razoável aplicação prática pelos tribunais do País.

Alguns aspectos, como o das intervenções corporais, que também se relacionam com outro princípio constitucional parcamente estudado - o princípio da dignidade -, ainda clamam por maior atenção dos doutrinadores e aplicadores da lei. Com certeza, o correto equacionamento da questão da segurança pública e do ordenamento das polícias - que são vitais para a nossa sociedade no estágio atual - esbarrará com a legalidade das ações policiais e propiciará mais um momento de reflexão sobre o tema.

O tema central da longa abordagem foi o direito constitucional da intimidade ou da vida privada. Estabelecido este como direito fundamental é ponto pacífico que lei infraconstitucional não pode restringi-lo. Deste

²⁴ Obra citada, p. 158.

modo, a única restrição a qualquer um dos sigilos previstos pela Constituição (sigilo telefônico, fiscal, bancário, eleitoral, de dados etc.) é a interceptação unicamente de comunicação telefônica, nos limites da Lei nº 9.296/96. Tudo o mais seria inconstitucional.

Não se está justificando as razões pelas quais o constituinte tratou diferentemente os vários meios de comunicação. Nem se está advogando um respeito absoluto a um direito individual em detrimento do interesse público. Muito ao contrário, o que está sendo preservado é a Constituição, a qual temos de prestar o tributo de defendê-la.

Continuam possíveis, como sempre o foram, as restrições advindas do embate entre valores constitucionais, devidamente ponderado pelo Poder Judiciário, caso a caso, e somente por ele. ◆

Dos Recursos em Geral nas Cortes Estaduais e Federais Brasileiras*

DES. JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR SILVA
Decano do Conselho Consultivo da EMERJ

1. **Preâmbulo** - Foi com grata satisfação que recebemos o convite do Juiz **Peter J. Messitte** da Corte do Distrito de Maryland - U.S. e do Professor **Mortimer Sellers**, Diretor da *University of Baltimore Law School*, para participar do Programa **U.S. - Brazil Law Project**, realizado nos dias 27 de junho a 5 de julho de 1998 em Baltimore e Washington, D.C., representando a Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em saudável intercâmbio entre as comunidades jurídicas brasileira e norte-americana, com notável proveito e novos conhecimentos para todos os seus participantes.

Com cultura moldada no universo da *civil law* sempre esteve, o mundo jurídico brasileiro, em matéria **infraconstitucional**, voltado para doutrina e jurisprudência de países da Europa Continental, notadamente Portugal, Espanha, França, Bélgica, Itália, Alemanha, Áustria e Suíça, dentre outros.

Contudo, sempre foi enorme nosso interesse sobre a justiça norte-americana e o sistema da *common law* nela praticado. Mas carecíamos desse intercâmbio e que certamente, para grata satisfação nossa, se perenizará através de outros eventos *ad futurum*.

Os resultados das várias reuniões e debates realizados em Baltimore e Washington foram de grande proveito, tendo participado dos mesmos, no lado brasileiro, os Ministros **Carlos Mario Velloso** (S.T.F.), **Sálvio de Figueiredo Teixeira** (S.T.J.), o **autor deste trabalho** (T.J. do Rio de Janeiro), o Desembargador **Wilson Carlos Rodycz** (T.J. do Rio Grande do Sul), as Juízas Federais **Ellen Gracie Northfleet** (T.R.F. 4ª Região/Rio Grande do Sul), e **Katia Balbino de Carvalho Ferreira** (Brasília), o Juiz **Marco Antonio Marques da Silva** (T.J. de São Paulo), Dr. **Dorimar Nunes de Moura** (Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília), Professor **Humberto Jacques de Medeiros** (Faculdade de Direito da Universidade de

* (Trabalho apresentado no Encontro de Cooperação Jurídica Brasil - Estados Unidos - "U.S. Brazil Law Initiative")

Brasília), Professora **Nadia de Araujo** (PUC- Rio), Professor **José Ribas Vieira** (PUC- Rio) e Advogado **Paulo Bekin** (São Paulo).

Assim, cuidou-se do sistema constitucional de ambos os países e de suas Cortes Supremas, além das Cortes Federais e Estaduais, dos precedentes judiciais americanos perante a súmula vinculante projetada para o direito brasileiro, da ética judicial, da sobrecarga de processos, dos procedimentos e recursos em geral, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, perante a versão norte-americana para as pequenas causas - *Small Claims Courts*, dos tratados internacionais e dos direitos humanos.

Ficamos incumbidos de redigir um trabalho e expô-lo oralmente sobre os recursos em geral, com incursões nas demais matérias, dentre as quais os Juizados Especiais, os precedentes judiciais e a súmula vinculante no direito brasileiro.

Os trabalhos prosseguirão em 7 a 11 de dezembro p.f., nessa ocasião em Brasília e no Rio de Janeiro.

2. Os Recursos em Geral - O princípio do reexame das decisões judiciais objetiva evitar o erro de julgamento (*error in iudicando*). Daí a existência dos recursos relacionados no art. 496 do Código Nacional de Processo Civil que são: I) - apelação (*appeal*); II) - agravo (interlocutory appeal); III) - embargos infringentes (*request for reconsideration*); IV) - embargos de declaração (*appeal requesting clarification of the decision*); V) - recurso ordinário (*appeal to the Superior Courts*); VI) - recurso especial (*appeal to the Superior Court of Justice*); VII) - recurso extraordinário (*extraordinary appeal to the Supreme Court*); VIII) - embargos de divergência (*appeal requesting resolution of conflict in previous jurisprudence*).

Dividem-se esses recursos em **ordinários**, que são os cinco primeiros acima, e os **extraordinários**, que são os três últimos. Os ordinários se destinam ao reexame da decisão na matéria de fato e de direito perante as partes. Os extraordinários à proteção do direito objetivo, para assegurar a adequada e uniforme aplicação de suas normas segundo os fins a que se destinam.

Já tendo a douta Prof **Nádia de Araujo** feito, em seu magnífico trabalho, uma exposição sobre a Reforma Processual ocorrida em data recente no direito brasileiro, nosso estudo aqui estará mais direcionado para os recursos ordinários, dentre os quais se sobressai a apelação.

Dos cinco primeiros supramencionados, o recurso ordinário se destina a hipóteses constitucionais da competência dos Tribunais Superiores de

Brasília (arts. 539 e 540 do C.N.P.C.)

Dos quatro primeiros restantes, somente a apelação, o agravo e os embargos infringentes objetivam a **revisão** das decisões de 1º grau. Os embargos de declaração se limitam ao esclarecimento de pontos obscuros, contraditórios e omissos, como adiante veremos (nº 8).

O agravo, além de simplesmente **agravo**, se subdivide em **agravo de instrumento**, **agravo retido** e **agravo regimental**. A **apelação**, além de si própria, abrange o **recurso adesivo** e o **duplo grau obrigatório de jurisdição**, que alguns admitem ser um recurso obrigatório para determinadas matérias (v.g. sentença de anulação de casamento e a proferida contra a União, o Estado ou Município).

O recurso adesivo tem seu lugar em caso de sucumbência recíproca entre partes, ainda que maior ou menor, sendo admissível, além de na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial.

Estamos aqui mais voltados para os recursos no direito processual pátrio. Mas não custa acrescentar sabermos que, no direito norte-americano, o único recurso de larga aplicação prática, inclusive para se realizar o duplo grau de jurisdição, é o recurso de apelação, interposto à corte de último grau, normalmente denominada de Suprema Corte Estadual.

Em New York e Maryland o tribunal superior é chamado de Corte de Apelação, mas na maioria dos outros Estados é conhecido como Suprema Corte Estadual.

Há trinta e oito Estados que contam com cortes intermediárias de apelação (Os Tribunais nos Estados Unidos, **Daniel John Meador**, 1996, p. 17).

Acentue-se a existência de **treze** circuitos judiciais federais distribuídos pelos territórios dos cinquenta Estados da federação, com juízes federais distritais em 1º grau de jurisdição e cortes de apelação em 2º denominadas *United States Court of Appeals*, para matéria da competência federal (ob.cit., pgs. 25 e seguintes).

3. Síntese Histórica da Apelação - O mais relevante recurso perante as Cortes Estaduais e Federais Regionais brasileiras é o de **apelação**, já que enseja o reexame da sentença proferida pelo juiz monocrático de 1º grau e terminativa do processo com ou sem julgamento do mérito.

O agravo só objetiva atacar as decisões interlocutórias, como veremos no nº 7 **infra**.

Em ligeira visão histórica, o recurso de **apelação** surgiu na Roma antiga (*appellatio*), como meio de obtenção da reforma de uma decisão do juiz inferior pelo juiz de grau superior.

Foi esse instituto romano introduzido, através do direito canônico, nos países da Europa continental mencionados no nº 1 supra.

Em Portugal esteve regulamentado nas Ordenações Afonsinas (do rei Afonso Henriques), Ordenações Manoelinas (do rei D. Manoel) e Ordenações Filipinas (quando Portugal, de 1580 a 1640, ficou anexado à Espanha).

Das Ordenações Filipinas se estendeu ao direito colonial brasileiro (até 7/9/1822) e se transportou para o direito imperial brasileiro, lá permanecendo através do Regulamento 737 de 1850.

Passou para os códigos de processo dos estados da Federação no período republicano de 1891 até 1939.

Em 1939 surgiu o primeiro Código Nacional de Processo Civil, que vigorou para o país inteiro até 1º de janeiro de 1974, quando entrou em vigor o **atual Código Nacional de Processo Civil**, estando a apelação presente a todo o tempo.

4. A Apelação nos Tribunais dos Estados e Tribunais Regionais Federais - Contra a **decisão final do juiz de 1º grau de jurisdição**, pois terminativa do processo, haja ou não o julgamento do mérito, o recurso é de apelação.

O uso da apelação é intensíssimo nos tribunais de todos os 27 estados da Federação brasileira e no Distrito Federal, correspondente ao território da Capital - Brasília, pelo que há 28 Tribunais de Justiça a nível estadual no Brasil.

No Estado do Rio de Janeiro, havia Tribunais de Alçada (um cível e outro criminal), os quais foram recentemente extintos pela Lei Estadual nº 2.856 de 8/12/97, extinção esta consolidada em **fevereiro de 1998**, através de sessão do Órgão Especial, que é o mais alto colegiado da Justiça Estadual. Os demais estados brasileiros que têm Tribunal de Alçada são Minas Gerais, São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul.

A competência desses tribunais extintos abrangia (e abrange nos Estados em que existem) o exame das apelações e dos agravos para determinadas matérias, além dos procedimentos correlatos originários de 2º grau (posse, locação de imóveis, cobrança de títulos extrajudiciais, acidentes no trabalho e procedimentos sumários em razão da matéria).

Hoje tudo passou a se centralizar no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Tivemos, no Estado do Rio de Janeiro, em média, no ano de 1997, cerca de nove mil recursos de apelação da matéria cível, com duração média de, no mínimo, três e máximo, seis meses para seu julgamento. Tivemos também cerca de seis mil agravos de instrumento contra decisões interlocutórias dos Juízos de 1º grau, cinco mil mandados de segurança de competência originária e outros cinco mil recursos e procedimentos especiais também de competência originária (embargos infringentes, ações rescisórias, conflitos de competência etc.), além de alguns milhares de embargos de declaração e agravos regimentais.

No crime tivemos cerca de quatro mil apelações, quatro mil *habeas corpus* e dois mil recursos de processos variados.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tudo chegava a soma superior a quarenta mil julgamentos por ano, afora a apreciação de decisões liminares e dos atos relativos ao andamento dos processos de competência originária em 2º grau.

Éramos então, no Estado do Rio de Janeiro, 80 Desembargadores. Em fevereiro de 1998 passamos a ser **145** em um universo de aproximadamente 870 juízes estaduais.

Os Tribunais de Alçada extintos somavam movimento com montante estatístico aproximado aos dados numéricos acima.

A previsão agora é desse número total atingir, no Estado do Rio de Janeiro, em torno de cem mil recursos e processos julgados pelo Tribunal de Justiça no decorrer deste ano de 1998.

A população total do Estado do Rio de Janeiro se aproxima dos 15 milhões de habitantes.

Paralelamente, há a Justiça Federal de 1º grau de jurisdição em todos os estados da Federação, com competência para julgar as causas em que a União Federal, entidade autárquica (*government agency*) ou empresa pública federal (*public company*) forem interessadas; as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil; causas fundadas em tratados internacionais; crimes políticos em detrimento de bens da União; crimes contra a organização do trabalho; os *habeas corpus*, mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal; os crimes cometidos a bordo de navios e aeronaves, salvo os da área da Justiça Militar; os crimes de ingresso ou permanência

irregular de estrangeiro e a disputa sobre direitos indígenas, tudo mais detalhado no art. 109 da Constituição da República Federativa do Brasil.

De suas decisões finais de 1º grau cabe a apelação para um dos cinco Tribunais Regionais Federais do país, perante estes, também de uso intensíssimo. Das interlocutórias, como dissemos, cabem os agravos.

5. A Apelação nos Juizados Especiais - Além da Justiça Comum Estadual também temos a justiça estadual de 1º grau dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, prevista como um sistema de competência fechada, segundo o disposto na Constituição da República de 5/10/88 (art. 98, 1), e viabilizada pela Lei Federal nº 9.099 de 1995 para causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. Substituiu os Juizados de Pequenas Causas, originários do direito anglo-saxônico e que na versão norte-americana se denominam *Small Claims Courts*.

O segundo grau de jurisdição desse sistema recente de Juizados Especiais é formado por Turmas Recursais Cíveis e Criminais, compostas pelos juízes mais experientes de 1º grau. São essas Turmas que julgam as **apelações** contra as sentenças proferidas pelos Juizados Especiais, não havendo mais nenhum recurso, salvo o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional (não cabe o agravo das decisões interlocutórias).

Já estão instalados e funcionando no Estado do Rio de Janeiro, assim também em outros estados, sendo que nalguns ainda se encontram em fase de instalação.

Seus dados estatísticos ainda não são conhecidos.

6. Os Pressupostos Subjetivos, Objetivos e Formais da Apelação

- Os pressupostos subjetivos, objetivos e formais se estendem a todos os recursos em geral e à apelação em especial.

Como **pressuposto subjetivo** de realce temos a sucumbência total ou parcial, pois somente o vencido no todo ou em parte tem o interesse de recorrer.

Em consequência lógica, só terá capacidade recursal ativa quem for parte na causa, o Ministério Público e o terceiro prejudicado.

Os **pressupostos objetivos** são a recorribilidade da decisão final, a adequação, a singularidade, a tempestividade e o preparo do recurso.

Dos despachos de mero expediente não cabe recurso (art. 504 do C.P.C.).

Perante os Juizados Especiais Cíveis são irrecorríveis as decisões interlocutórias.

Como princípio, há a **recorribilidade** de toda decisão final do processo, através do recurso de apelação.

A **adequação** corresponde à utilização do recurso próprio. Assim, cabe a apelação das sentenças terminativas do processo com ou sem julgamento do mérito, competindo o recurso de agravo das decisões interlocutórias.

A **singularidade** compreende a existência de um só recurso para a mesma decisão.

A **tempestividade** é a utilização do recurso no prazo que a lei estabelece para sua interposição.

O **preparo** é um pagamento destinado às despesas do recurso e do transporte de retorno. Dele ficam isentos os beneficiados da gratuidade de justiça por decisão interlocutória do juiz.

Os pressupostos **formais** correspondem à interposição do recurso **por petição** dirigida ao juiz, salvo o agravo retido com interposição **oral** contra decisões proferidas em audiências de conciliação, instrução e julgamento (arts. 331, 447 e seguintes do Código Nacional de Processo Civil).

A petição do recurso de apelação conterà: 1) - os nomes e a qualificação das partes; 2) - os fundamentos de fato e de direito; 3) - o pedido de nova decisão.

Não há nenhum outro requisito formal, devendo o juiz receber a apelação no efeito devolutivo. Mesmo sendo apelação em parte, esse efeito devolutivo estende a apreciação e julgamento da apelação a todas as questões suscitadas e discutidas em 1º grau de jurisdição, mas nos limites do recurso.

Há, também, o efeito suspensivo, quando o juiz não poderá inovar no processo, como homologar transação posterior à sentença, conceder liminar em processo cautelar sobre o mesmo litígio e ajuizado posteriormente, sendo que o processo cautelar antecedente deve ser julgado simultaneamente ao processo principal.

Se o juiz receber o apelo somente no efeito devolutivo, caberá a execução provisória da sentença apelada. Esta modalidade de execução não abrange os atos que importem alienação do domínio nem permite, sem

caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, ficando sem efeito sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução.

7. **O Agravo** - É subdividido em simplesmente **agravo** (arts. 496, II, 532 e 545 do C.N.P.C.), agravo **de instrumento**, agravo **retido** e agravo **regimental**, todos sendo interpostos contra decisões interlocutórias no processo.

O **agravo de instrumento** é assim denominado por criar um procedimento em autos autônomos. É apresentado perante a Corte de 2º grau contra decisão do juiz de 1º grau no processo, sendo interposto e pago o preparo no prazo de dez dias, devendo a petição de recurso atender aos requisitos estabelecidos na norma processual codificada (arts. 524 a 526 do C.N.P.C.).

Poderá o relator da Câmara (o colegiado de 2º grau) atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento, que é a suspensão da eficácia da decisão agravada até o julgamento do recurso.

Na maioria das vezes o juiz prolator da decisão agravada será ouvido, quando a ratificará ou reconsiderará.

Já o **agravo retido** independe de preparo, pois ficará retido nos autos, aguardando o momento de ser julgada a apelação, quando será apreciado preliminarmente.

O **agravo regimental** é o recurso contra decisões proferidas pelo relator no processamento da apelação, do agravo de instrumento ou dos processos de competência originária das Cortes Estaduais e Federais Regionais, estando previsto nos regimentos internos respectivos, sendo julgado desde logo pela Câmara ou Turma.

8. **O Ânimo de Litigar e Recorrer. Os embargos de Declaração e embargos Infringentes** - A índole do litigante brasileiro tem sido, além de exageradamente litigar, também de recorrer de todas as sentenças e decisões interlocutórias, adiando ao máximo o fim dos processos.

A despeito do Código de Processo Civil, em três momentos processuais diversos, alvitrar o acordo entre partes, ainda não foram obtidos ideais resultados a respeito.

Em muitas vezes o recurso revela um evidente intuito protelatório.

Malgrado a lei o proíba através de norma expressa, chega-se ao extremo de se usar do mandado de segurança como sucedâneo de recurso não interposto no prazo.

Por seu lado, há recurso de fins limitados como o de **embargos de**

declaração, destinado a suprir obscuridade, contradição ou omissão da sentença ou do acórdão, mas que tem sido reiteradamente desviado de seus fins específicos.

Assim, vem sendo intensamente utilizado para ser tentada, pelo vencido, a **reforma** de sentença ou de acórdão, sendo às vezes abertamente denominado de recurso com efeitos **modificativos** do julgado, em intento absolutamente fora de seus estreitos propósitos legais.

Interrompendo sempre o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes (art. 538 do Código de Processo Civil) também são os embargos de declaração ostensivamente utilizados com esse exclusivo fim protelatório.

A penalidade contra esse desvio à legalidade é pequena pois, na primeira vez, o embargante faltoso só será condenado a pagar multa não excedente a 1% sobre o valor da causa.

Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10%, nesse caso ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

Como novidade contra o ânimo abusivo de recorrer, a recente Lei nº 9.668 publicada no D.O.U. de 24 de junho de 1998, em seu art. 1º alterou o texto regulamentar do art. 17 do CPC, ao lhe acrescentar o inciso VII com a seguinte redação: “VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

Em seu art. 2º alterou a redação do art. 18 do CPC, para em seu texto incluir a condenação do litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% sobre o valor da causa e a indenização, além dos prejuízos e honorários advocatícios já previstos, e **de todas** as despesas que efetuou.

Como já ponderamos na referência aos embargos de declaração, dentro da mesma linha de raciocínio, ainda é branda a multa não excedente a 1% do valor da causa.

De qualquer modo, agravou-se o cerco de punição contra o litigante de má-fé.

Havendo um voto vencido no julgamento da apelação, haverá o recurso de **embargos infringentes** para um Grupo de Câmaras (composto de duas Câmaras), com efeito suspensivo da execução, quando nele será decidida unicamente a divergência de votos.

9. Os Recursos Especial e Extraordinário - Dos acórdãos unânimes proferidos em recurso de apelação, compondo-se a Câmara ou Turma sempre de três membros votantes, ainda cabe o **recurso especial** para o Superior Tribunal de Justiça e o **recurso extraordinário** para o Supremo Tribunal Federal.

Como já o dissemos, o primeiro se destina à reapreciação, em regra, de matéria infraconstitucional e o segundo de matéria constitucional, ressalvadas as hipóteses previstas na norma constitucional (arts. 102 e 105 da Constituição da República).

Aqui também a volúpia de recorrer é deveras impressionante, malgrado haja limites constitucionais, a rigor intransponíveis e comumente transpostos, para a interposição desses recursos.

Como exemplo, o recorrente sempre alega, no mais das vezes sem válida fundamentação, ao interpor o recurso extraordinário, a violação a dispositivo constitucional quando, igualmente na maioria das vezes, não ignora a inveracidade dessa mera alegação, assim também a suposta violação a lei federal, para interpor o recurso especial.

Os órgãos judiciários estaduais destinados ao exame dos requisitos de admissibilidade, para deferimento ou indeferimento prévio desses recursos (no Estado do Rio a 3ª Vice-Presidência), tentam filtrá-los em seu cabimento. Mas seu grande volume nem sempre logra esse resultado, subindo vários recursos incabíveis aos Tribunais Superiores de Brasília (S.T.J. e S.T.F.).

Em caso de indeferimento, também há o agravo de instrumento para os Tribunais Superiores supramencionados, abarrotando o trabalho dos Srs. Ministros.

10. Os Precedentes Judiciários no Direito Brasileiro - Nos últimos tempos, vem crescendo a valorização dos precedentes em matéria constitucional e também infraconstitucional.

Talvez sua alavanca maior tenha ocorrido através da Emenda Constitucional nº 3 de 17/3/93, que atribui eficácia vinculante, perante todas as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (art. 102, I “a” e seu par. 2º da Constituição Federal).

O passo final para a abrangência desse efeito vinculante à matéria infraconstitucional já foi dado através de projetos de emendas constitucio-

nais, contra os quais nos insurgimos em trabalho doutrinário.

Realmente, a douta Juíza Helen Gracie Northfleet, do Tribunal Federal da 4ª Região (Rio Grande do Sul), em tradução a obra de Edward D. Re, afirma:

*“Pedra angular do sistema do **common law**, o poder vinculante dos precedentes judiciais ou **stare decisis**, como é usualmente referido, tem sido objeto de constante curiosidade entre nós.”*

Ainda prosseguindo ressalta que, a despeito de permitir o benefício da experiência dos juízes predecessores e de uniformizar a aplicação do direito pode, em contrapartida, introduzir um indesejável elemento de rigidez no ordenamento jurídico, a propiciar o estabelecimento de cerebrinas e diáfanas discussões entre decisões semelhantes.

Transcrevendo a passagem acima, o Juiz Federal **Edgard Silveira Bueno Filho**, do Tribunal Federal da 3ª Região (São Paulo), em trabalho publicado na Revista dos Tribunais nº 716, junho de 1995, segue lembrando da advertência de **Roscoe Pound** segundo a qual a estabilidade do direito possível de ser obtida pelo *stare decisis* não pode vir em prejuízo de mudanças comuns na vida em sociedade. Os dois ideais - **estabilidade** e **mudança** - precisam ser harmonizados e conciliados, sendo justo o receio de se tornar o direito estático.

Conclui que o adágio latino *stare decisis et non quieta movere* não pode ser entendido de forma tão definitiva, eis que os novos fatos semelhantes aos antigos, sofrem alterações na variação e progressão do fato social. Sob esse prisma é que o Poder Judiciário deve avaliar o prestígio dos precedentes.

O *stare decisis* guarda certa identidade com a súmula vinculante, pois sendo princípio legal aplicável a certo estado de fato anterior, aplicar-se-á a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos.

A nosso entender, o sistema de precedentes rígidos deve se limitar à súmula vinculante formada pelas decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o disposto na precitada norma constitucional federal brasileira.

Nesse passo a matéria constitucional da súmula vinculante pode ser formada com base em até mesmo um só precedente, desde que em acórdão unânime, ou em vários precedentes com acentuado predomínio majoritário de votos.

Estamos, porém, no campo da interpretação do alcance da norma

constitucional brasileira, que não chegou a ser bem delimitada e definida a respeito.

Assim, um só precedente com possíveis nuances fáticas diversas do fato atual não deve ser a este identificado.

Ex facto oritur jus (do fato nasce o direito). Mas o fato antecedente deve guardar perfeita identidade com o fato subsequente, para que daquele se transfira a este o mesmo direito aplicado.

A súmula vinculante, em que pesem as doutes e respeitáveis opiniões em contrário, já tem seu lugar certo na norma magna brasileira, qual seja a das ações declaratórias de constitucionalidade lá previstas (art. 102, par. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil).

A nosso crer, não deve ir além desses limites constitucionais. A riqueza e variação dos fatos infraconstitucionais não recomendam fórmulas rígidas vinculantes, nem estas reduziriam o volume de processos e recursos. Será fácil, já no limiar dos pedidos iniciais, ao litigante contumaz e em pretensão injusta alegar, em interpretação forjada, estar a súmula favorável a seu pretense direito, ou o litigante do bom direito sofrer a alegação contra si, formulada pelo seu *ex-adverso*, de ser deste o bom direito e estar a súmula a seu lado.

Tudo terá de, intuitivamente, ser definido pela prova dos fatos da causa e o julgado em 1º grau, ficando passível ao duplo grau de jurisdição e até à jurisdição excepcional dos Tribunais Superiores Federais. Ademais, se as Cortes puderem mudar o precedente quando provocadas pela parte prejudicada, e devem quando necessário, com mais razão se torna inócuo o efeito prático de desestímulo à multiplicação de litígios.

Não obstante, poderá ser útil a súmula vinculante para hipóteses de precedentes fundados em fatos repetidos e mais **rígidos**, como em matéria tributária, previdenciária, administrativa, de índices inflacionários e de vencimentos e vantagens de servidores. Foi sugestão preconizada pelo Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira** em pronunciamento oral no encontro.

A jurisprudência brasileira tem sido fonte viçosa na aplicação do bom direito. Mas se apresenta com o valor pujante que merece receber quando consagra a *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*, que se traduz na autoridade perpétua dos julgados semelhantes. Estes geram um juízo de valor pela própria repetição livre desses julgados em matéria análoga, sendo tão citados como paradigmas nas petições dos litigantes e intensamente nas razões dos recursos, quanto prestigiados em quase todas as decisões, se

perfeitamente adaptáveis à hipótese cogitada, sem que haja uma imperativa obediência legal a esses precedentes.

Em suma, a despeito de ainda não haver no direito brasileiro, em matéria infraconstitucional, regramento exigindo o respeito a precedentes, tem sido sempre acatada a jurisprudência mansa e pacífica sobre tema levado aos tribunais, também sendo acolhida a jurisprudência predominante.

Sugeriríamos, pois, como proposta já formulada por magistrados e doutrinadores, em lugar da súmula vinculante, o retorno da **arguição de relevância de questão federal**, já prevista na Constituição Federal brasileira de 1967/69 através da Emenda Constitucional nº 7/77 (art. 119, par. 1º), mas vindouramente se aguardando melhor regulamentação perante esse passado constitucional. Corresponde ao *writ of certiorary* formulado pela parte à Corte Suprema norte-americana, para o julgamento do recurso perante ela interposto.

11. O Superdireito Processual: Conclusão - A vigente Constituição da República Federativa do Brasil não cogitou dos precedentes judiciais. Mas deu notável dimensão normativa a um superdireito constitucional processual, ao maximizar seu poder instrumental na defesa dos direitos individuais, coletivos, sociais, da nacionalidade e políticos.

Lapidou, assim, mecanismos, regras e conceitos processuais, enfeixados na mais completa proteção e eficácia dos direitos e garantias fundamentais, a recomendar “*soluções novas para essas modernas questões, não podendo o juiz e o doutrinador aferrarem-se a conceitos antigos que, para as questões antigas, prestaram grande serviço mas que, agora, necessitam de formulações inovadoras. Esperam-se, de juizes e doutrinadores, posturas e idéias despreconceituosas, que possam fazer vingar a Constituição de 1988, a Constituição do povo brasileiro.*” (**Ministro Carlos Mário Velloso** - Rev. Forense, vol. 306, 1989, p.41, conclusão).

Em suma, editou o respeito ao devido processo legal (*due process of law*); à igualdade das partes; à inadmissibilidade da prova ser obtida por meios ilícitos; à publicidade dos atos processuais; à ordem de prisão, ao só ocorrer em flagrante delito ou por mandado escrito e fundamentado da autoridade judiciária competente, com comunicação imediata ao juiz e à família do preso e aos demais requisitos para sua absoluta legalidade; à revalorização do juiz natural; à regulamentação dos novos *writs*, além do mandado de segurança (*habeas corpus, habeas data* e injunção); e, *last but*

not least, à previsão de serem assegurados o **contraditório** e a **ampla defesa aos litigantes com os meios e recursos a ela (ampla defesa) inerentes** (art. 5º, LV da Constituição da República Federativa do Brasil).

Em conclusão, um superdireito processual sistematizado se erigiu na Constituição da República de 1988, já que tais postulados só eram, até então e quando muito, amparados por mutantes leis federais ordinárias.

E inconcusso ser impossível, *ad futurum*, um retrocesso nesse avanço das normas fundamentais, pétreas que se revelam e, por isso mesmo, impassíveis de desrespeito ou supressão.

Que esse modelo de evolução normativa lenta, às vezes penosa, mas sempre bela e contínua como todos ansiamos, nos sirva de exemplo para nossa integração no âmago de uma consciência universal de compreensão, boa vontade, solidariedade e progresso que já se delinea nos horizontes de toda a humanidade, a vicejar duradouramente na nova era mundial a em breve se inaugurar perante o próximo novo século e terceiro milênio. ◆

Juizados Especiais Cíveis x Juizados Comuns - A controvertida questão da “opcionalidade” -

WILSON MARQUES

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do
Rio de Janeiro*

O Problema - De acordo com o artigo 275 do Código de Processo Civil, o procedimento sumário será observado nas causas cujo valor não exceder vinte (20) vezes o maior salário mínimo vigente no país (inciso I) e naquelas que tiverem por objeto a matéria indicada na lei (inciso II).

O procedimento sumário pelo valor independe da matéria e o procedimento sumário pela matéria independe do valor.

Mas em nenhum caso será adotado esse procedimento se de ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas se tratar (parágrafo único do artigo 275).

Por sua vez, o artigo 3º da Lei nº 9.099, de 26.09.95, estabelece que “O Juizado Especial Cível tem competência para a conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: a) as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo”; II: as enumeradas no artigo 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III: a ação de despejo para uso próprio; IV: as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo”.

Para essas causas, há na Lei 9.099, procedimento próprio, especial, que não se confunde com o procedimento sumário.

A lei, no entanto, não permite o uso do procedimento especial se se tratar de causa de natureza alimentar, falimentar, fiscal, de interesse da Fazenda Pública, relativas a acidentes de trabalho, resíduos e estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial (artigo 3º, §2º).

Igualmente não autoriza a sua utilização se o autor não for pessoa física capaz, ou se houver de figurar, no processo, como parte, ativa ou pas-

siva, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

Como o artigo 3º da Lei nº 9.099 submete ao procedimento especial dos Juizados Especiais Cíveis todas as causas que, pelo Código de Processo Civil, estão submetidas ao procedimento sumário, tanto o adotável em função do valor, como o utilizável em razão da matéria, surge a grande indagação:

Nas situações figuradas no artigo 275, I e II, do Código de Processo Civil, em que casos o autor deverá utilizar o procedimento sumário, nos juizados comuns, e em que outros deverá empregar o procedimento especial, dos Juizados Especiais Cíveis?

As Soluções Propostas - Prestigiosa corrente de pensamento jurídico entende que tudo vai depender da vontade do autor.

Ressalvados os casos já indicados, em que é vedado o uso do procedimento sumário e o do procedimento especial, ele lançará mão do procedimento que melhor lhe aprouver.

Se preferir litigar nos Juizados Especiais Cíveis, tentará a sua ação, em um deles, pelo procedimento especial.

Mas se a sua preferência recair nos juizados comuns, em um deles proporá a sua ação, pelo procedimento sumário.

Para essa corrente, os Juizados Especiais, como se costuma dizer, “são por opção do autor”.

Outra corrente de pensamento jurídico, não menos prestigiosa, sustenta que, em todas as situações contempladas no artigo 275, I e II, o autor somente poderá demandar nos Juizados Especiais Cíveis, pelo procedimento especial, restando-lhe a possibilidade de utilizar o procedimento sumário (ou ordinário), nos juizados comuns, única e exclusivamente, nos casos em que a lei proíbe o uso do procedimento especial dos Juizados Especiais Cíveis, ou seja se a causa for de natureza alimentar, falimentar, fiscal, de interesse da Fazenda Pública, relativa a acidentes de trabalho, resíduos e estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial (artigo 3º, § 2º); ou se o autor não for pessoa física capaz, ou se houver de figurar, no processo, como parte, ativa ou passiva, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil (artigo 8º) e, ainda, se por alguma outra razão, o procedimento especial for inadmissível, como, apenas exemplificativamente, no caso de citação por edital, proibida nos Juizados Especiais Cíveis artigo (18, § 2º).

A Solução Melhor - Estamos convencidos de que o entendimento correto é o último, ou seja, o de que os Juizados Especiais **não** “são por opção do autor.”

Por várias razões.

Em primeiro lugar, porque, deixar ao sabor da vontade da parte litigar no juízo comum, pelo procedimento sumário (ou ordinário), ou no Juizado Especial Cível, pelo procedimento especial, instituído pela Lei nº 9.099, é conferir-lhe o poder de fixar, a seu talante, a competência de um juízo ou do outro, em razão da matéria (inciso II) ou do valor, do menos para o mais (inciso I), quando se sabe que, nesses dois casos, a infração de regra legal de fixação da competência gera incompetência absoluta, e, no âmbito desta, a parte não tem o poder de interferir na fixação da competência, escolhendo, para julgar a causa, o juízo da sua preferência.

Da mesma maneira como eu não posso escolher para julgar a minha Ação de Divórcio o Juízo da Vara de....Acidentes do Trabalho, também não posso eleger o Juízo da Vara Cível comum para julgar o meu pedido de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre.

Em segundo lugar, porque, sendo diferentes os procedimentos instituídos pelo Código de Processo Civil, para o procedimento sumário, e pela Lei nº 9.099, para o procedimento especial, a escolha do juízo, se admissível, implicaria, também, em decorrência, em escolha do procedimento, o que, também não é admissível, porque o procedimento é sempre infungível e impermutável, com a única exceção, que serve para confirmar a regra, que é a do artigo 292, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, de acordo com a qual “quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se a cumulação se o autor empregar o procedimento ordinário”.

Se, nesse caso - o da cumulação de pedidos - a lei permite a opção de um procedimento pelo outro é porque, nos outros casos, tal opção é proibida, o que facilmente se compreende quando se lembra que os procedimentos são instituídos por razões de ordem pública, que, por isso mesmo, escapam, por inteiro, do poder dispositivo da parte.

Não pode, portanto, o autor escolher, a seu alvedrio, dentre o procedimento sumário e o especial, o de sua maior conveniência.

Em terceiro lugar, porque a indigitada opção, se admissível, importaria, ainda, em conferir ao autor o direito de escolher o órgão julgador do seu recurso, dentre as Turmas Recursais, competentes para julgar o recurso interposto contra decisões dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099, ar-

tigo 41, parágrafo 1º) e o Tribunal de Alçada Cível, competente para julgar o recurso interposto contra as decisões dos juízos comuns (Constituição Estadual, artigo 160, I, “c”).

Sabendo que a orientação do Tribunal de Alçada é no sentido da tese que pretende defender, o demandante escolheria, sempre, para julgar a causa os juizados comuns e, em decorrência, o Tribunal de Alçada Cível, para julgar o recurso interponível contra a decisão desfavorável.

Na hipótese inversa, a escolha recairia sempre nos juizados especiais, e, para julgar o recurso contra a decisão monocrática, as Turmas Recursais, numa espécie de jogo com cartas marcadas em que o réu dificilmente poderia sair vencedor.

Ora, como é sabido e ressabido, a ninguém é dado escolher o órgão julgador do seu recurso.

Com poucas exceções, que aqui não precisam ser mencionadas, a competência recursal é competência funcional, insuscetível, como tal, de ser derogada pela vontade das partes.

Em quarto lugar, porque a opção, uma vez admitida, importaria em conferir ao autor o direito de se dar e o de tirar do seu adversário o acesso ao Superior Tribunal de Justiça.

Como se sabe, a Constituição Federal, diferentemente do que ocorre com o Recurso Extraordinário, só dá Recurso Especial contra decisões de **tribunais**, o que os Tribunais de Alçada são e as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis não são.

Assim, conhecendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o autor sempre poderá se dar o Recurso Especial ou retirá-lo do adversário, mediante a simples opção, no primeiro caso, pelos juizados comuns, e no segundo, pelos Juizados Especiais Cíveis.

O despropósito é manifesto, pois, como é cediço, o cabimento do recurso também não entra no poder dispositivo da parte.

Quem dá ou tira recurso da parte é a lei.

Não é a própria parte.

Indagar-se-á, talvez, porque é que, afastada a possibilidade de o autor escolher o juízo e o procedimento de sua conveniência, obrigatório será o procedimento especial dos Juizados Especiais Cíveis e não o sumário dos juizados comuns.

Sim, por que é que, ao invés de ser obrigatório o procedimento es-

pecial, no Juizado Especial, obrigatório não é o procedimento sumário, no Juizado Comum?

A resposta é simples: É porque o procedimento sumário é procedimento comum (artigo 272), instituído em lei geral, que é o Código de Processo Civil (artigo 275), ao passo que, nos Juizados Especiais Cíveis, o procedimento é especial, instituído por lei especial (nº 9.099) e, de acordo com o artigo 271 do Código de Processo Civil, o procedimento especial, instituído por lei especial, afasta o procedimento comum, contemplado em lei geral.

Resposta aos Argumentos em Prol da “Opcionalidade” - Em prol da opcionalidade, costuma-se chamar à colação o artigo 3º, § 3º, da lei específica, de acordo com o qual “a opção pelo procedimento previsto nesta lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação”.

Cumpra ponderar, no entanto, que o dispositivo não tem o alcance que se tem procurado atribuir-lhe.

Na verdade, diversamente do que dá a entender o seu teor literal, o dispositivo em causa não confere ao autor o direito de optar pelo procedimento especial, no lugar do sumário, ou pelo sumário, no lugar do especial.

A opção com a qual a lei lhe acena é entre exigir o seu crédito, integralmente, inclusive na parte excedente ao limite legal (quarenta vezes o salário mínimo), hipótese em que terá que socorrer-se do procedimento ordinário do juizado comum, ou, então, exigir o seu crédito somente até o limite legal, caso em que a opção importará em renúncia ao crédito excedente, mas, em compensação, dará ao autor o direito de litigar pelo procedimento especial, nos Juizados Especiais Cíveis.

É disso que trata o citado artigo 3º, § 3º, e não de assegurar ao autor o direito de optar, a seu talante, pelo procedimento especial, no lugar do sumário, ou pelo sumário, no lugar do especial.

Outro não é o entendimento de Horácio Wanderley Rodrigues, Professor de Teoria Geral do Processo da Universidade Federal de Santa Catarina, para quem:

“A inserção desse dispositivo (o artigo 3º, § 3º) no texto, possui o objetivo de permitir que o titular de direito ou título executivo extrajudicial de valor econômico superior a quarenta salários mínimos possa beneficiar-se da celeridade dos juizados especiais, devendo, para isso, renunciar aos valores excedentes”.

“Ou seja, o parágrafo 3º do artigo 3º da Lei dos Juizados Especiais não torna opcional a competência e o procedimento nela fixados, quando o valor da ação for de até quarenta salários mínimos, ou tiver por objeto matéria definida como de menor complexidade... mas sim estende a possibilidade de serem neles ajuizadas causas de valor superior ao nela definido, desde que haja a desistência do valor que exceda os quarenta salários mínimos e a matéria não esteja expressamente excluída da sua competência.”

“Em outras palavras, a possibilidade de opção prevista na lei é para estender a competência dos juizados, não para reduzi-la”

(In Revista de Direito Processual Civil, volume 1, Gênese, p. 29)

Ainda em prol da tese da opcionalidade, costuma-se argumentar com o artigo 18, § 2º, da Lei Especial, que não admite citação por editais, no âmbito do procedimento especial dos Juizados Especiais Cíveis, e com o artigo 51, II, da mesma lei, que determina, nos mesmos Juizados Especiais Cíveis, a extinção do processo “quando inadmissível o procedimento instituído por esta lei ou seu prosseguimento após a conciliação”.

Afirma-se que, no primeiro caso, não sendo admissível a citação por editais, proibida pela lei, e não podendo deduzir a sua pretensão perante o juízo comum, o cidadão ficaria impossibilitado de ter acesso ao Poder Judiciário, quando tal direito lhe é expressamente assegurado pela Constituição Federal.

O mesmo ocorreria, no segundo caso, em que, inadmissível o procedimento especial, diante da complexidade da causa, a exigir instrução plena, inviável em sede de Juizados Especiais, sem infração aos seus princípios norteadores, o juiz extinguiria o processo, nos Juizados Especiais Cíveis, e o cidadão, sem opção para demandar nos Juizados Comuns, ficaria, outra vez, impossibilitado de ter acesso ao Poder Judiciário, apesar de ter em seu prol a garantia constitucional que lhe assegura tal acesso.

Não nos impressiona o argumento *ad terrorem*.

É claro que, em todos os casos em que, por alguma razão, seja ela qual for, não for possível o uso do procedimento especial dos Juizados Especiais Cíveis, o interessado terá sempre à sua disposição o procedimento comum (sumário ou ordinário, conforme o caso) dos Juizados Comuns.

Assim, como de início já se salientou, nos casos do artigo 3º, § 2º, e 8º, mas também, por identidade de razões, nos dos artigos 18, § 2º e 51, II.

Aliás, ofensa à Constituição haverá, isto sim, na adoção da tese da opcionalidade, pois se o artigo 98, I, da Lei Magna, estabelece que “a União... e os Estados criarão (obrigatoriamente!) os juizados especiais...

competentes para... o julgamento de... causas cíveis de menor complexidade” e se essas causas cíveis de menor complexidade são as indicadas no artigo 3º da Lei nº 9.099, de 26.09.95, é claro que haverá ofensa à Constituição toda vez que se afirmar que essas causas não se inserem na competência dos Juizados Especiais.

De resto, por que é que a Lei nº 9.099 não repetiu regra constante da Lei das Pequenas Causas - nº 7.244 -, de acordo com a qual o procedimento é “por opção do autor”?

Para deixar tudo na mesma?

Não se ignora que a Comissão Nacional de Interpretação da Lei nº 9.099, coordenada pela Escola Nacional da Magistratura, a cujo presidente - Ministro Sálvio de Figueiredo - a ciência jurídica tanto deve, vem de firmar entendimento no sentido de que “O acesso ao Juizado Especial Cível é por opção do autor”.

Também se sabe que a mesma Escola Nacional da Magistratura, presidida pelo mesmo Ministro Sálvio de Figueiredo, é a responsável pela preparação dos anteprojetos de mais de uma dezena de leis de aprimoramento da legislação processual, já convertidos em leis, uma das quais é exatamente a Lei nº 9.099 de 1995, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais, o que significa que, em última análise, a interpretação da Escola Nacional da Magistratura, consubstanciada no enunciado acima referido, é a interpretação do próprio legislador.

Mas, pelas razões aduzidas ao longo deste trabalho, respeitosa e diverge-se desse entendimento, que não tem caráter vinculativo, para o intérprete, pois, como se sabe, a lei, uma vez publicada, desprende-se do legislador, adquire vida própria, e, na sua interpretação, o que interessa é a *mens legis*, não a *mens legislatoris*.

Conclusão - Diante de tudo o que se expôs, só resta ao despretensioso articulista fazer coro com o eminente Juiz Pádua Ferraz, do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, quando, em interessante trabalho sobre a matéria, registra a sua esperança de que “venham os doutos a repensar a questão, sob pena de, se prevalecente a competência relativa, haver sucumbimento prematuro dos Juizados Especiais Cíveis, deixando-se de reconhecer o seu enorme e incontestável valor para a funcionalidade do Poder Judiciário, cujo trabalho jurisdicional deve estar voltado para o interesse da população, que clama, na crise que enfrenta, por uma justiça rápida, simples e econômica”. ◆

A Prevenção pela Educação

JOÃO DE DEUS LACERDA MENNA BARRETO
*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do
Rio de Janeiro e Relator do Anteprojeto da Atual Lei
de Tóxicos*

A legislação de tóxicos, em vigor, Lei 6.368/76, tem no seu pórtico, a filosofia da prevenção. Por isso, dá ênfase no seu artigo 5º, tanto à formação de professores como à disseminação de ensinamentos sobre a natureza e os efeitos das drogas. Na verdade, versa sobre educação e, neste ponto, reformula integralmente a filosofia que presidira os dispositivos similares do estatuto anterior. Ao invés de organizar cursos especiais de preparação para educadores, restringindo-se a dois o número de participantes de cada educandário, ou promover conferências, de frequência obrigatória, durante o ano letivo, optou-se por incluir nos cursos de formação de professores e, portanto, também nas virtuais reciclagens, ensinamentos específicos sobre a matéria, além de fazer constar dos currículos do 1º grau pontos referentes à natureza e efeitos das drogas.

As vantagens dessa escolha são óbvias. Evita-se a preocupação anual da indicação de mestres, que ainda estariam subordinados à burocracia do credenciamento pelos Ministérios da Educação e da Saúde, e se impede a exaltação das campanhas preventivas que, enfatizando os gravames oriundos do uso de tóxicos, são sempre contra-producentes, pois têm levado, muitas vezes, pela curiosidade que suscitam, jovens imaturos à experimentação. O alarme é indiscutivelmente, prejudicial e, tanto é este o consenso dos educadores modernos que o Governo não elaborou nenhum curso com a finalidade prevista e especificada no artigo 5º da Lei nº 5.726, de 1971. Ao contrário, mostrando-se à frente da concepção desse diploma, organizou, nos anos 1971-1972, um Programa Educacional Sobre Drogas, para cuja execução, conforme notícia publicada na Câmara dos Deputados, sobre as conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito para Investigar as Causas do Tráfico e Uso de Substâncias Alucinógenas, “foram estabelecidos”, em 1972, onze núcleos regionais no Brasil, cada um com um professor universitário como seu coordenador. Em 1973-1974, mais cinco núcleos foram criados, tendo-se portanto um total de dezesseis núcleos já estabelecidos. As

diretrizes básicas do Programa, constantes do Guia do Expositor elaborado pelo MEC e abaixo transcritas, mostram quais foram os pontos fundamentais tomados em consideração:

“**a**) Drogas são um símbolo de conflito social entre gerações. Assim, o esclarecimento sobre drogas deve ser de jovens (estudantes das 3 primeiras séries de cursos universitários: idade média de 18 a 20 anos) diretamente a jovem (estudante de 1º e 2º graus, idade média de 14 a 18 anos).

“**b**) Nada de conselhos, apelos emocionais ou sentimentais. Apenas esclarecimentos, tal como em verdadeira aula de biologia.

“**c**) O programa não deve abordar o problema da droga sob o aspecto moral, político ou religioso. Isto fatalmente daria ao jovem a impressão de que através das drogas estariam procurando doutriná-lo moral, política ou religiosamente. Apenas o aspecto científico deve ser ressaltado.

“**d**) Ter sempre em mente que o adolescente pode e deve fazer sua opção; a ele devemos dar os elementos para que possa exercer este seu direito. Isto será feito através de aulas, conforme foi dito em b e c.

“**e**) A verdade sobre as drogas, e somente a verdade, deve ser dita na campanha de esclarecimento. O apelo emocional, o exagero sobre as ações das drogas podem levar a campanha ao descrédito.

“**f**) O programa deverá ser feito sem alarde, ao longo do tempo, com aulas a serem proferidas nos ginásios e colégios, como se fossem simplesmente uma aula extra de ciências. Nada de propaganda pelos jornais, convidados especiais etc., a dar ao adolescente a impressão de que as drogas e ele estão sendo usados para autopromoção de terceiros.”

Como se vê, tirante algumas pequenas impropriedades relacionadas com a qualificação dos orientadores, a faixa etária dos destinatários da programação e a extraordinariedade das aulas - o espírito desse trabalho, que não se coadunava com o da lei vigente à época, está em perfeita indentidade com os objetivos e parâmetros da atual legislação.

Na verdade, o que se realça na nova lei é, primordialmente, a preocupação de que sejam transmitidos conhecimentos com observância de princípios científicos, impedindo-se, pois, qualquer tipo de palestra capaz de chamar a atenção pela simples alusão ao tema. Como matéria curricular, o aprendizado progressivo sobre os efeitos medicinais e deletérios dos tóxicos há de permitir a possibilidade de uma estruturação psicológica que propicie à criança condições de discernimento sobre a potencialidade das drogas e, assim, capacitá-la, animicamente, a defender-se das investidas dos traficantes.

tes. Foi com esse escopo que o legislador circunscreveu a obrigatoriedade da inserção dos pontos nos programas das disciplinas da área de ciências naturais integrantes dos cursos de 1º grau, pois a faixa etária é ali, ainda, receptiva e suscetível a esse modus de orientação. Tal circunstância, aliás, vem demonstrar que não nos limitamos a transplantar, simplesmente, as idéias e experiências aproveitáveis de outros países (nos Estados Unidos a orientação abrange todos os cursos), mas adaptá-las às nossas peculiaridades étnico-sócio-regionais, sendo que esta cristalização conceptual, no setor educativo, é a resultante de estudos e observações dos êxitos, mas também, dos fracassos de outras legislações.

Segundo concluiu o Parecer do Conselho Coordenador Nacional de Educação e Informação Sobre Abuso às Drogas, Washington, referido na publicação da Câmara dos Deputados: “os 78 filmes e programas audiovisuais adotados procuraram, de maneira tão evidente, apavorar os jovens sobre as drogas, que acabaram por minar a credibilidade de suas mensagens. Este Conselho Nacional, ao reestudar, condenou 36 dos filmes e programas como cientificamente inaceitáveis. Mesmo entre aqueles ‘aceitáveis’ graves erros são mencionados, tais como tentar comparar a maconha com heroína”.

Opinião dos colegiais americanos sobre a campanha antidrogas - “A opinião é que a atitude dos mais velhos em relação às drogas não merece confiança”. Como consequência, os colegiais americanos fundaram a *Student Association for the Study of Hallucinogenes*, com o seguinte lema: “O respeito às drogas através da verdade”.

Todavia, a partir de então, houve indiscutível evolução no sentido de estabelecer medidas em nível, até mesmo, pré-escolar. Agora, a maioria dos programas para crianças começa no jardim de infância. Exemplo disso é O livro de colorir de Katy sobre as drogas e saúde, publicado pelo Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs, que é utilizado em debates a respeito do lugar ocupado pelos remédios na vida da criança. O tema central dos debates seria: “só pessoas doentes precisam de remédios”. Mas, além desse, há outros métodos de interação escola-família-aluno, todos procurando sedimentar a estrutura psíquica da criança, de modo a lhe proporcionar condições de, no futuro, evitar qualquer contacto com drogas perigosas.

Hoje, nos Estados Unidos, onde mais grave se apresenta o problema dos tóxicos, principalmente porque são os opiácios que invadem a comunidade americana, a educação está se estruturando nessa direção. A Doutora Helen Nowlis, ilustre psicóloga da Universidade de Rochester, comunga,

com entusiasmo, desse pensamento, segundo se constata de sua excelente monografia que, ao tratar dos programas de ensino escolar, ressalta: “a inclusão desse tipo de informação a um programa de estudos mais amplo apresenta, pelo menos teoricamente, a vantagem de se poder adaptar o material em questão ao nível de desenvolvimento da criança. As noções podem ser introduzidas e desenvolvidas durante uma série consecutiva de anos de estudos.

“Os professores que introduzem a informação relativa à droga, em qualquer programa de estudos, deveriam receber uma formação especial. Levantar um assunto tão discutido, tanto na comunidade quanto nos meios de informação de massa, provocará o aparecimento de questões e de debates para os quais o professor deve estar preparado, com uma boa base de conhecimentos e compreensão.

“É também essencial que o professor conheça bem as características sociais, psicológicas e de desenvolvimento de uma classe dada. Ele deve estar preparado para introduzir a informação relativa à droga na medida em que surgir a necessidade, ao invés de planificar a sua apresentação segundo uma lógica de adulto. Um dos obstáculos à eficiência da comunicação é o sentimento, por parte de certas comunidades, certas escolas e certos professores, de que toda e qualquer oportunidade deve ser necessariamente aproveitada para se dispensar mais uma dose de vacina. Quando a comunicação é ampla, quando os professores gozam de crédito e de confiança, os jovens são os primeiros a indicar sua necessidade de aprender, assim como a natureza e o nível dessa necessidade.”

Por conseguinte, a idéia hodiernamente predominante é a de que o caminho a seguir está na formação da capacidade do jovem discernir acerca do problema facultando-lhe o conhecimento honesto de todas as suas facetas, pois, uma vez estruturada a personalidade, a opção far-se-á, naturalmente, pela rejeição do tóxico. Esta é a tendência do pensamento universal, apesar de se ouvirem certas vozes isoladas pregando algum ceticismo quanto à efetividade da preponderância educacional na campanha de erradicação dos estupefacientes. George Birdwood, por exemplo, presidente honorário para “a região de Londres da Associação para Prevenção da Toxicomania”, consoante informe da revista UNESCO, chegou a asseverar que “somente a educação goza de duvidoso privilégio de poder piorar as coisas...” Entretanto, observando-se atentamente o desenvolvimento das suas considerações, não é difícil concluir que a crítica não se dirige propriamente à educação em si,

porém, à maneira como ela pode ser ministrada. Tanto assim, que se preocupou em enumerar oito itens que reputa como idôneos para constarem de qualquer programa de elucidação do assunto. Dentre eles, podemos apontar os que desaconselham a utilização do cinema ou da televisão, a proclamação enfática do perigo das drogas, as instruções factuais sobre o emprego, o tamanho ou as cores dos entorpecentes etc. Logo, o que aparentemente poderia sugerir um descrédito a respeito da necessidade da educação sobre tóxicos, constitui, ao reverso, uma vigorosa força de opinião favorável, pois o que pretende evitar é a exacerbação da curiosidade juvenil, que frustraria os objetivos culturais. As restrições e temores do ilustre médico inglês são bastante válidos porque será, realmente, a criteriosa programação curricular que ditará a eficácia da legislação.

Daí, sobrepor-se, em importância, o parágrafo único do artigo 5º da nova lei, eis que traduz exatamente, o consenso da maioria dos países cultos, como os Estados Unidos, a República Federal da Alemanha, a Dinamarca e a Suécia. Todos, como se vê do resultado da pesquisa elaborada pela UNESCO, optaram pela seguinte hipótese “destruir a aura mágica, o aspecto romântico e fatal que a droga assume para as jovens gerações”. Integrada num currículo escolar como parte de um curso de educação sanitária, entre uma aula de matemática e uma aula de línguas, a educação sobre a droga perderia sua dramaticidade, tirando a dramaticidade da própria droga.

“Um aviso retirado de um manual de educação sanitária do Reino Unido insiste em que o uso de droga é um assunto que não deve ser tratado de modo a despertar um fascínio inútil, nem a favorecer sua dissimulação. Deve ser discutido como um aspecto de educação sanitária. Todos esses países julgam que, nas informações dadas aos estudantes e aos outros jovens, a objetividade é indispensável.”

A responsabilidade dos governos acentuar-se-á, pois, na razão direta do critério de escolha e na qualificação daqueles que terão a magna tarefa de estruturar a matéria curricular. No entanto, ao lado dos esforços oficiais que se fizerem neste sentido, não deve ser subestimada a validade da ação privada e do interesse familiar. Mediante atuação conjugada, e sob a supervisão do órgão governamental competente, a iniciativa particular terá condições de auxiliar no trabalho de orientação da comunidade, tendo em vista, principalmente, os pais de família. E, nesta oportunidade, a título de exemplificação, podemos citar o decálogo de alerta do eminente psiquiatra Dr. Oswald Moraes Andrade:

- “I - Mudança brusca na conduta do adolescente.
II - Insônia rebelde (ele próprio se queixa ou os familiares observam).
III - Irritabilidade sem motivo aparente (por qualquer nonada origina-se a explosão nervosa).
IV - Inquietação motora, que faz com que o jovem não tenha paciência para acompanhar seus familiares nas horas das refeições. Mostra-se impaciente, inquieto, irritadiço, agressivo, violento.
V - Depressão - estados de angustia sem motivo aparente.
VI - Queda no aproveitamento escolar ou desistência brusca de estudar.
VII - Isolamento. O adolescente recusa-se a sair de seu quarto, evitando qualquer contacto com amigos e familiares.
VIII - Mudança de hábito. O jovem passa a dormir de dia e fica acordado à noite, ouvindo seus discos com o máximo de volume e não se preocupando se está ou não molestando os outros. Encontro de comprimidos, seringas ou cigarros estranhos entre os pertences do adolescente.
IX - Desaparecimento de objetos de valor da residência, e mesmo de dinheiro, ou, ainda, um incessante pedido de dinheiro. O jovem precisa de dinheiro, e cada vez em maior quantidade, a fim de atender à exploração do traficante para aquisição do produto que lhe determinou a dependência.
X - Más companhias. Às vezes, os companheiros são iniciadores dos adolescentes na seara do vício.”

Estas observações são fruto da sua experiência de muitos anos no tratamento das toxicomanias, e estão a demonstrar como se pode tornar possível, sem alarde, o esclarecimento das famílias. Mas, para fazê-lo, é preciso estabelecer o relacionamento: autoridade-comunidade, a fim de que não haja discrepância ou deturpações. Daí, esclarecer, em complementação, o ilustrado médico: “Aqui estão dez tópicos importantes, que evidenciam anomalias a serem pesquisadas nos jovens. A observação de qualquer dessas alterações não quer dizer explicitamente que o jovem seja viciado. Embora existam 80% de possibilidades favoráveis ao vício, a modificação encontrada poderá ser resultante de algum outro distúrbio físico ou psicológico. Por isso, a abordagem do pai ao filho deve ser feita com muito tato e bastante compreensão e humanidade, pois, em caso contrário o resultado será negativo

O enfoque da lei na área da educação parece ter sido dos mais felizes, mas, sobretudo, idôneo, porque respaldado no consenso e na experiência das grandes nações. A propósito, na medida em que o disposto no artigo 1º

da Lei 6.368/76 impõe o dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e ao uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, **O CEDUSO - Centro de Estudos de Drogas da Universidade Santa Úrsula**, passou a dar cumprimento ao mandamento legal, formando em todo País, mediante atuação de equipe científica itinerante, agentes multiplicadores, a fim de que se cristalize uma verdadeira cultura da prevenção, através da educação. ◆

Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela má Concessão de Crédito

SEMY GLANZ

Magistrado e Professor no Rio de Janeiro

Responsabilidade Civil - Como se vê do título, cuida-se de estudar um dos aspectos da responsabilidade civil, que é aquela das entidades financeiras pela concessão de crédito abusivo.

Cabe, inicialmente, conceituar crédito abusivo. Matéria que sempre apresenta diversos desdobramentos, mas que leva em conta o lado profissional do banco. O banco tem o dever de analisar a capacidade econômica e financeira do cliente; e, quando se cuida de uma empresa, a repercussão do crédito concedido, afetando a terceiros. Estes quando lidam com uma empresa, sabendo que esta goza de crédito bancário, adquirem confiança nos negócios, especialmente se fazem contratos de duração. Assim, contratos de fornecimento de mercadorias ou contratos de construção, estes em geral dependentes de financiamento. Conclui-se que o banco não deve emprestar dinheiro a quem se apresenta como insolvente, ou, pelo menos, só deve emprestar nos limites das forças financeiras do cliente. Segundo SOFOCLETO, “Nos bancos só se empresta dinheiro a quem demonstra que não precisa dele.” (apud, PAULO RÓNAI – *Dicionário Universal Nova Fronteira de Citações*, 2.ed., 1985, verbete “banco”, p. 92). Aliás, os bancos sempre tiveram cuidado em fixar o chamado “limite de crédito”, dizendo o autor suíço RUDOLPH J. KADERLI que “na fixação do limite de crédito consiste a Arte do Banqueiro” (*Das Schweizerische Bankgeschäft*, p. 147, 2.ed, 1955).

Em obra recente, PHILIPPE le TOURNEAU estuda a responsabilidade civil profissional, explicando que hoje “a empresa é a expressão econômica da atividade profissional de uma pessoa física ou jurídica” (*La Responsabilité Civile Professionnelle*, Economica, Paris, 1995, p. 6). Dúvida não há de que o banqueiro é um profissional. A outra parte é o consumidor, diz o autor.

Explica o autor português ALBERTO LUÍS que a concessão de crédito a uma empresa comprometida, que dependa do crédito bancário, cria

uma “aparência de solvabilidade”, que aumenta o número de credores e o passivo dela. Chama-os “créditos imprudentes ou inapropriados” (*Direito Bancário*, p. 70). Diz o mesmo autor que o Decreto-lei 94, de 17-2-83, pune com multa de 5000 contos o desvio de fundos, incluindo-se os chamados “mútuos de escopo”, que “tanto podem respeitar a interesses privados (escopo voluntário), como a interesses públicos diferenciados (escopo legal)” - ob. cit., p. 73.

Fundamentos da Responsabilidade - Os autores fundavam, em geral, a responsabilidade dos bancos, como nos demais casos, no elemento subjetivo: a culpa. Os três elementos são a culpa, o dano e o nexos causal (MARIO A. BONFANTI, ob. cit., n. 16, p. 46; ALBERTO LUÍS, ob. cit., p. 70 - este autor fala em “créditos imprudentes”).

No entanto, analisando a legislação brasileira, que reformulou o sistema bancário, disse ARNOLDO WALD:

“A idéia de que o banco participa de um verdadeiro serviço público de distribuição de crédito tem sido defendida pela jurisprudência e pela doutrina no exterior (v. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, janeiro-março de 1955, p. 151 e René Rodière e Jean-Louis Rives-Lange, *Droit Bancaire*, Paris, ed. Dalloz, 1973, p. 439), mas se justifica no Brasil pelo texto expresso da Lei de Reforma Bancária, que define o Sistema Financeiro Nacional, nele integrando, além do Conselho Monetário Nacional e dos bancos oficiais, “as demais instituições financeiras públicas e privadas”(art. 1º n. V, da Lei 4.595, de 31-12-64). Essa idéia se consolidou e se desenvolveu com a legislação posterior sobre intervenção e liquidação das instituições financeiras (lei 6.024, de 13.3.74) e sobre utilização do imposto de operações financeiras (Decreto-lei 1.342, de 18.8.74).”

Conclui a seguir o eminente professor WALD:

“Assim sendo, pela própria natureza dos serviços prestados pela instituição financeira, entendemos que se impõe a sua responsabilidade objetiva pelos mesmos motivos por que se estabeleceu a do Estado, que mereceu até ser consagrada constitucionalmente. Na realidade, sendo impossível ao cliente conhecer a vida interna da instituição financeira, pelo grau de complexidade que alcançou, justifica-se que este responda objetivamente pelos danos causados...” (*Da responsabilidade civil do banco pelo mau funcionamento dos seus serviços*, em *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, 2ª, série, n. 55 e 56, p. 28 e seg., RT, S. Paulo, 1979).

Naquela época, alguns acórdãos falavam em risco profissional, como ocorreu no RE 3.876, relator Min. Aníbal Freire, referente ao pagamento de cheque falso (Revista Forense 96/73); na apelação 20.064/81, 8ª CC do TJRJ, rel. Des. Paulo Pinto (*Coletânea de Decisões*, Imprensa. Oficial, p. 210, 1990); 7ª CC do 1º TACSP, rel. Luiz de Azevedo (*apud* Rui Stoco, *Responsabilidade Civil*, 3.ed., n. 3.02, p. 222, RT, 1997).

Defesa do Consumidor - Ocorre que as leis de proteção ao consumidor inverteram a situação clássica, firmando a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviços, nestes últimos incluindo-se os bancos. Assim, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro diz:

Art. 3º, § 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

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

A expressão “independentemente da existência de culpa” - torna claro que a responsabilidade se funda no risco e não na culpa. Como se vê, no Brasil, ficou alterada a base da responsabilidade civil, para todos os prestadores de serviços aos consumidores, inclusive bancos, excetuados apenas os profissionais liberais (art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor). Nesse sentido os autores mais recentes, como CARLOS ROBERTO GONÇALVES (*Responsabilidade Civil*, 5.ed., n. 50, p. 249, Saraiva, 1994).

No entanto, afirma o Desembargador e Professor SÉRGIO CAVALIERI FILHO “que as disposições do Código do Consumidor em nada alteraram o entendimento que a doutrina já havia firmado a respeito da responsabilidade dos bancos; apenas o confirmaram” (*Programa de Responsabilidade Civil*, n. 90, p. 265, Malheiros Editores, SP, 1996).

Abusos em Conceder Créditos - Nos países europeus, os autores indicam leis que punem penalmente as atividades ruinosas dos bancos. Se os contratos ruinosos são punidos penalmente, conclui-se que formam atos ilícitos, donde, havendo danos, surge o dever de indenizar (LUCIANO

CARESTIA - *La banca e le sue regole*, cap. IX, p. 213 e segs.). Informa este autor que a Lei 385, de 1993, tipificou um crime, com a rubrica de “falso interno bancário”, que se aplica à concessão abusiva de crédito e que consiste em favorecer a um cliente com omissões ou atos positivos, dando falsa representação do cliente (obra citada, p. 214). Segundo o mesmo autor, a jurisprudência ainda não se firmou a respeito, na Itália.

MARIO A. BONFANTI, no direito argentino, resume as conclusões das Jornadas Brasileiras da Association Henri Capitant, em 1984, que cuidou da Responsabilité du Banquier: outorga abusiva de crédito é a criação de uma aparência de solvabilidade, que inexistente no devedor (*Contratos Bancarios*, Abeledo-Perrot, sem data, mas após 1990, B. Aires, p. 57). Quanto a terceiros prejudicados, cabe apreciar com rigor o nexu causal; atingindo muitas pessoas, cabe ação coletiva, podendo agir o síndico em concurso de credores; havendo conluio entre o banco e o cliente, são solidários.

Informação nos Contratos - Uma parte deve dar informações à outra ao contratar. Dizem que o estudo pioneiro em França foi de MICHEL DE JUGLART: “*L’obligation de renseignements dans les contrats*”, publicado na *Revue trim. de droit civil*, 1945, p. 1. JACQUES GHESTIN, ao estudar a proteção do consentimento, escreveu longo capítulo em seu volume sobre o Contrato, no *Traité de Droit Civil*, que dirige (*Les obligations, Le contrat*, ns. 455, 486 e seguintes, LGDJ, Paris, 1980). MURIEL FABRE-MAGNAN, professora da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne), publicou alentada obra: *De l’Obligation d’information dans les Contrats* (Paris, LGDJ, 1992), dizendo que a obrigação de informação é antiga, citando CÍCERO, e indicando uma lei grega do século IV A. C. Num congresso de que participamos, em junho de 1997, em Londres, foi discutido também o dever de informação, havendo um painalista afirmado que tal dever já é encontrado no Talmud babilônico. Lembra a Professora MURIEL FABRE-MAGNAN que tem havido distinção entre informação, instrução, advertência e conselho (*information, renseignement, mise en garde, conseil*), mas que tudo deva englobar-se com o nome de “obrigação de informação” (ob. cit. § 2, p. 7).

A mesma autora ainda lembra que tal dever de informar é um dos aspectos do silêncio no direito, mas a obrigação que estuda tem sentido mais amplo, porque se questiona se o silêncio pode levar a uma obrigação de reparar.

Falando dos deveres do mutuante, diz ALAIN BÉNABENT:

“Em princípio, o mutuante não tem que se imiscuir nas decisões do mutuário: este é maior e capaz de medir a oportunidade e extensão de seus compromissos.

“Entretanto, a tendência atual de ‘assistir’ os leigos por profissionais, levou os tribunais a introduzir, aqui como alhures, um dever de informação e de conselho tanto mais que o endividamento é uma tentação perigosa.

“Também, quando o mutuante é um profissional (na prática um banco), tal dever é apontado e se exerce em duas direções:

- de um lado, quando se trata de um empréstimo importante, é sempre dotado de um seguro para pagar as prestações em caso de morte, invalidez ou desemprego do mutuário; quando este seguro é subscrito por intermédio do banco (que contrata um seguro em grupo com uma companhia de seguros), uma jurisprudência abundante obriga o mutuante a informar e aconselhar seu cliente ao mesmo tempo para que este fique bem coberto e após a execução, em caso de acidente;

- por outro lado, o mutuante profissional deve observar certa prudência e abster-se de conceder um endividamento excessivo; é evidente que é seu próprio interesse para assegurar-se do reembolso mas é também do mutuário: a idéia de que os profissionais do dinheiro devem desaconselhar os seus clientes de empréstimos excessivos foi em grande parte a origem da lei de 31-12-89 sobre o superendividamento dos particulares e estes profissionais são os primeiros a conceder descontos para permitir um plano de liquidação: o juiz pode impor-lhes sacrifícios” (*Droit Civil - Les contrats spéciaux*, n. 853, p. 446 e seguinte, Monchrestien, 1993).

A seguir diz BÉNABENT que “o crédito concedido a uma empresa pode tornar-se perigoso para os terceiros pois assegura uma sobrevida artificial quando ela é economicamente condenada: estes terceiros, fornecedores ou solicitadores de serviços, contratam na crença desta sobrevida e sofrerão as conseqüências da “falência” inevitável” (ob. cit., n. 854). Por isso, adita, os tribunais consideram o “apoio abusivo” como fonte de responsabilidade para com os terceiros; é uma responsabilidade delitual, fundada no art. 1382 do C. Civil.

Da mesma forma, diz THIERRY BONNEAU: “Tratando-se da concessão de crédito, o banqueiro deve informar-se da base financeira do mutuário e não conceder um crédito excessivo em relação a esta”. Como tal se considera quando não é proporcional às faculdades reais de reembolso. Isto ocorre quando o crédito permite prolongar uma situação desesperada,

falando-se de “apoio abusivo” ou manutenção artificial da atividade do devedor. É preciso que o banco conheça a situação, porém, a Corte de Cassação já entendeu que o banco é responsável se não adverte o mutuário sobre o endividamento excessivo (*Droit Bancaire*, 2. ed., n. 723, p. 451, Monchrestien, Paris, 1996). JEAN-PIERRE DESCHANEL fala em “dever de informação e de conselho”, que são “o coração da perícia financeira, jurídica e fiscal do banco”, especialmente em gestão de carteira de valores, acarretando responsabilidade; cita jurisprudência sobre endividamento irracional ou temerário (*Droit bancaire - L'institution bancaire*, § 6 - B, p. 98 e seg., Dalloz, Paris, 1995).

Em obra mais recente, o Prof. ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, afirma que “A responsabilidade por questões ligadas às informações prestadas pelo banqueiro domina boa parte do panorama da responsabilidade bancária. A literatura é considerável, obrigando a lidar com os diversos quadros da responsabilidade aquiliana e obrigacional. A responsabilidade bancária concretiza-se, como hipóteses clássicas, perante o banqueiro que atesta factos inexactos, perante a administração de patrimónios, perante o giro bancário, perante os cheques e perante recomendações de produtos arriscados a clientes inexperientes.” (*Manual de Direito Bancário*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p. 365 e seg.).

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor acolheu tal entendimento, no art. 14, ao dizer que “O fornecedor de serviços responde...por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Consumidor e Superendividamento - Segundo JEAN CALAIS-AULOY e FRANK STEINMETZ, outrora o direito de crédito considerava os riscos daquele que dá empréstimo o qual deveria ter garantias, mas depois se verificou que outros perigos mais graves sofriam os que recebem o crédito, como consumidores. Empresas bem organizadas oferecem créditos aos consumidores que se vêem envolvidos pelas facilidades, não podem discutir as condições e depois não podem pagar, passando por dificuldades, ante rendas pequenas de que dispõem. Entendendo que tais créditos eram abusivos, editou-se em França uma lei de 24 de janeiro de 1984, que criou um comitê de regulamentação bancária, encarregado de fixar normas gerais e uma comissão bancária para controlar a aplicação das leis e regulamentos além de um comitê consultivo, para estudar problemas de relações entre as instituições de crédito e seus clientes (*Droit à la Consommation*, 4. ed.,

Dalloz, 1996, n. 314, p. 321).

Informam os mesmos autores que alguns artigos do *Code de la Consommation* (Código do Consumo francês) contém outras proteções, mas várias leis vieram regular a matéria. Assim, a lei de 18-12-66, “relativa à usura, aos empréstimos de dinheiro e a certas operações de vendas ambulantes e publicidade”, em parte introduzida no Código do Consumo, arts. 313-1 a 313-6; mais importante, dizem, é a Lei 78-22 de 10-1-78, “relativa à informação e à proteção dos consumidores no domínio de certas operações de crédito”, chamada Lei *Scrivener*. Esta lei foi inspirada em antecedentes ingleses e alemães e foi introduzida no Código de Consumo, nos arts. 311-1 a 311-37, os quais foram várias vezes alterados. Dizem ainda estes autores que “o crédito ao consumo deu origem a uma diretiva comunitária de 22-12-86, inspirada na legislação de alguns Estados e especialmente na francesa, e desde então todos os países da Comunidade europeia são obrigados a proteger os consumidores contra os perigos do crédito.

Informa ANNE SINAY-CYTERMANN, professora da Universidade de Amiens, que a Lei Neiertz, de 31-12-89 surgiu de uma tomada de consciência dos perigos do crédito e veio para resolver dificuldades do endividamento excessivo de particulares e famílias, porque no final de 1988 o aumento do crédito ao consumo gerou grandes dificuldades de pagamento e a lei veio socorrer famílias de renda modesta, que ficaram sufocadas, seja por desemprego, seja por doença (*Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français*, n. 39, in *La Protection de la Partie Faible dans les Rapports Contractuels - comparaison franco-belges*, p. 264 e segs., L.G.D.J., Paris, 1996). Na Bélgica, segundo a pesquisadora da Universidade de Louvain-la-Neuve - FRANÇOISE DOMONT-NAERT, uma lei semelhante foi adotada pela Câmara dos Deputados, mas pendia de confirmação no Senado desde abril de 1995 (*Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge*, págs. 219 e segs., n. 40, in *La Protection de la Partie Faible dans les Rapports Contractuels*, citada).

Cuidando do crédito ao consumidor, dizem BERNARD GROSS e PHILIPPE BIHR, referindo-se à lei francesa de 10-1-78, alterada em 23-6-89, que a regulamentação tem um fim econômico, porque “A multiplicação das vendas a crédito pode apresentar perigos monetários em certas épocas, acelerando um processo inflacionário. É por isto que os poderes públicos se reservam o direito de supervisionar globalmente tais vendas” (*Contrats*, tome 1, p. 102, PUF, 1993).

Também na Alemanha foi editada uma Lei sobre Crédito ao Consumidor (*Gesetz über Verbraucherkredite*), em vigor em 1-1-91, que permite ao consumidor o direito de arrependimento, seguindo a orientação da Comunidade Européia (CLÁUDIA LIMA MARQUES - *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 87, RT, 1992).

Responsabilidade Bancária - Como já vimos, o banco deve ser cauteloso ao conceder créditos. Segundo o já citado professor da Universidade de Paris X - Nanterre - THIERRY BONNEAU, pode haver responsabilidade contratual ou delitual, conforme seja a vítima o cliente ou um terceiro. O banqueiro tem um dever de vigilância e, sem imiscuir-se nos negócios de seu cliente, deve agir com prudência e discernimento, pois, se o empréstimo causar um dano, torna-se o banco responsável. Assim, o banqueiro não deve conceder crédito excessivo a uma empresa em relação à sua capacidade financeira. Isto ocorre quando o crédito permite prolongar uma atividade desesperada de uma empresa, falando-se de apoio abusivo ou manutenção artificial da atividade do devedor (*Droit Bancaire*, ns. 721 e segs., 2. ed., 1996, p. 450 e segs.). Segundo o mesmo autor, a Corte de Cassação entendeu que o banco falta ao seu dever de conselho e se torna responsável perante o mutuário, se não o adverte sobre o endividamento. Os bancos devem ser prudentes e recusar o crédito excessivo em relação aos recursos do consumidor-mutuário. (obra citada, p. 452).

Crédito Abusivo - Certos créditos criam uma “aparência de solvabilidade”, especialmente quando a empresa se utilize de créditos bancários não proporcionais aos seus negócios, gerando a responsabilidade do banco mutuante, afirma ALBERTO LUÍS (*Direito Bancário*, p. 70). Explica o autor luso que, embora na França seja muito rigorosa a jurisprudência, em Portugal isto não se dá, posto se inclua tal comportamento na regra do art. 483 do C. Civil, relativo ao fato ilícito.

Na França, informa JEAN-PIERRE MATTOU, a concessão abusiva de crédito (*soutien abusif du crédit*) acarreta a responsabilidade, mas apresenta reservas quando aos financiamentos de projetos, em que sempre há uma vigilância da aplicação dos fundos (*Le financement de projet ou la puissance du contrat*, in *O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos - Estudos em Homenagem ao Prof. Arnoldo Wald*, Coord. de Paulo Dourado de Gusmão e Semy Glanz, RT, 1992).

Situação no Brasil - Necessidades do comércio adotaram o chamado crédito direto ao consumidor. A moeda, porém, ante a inflação, tornava os preços irrealistas. Adotou-se um sistema de vendas conjugadas a crédito, em que a maioria dos consumidores, leigos, sequer desconfiam que estão celebrando outro contrato, de mútuo com uma instituição financeira. Assim, comprando algo numa loja, o cliente, pensando que o vendedor lhe concede crédito, assina, sem entender e sem ler atentamente, um contrato, passando a dever a uma financeira a parte financiada. Em geral, quase nada se exige do comprador, de modo que este, acaba por endividar-se, pagando juros elevados e não sendo informado nem alertado. Depois, incorrendo em mora, acaba recompondo seu débito, pagando mais juros. Por isso, as leis de proteção européias previram tais situações. No Brasil, apenas o Código de Defesa do Consumidor contém regra genérica, tanto sobre o dever de informação como sobre cláusulas abusivas, cabendo destacar o art. 52. Diz este:

Art. 52 - No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º - As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a 10% (dez por cento) do valor da prestação.

§ 2º - É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

§ 3º - (Vetado.)

Mas a informação prévia e adequada, de que cuida o artigo, não é praticada. Os bancos colhem assinaturas dos clientes em contratos impressos, cujas condições gerais estão registradas em cartórios de títulos e documentos e não são entregues aos clientes, que, no entanto, assinam dizendo que conhecem as cláusulas.

Tais créditos, especialmente a pessoas de baixa renda, podem ser abusivamente concedidos. Já vimos que, na França, foi editada a Lei Neiertz, para recompor a situação dos consumidores insolventes.

Outro tipo de crédito, sem normas específicas no Brasil, é o crédito desproporcional concedido às empresas. Um caso recente de uma construtora, que deixou em dificuldades milhares de adquirentes de imóveis, é citado como exemplo.

De fato, tem sido informado pela imprensa que alguns bancos, com garantias do cliente mutuário ou de terceiros, concedem créditos acima do poder de endividamento de certas empresas. Tornando-se estas insolventes, o banco recebe o que lhe é devido (ou ao menos a maior parte), mas os terceiros, que confiam na aparência de boa situação, especialmente se aparece na publicidade que um certo banco de renome está financiando um empreendimento, acabam ficando prejudicados. Ora, como vimos, foi alterada a legislação européia, mas, embora nada exista de específico no Brasil, podemos afirmar que as regras gerais de responsabilidade são aplicáveis. Ora, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (art. 159 do CC); portanto, se provado o fato, ocorre o dever de reparar. Cabe notar que, não sendo a relação entre o banco e o cliente, o terceiro não é consumidor. O Código de Defesa do Consumidor firma a responsabilidade objetiva, mas no campo contratual. O ônus da prova é do fornecedor do serviço, concluindo-se que o banco deve sempre ser cauteloso, não cabendo a inversão do ônus da prova nem outras cláusulas abusivas (art. 51 do CDC).

Conclusão - Os bancos têm responsabilidade profissional e, como prestadores de serviços, são regidos pelas regras do Código de Defesa do Consumidor, que consagra a responsabilidade objetiva, ou seja, sem culpa. Os bancos, ao conceder créditos, devem não só informar-se e exigir as cabíveis garantias, como informar aos clientes dos riscos e limites e, se a concessão de crédito pode causar riscos a terceiros, conforme os empreendimentos dos clientes, devem medir cuidadosamente as conseqüências, pois passam a responder não só contratualmente, perante o cliente, mas também extracontratualmente perante terceiros. ◆

O Princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: Reflexos no “Processo do Consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações¹

JOSÉ AUGUSTO GARCIA

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro

Professor de Direito do Consumidor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ)

1. **Introdução** - “*Não se faz uma revolução sem revolução*”, já dizia, há dois séculos, um especialista no assunto - o francês Robespierre. No campo do Direito brasileiro, também tivemos uma revolução, que atendeu, e atende, pelo nome de Código de Defesa do Consumidor. Sem terror, ou cabeças rolando, produziu-se um diploma extremamente avançado, que nos enche de orgulho perante a comunidade jurídica internacional. Como toda revolução, o Código arrebatada, transcende: não só as relações de consumo viram-se energicamente tocadas; em verdade, todo o nosso ordenamento, em sua inteireza, restou transformado. Não há, de fato, como resistir à força transfiguradora do Código, que perfilha, no seu ideário, aqueles anseios maiores da vanguarda jurídica, seja no plano do direito material, seja no plano do processo. Em especial, notabiliza-se o Código do Consumidor por assumir formidável empresa: a busca da “*ordem jurídica justa*”, na inspirada expressão de Kazuo Watanabe.²

¹ O presente texto consiste na condensação de ensaio bem mais extenso, ainda não publicado, com o mesmo título. Nele, são abordados especificamente todos os demais princípios que reputamos fundamentais na sistemática do Código de Defesa do Consumidor (princípios do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, da ordem pública, da boa-fé objetiva, da transparência máxima, da qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo e, por fim, da efetividade da tutela processual).

² “*O direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa*”, acentua o mesmo jurista, aduzindo em outra passagem que, “*para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça*” (Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in *Participação e Processo*, coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-129 e 135).

Positivar a *ordem jurídica justa*, contudo, não se mostra tarefa tranqüila, e muito menos isenta de riscos. Deparamos aí, seguramente, polêmica das mais fascinantes na jusfilosofia dos nossos tempos. Enfrentá-la aqui acarretaria irreversível desvio de rota, com a abordagem obrigatória de assuntos de grande complexidade. *Ordem jurídica justa*, deveras, implica falar em algo que, a grosso modo, se convencionou chamar de *Estado Social*, e hoje atravessa quadra de furiosa contestação; implica mexer, outrossim, no delicado tema do equilíbrio dos Poderes estatais, que muitos reputam ameaçado pelo fortalecimento excessivo do Judiciário; implica envolver-se, ainda, nos crescentes reclamos da democracia participativa. Bem se vê que a este trabalho seria impensável aprofundar-se em tão vasto leque de indagações. Mas o não-aprofundamento dos assuntos mencionados em nada prejudica o desenvolvimento do nosso raciocínio, uma vez que não pode haver qualquer dúvida acerca da aliança entre o Código de Defesa do Consumidor e o objetivo da realização de uma ordem jurídica substancialmente justa.

Também tendo em vista a materialização da ordem justa, destaque-se a tendência, igualmente indiscutível, de se deferir uma dose cada vez maior de poderes ao magistrado. Essa tendência, observada de maneira muito nítida no ordenamento pátrio, acaba por gerar interessantíssimo paradoxo: enquanto em largos setores o Estado se retrai, definha, o Estado-Juiz está cada vez maior e mais ativo, quase onipresente. Em outras palavras, a crise do alquebrado *Estado do Bem-Estar* não cruzou os lindes do processo, muito pelo contrário. Ponto para a democracia participativa. Afinal, a função estatal mais acessível ao cidadão, apesar de tudo, é mesmo a função jurisdicional. Por mais singela que seja a demanda, ela já terá o condão de levar o cidadão à presença do Estado-Juiz, órgão da soberania nacional.

Ordem jurídica justa, Estado Social, poderes do magistrado, democracia participativa. Aonde queremos chegar? Sem maiores rodeios, queremos tocar na questão dos princípios, da sistemática do Código de Defesa do Consumidor (doravante abreviado, em várias passagens, para “CDC”). Não é fácil, como já dito, positivar a *ordem jurídica justa*, emanação dos postulados do Estado Social. Para tanto, inevitável a inserção, nas leis, de normas de conteúdo aberto, que demandam a expansão do subjetivismo do julgador. No CDC, sintomaticamente, identificamos várias e várias dessas normas *abertas*,³ portadoras de *conceitos juridicamente indeterminados*.⁴ Em um sistema assim, sintonizado com a *ordem jurídica justa* mas, por isso

mesmo, dependente do subjetivismo do juiz, o que fazer para se garantir seja a lei de proteção aplicada de maneira razoavelmente uniforme e segura?

Aí, finalmente, atingimos em cheio a importância da interpretação lógico-sistemática do CDC, olhos postos nos princípios que se projetam do estatuto. Sem uma sólida base unificadora, consubstanciada pelos princípios do sistema, as normas abertas do Código traduziriam força eminentemente centrífuga, gerando verdadeira babel interpretativa. A indispensável segurança normativa também se volatilizaria, reduzindo ao máximo a própria razão de ser do estatuto do consumidor, que se tornaria refém do caso concreto, em total inversão de valores. *Ordem jurídica justa*, nessa hipótese, só se Nosso Senhor Jesus Cristo descesse dos céus e viesse a nós, pecadores, vestindo uma toga e empunhando um martelo...

Fica bem patenteada, portanto, a necessidade da exaltação dos princípios do sistema enfocado, os quais devem guiar a interpretação de todo e qualquer instituto do CDC. De fato, não se pode interpretar vírgula do Código sem o aval do sistema (aí englobados, logicamente, não só os princípios unificadores, mas também os fins da legislação). E repare-se que nem estamos nos aventurando na polêmica sobre constituir o CDC, ou não, um *microsistema*. Sendo ou não *microsistema*, impossível não atentar para os princípios que se irradiam do Código.⁵

³ Atente-se, à guisa de exemplificação, para o importante art. 51, IV (que sedia, na seara contratual, a recepção legal do princípio da boa-fé objetiva): são consideradas nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “*estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*”.

⁴ “*Não se deve, todavia, confundir esse fenômeno com o da **discricionariedade**. Às vezes a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou ainda, no primeiro caso, o poder de escolher, dentro de certos limites, a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade e da conveniência. É o que se denomina **poder discricionário**. Costuma-se apontar a atividade administrativa como o campo de eleição de tal poder; mas a verdade é que também o juiz não raro se vê autorizado pelo ordenamento a opções discricionárias (...)*” (v.g., nos casos dos arts. 394, 403, parágrafo único, e 559, *fine*, do Código Civil) - José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual*: segunda série, São Paulo, Saraiva, 1980, pp. 66-67.

⁵ Por sinal, não é de hoje que se vem encarecendo o valor dos princípios, em relação à interpretação de qualquer sistema jurídico. Vão ficando anacrônicas, assim, posições como a do ilustre jurista Toshio Mukai, que, comentando o CDC (*Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, coordenador Juarez de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 12), verbera o seu art. 4º, tachando-o de “*norma programática e sem nenhuma cogência*”, acrescentando o comentador que “*não há que se perder tempo com essa disposição, posto que a norma não tem eficácia e consequência prática*”. Ora, no art. 4º é que descobrimos o barro seminal do sistema do Código, de modo que não será perdido, certamente, todo o tempo utilizado na análise do dispositivo; sua exploração percuciente, ao contrário, serve para iluminar os demais aposentos do estatuto de proteção, facilitando sobremodo a tarefa do hermeneuta.

Bem assentada a pedra fundamental deste artigo, cumpre precisar o seu objeto específico. Nossa atenção estará voltada para um dos princípios fundamentais do CDC, bem como para alguns efeitos concretos que dele se desprendem. Qual o princípio eleito? O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo. Por que ele? Em primeiro lugar, por se tratar de um princípio pouco reconhecido, e menos ainda praticado. Na verdade, sequer o *status* de princípio lhe é deferido. Não obstante, e aí vem a segunda razão, cuida-se de princípio absolutamente crucial dentro da sistemática estudada.

Fechando esta introdução, retome-se a máxima que abriu o texto: “*não se faz revolução sem revolução*”. O estatuto consumerista significou uma revolução no nosso Direito? Evidentemente que sim. Mas ela não será genuína se igualmente revolucionária não for a interpretação das normas positivadas pelo CDC. Ao intérprete fiel, dessa forma, não se descortina opção outra senão infundir espírito igualmente transformador aos institutos e normas do Código, sob pena de desolador retrocesso. Em outras palavras: ao intérprete fiel cumpre sugar, sofregamente, toda a seiva dos princípios magnos do CDC, porque é neles que se concentra a essência do sistema. O princípio objeto deste trabalho é um dos que mais contribuem para plasmar a alma renovadora do CDC. É certo então: sem que se consolidem, em doutrina e jurisprudência, os arrojados efeitos que derivam do princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, revolução, lamentavelmente, não haverá!⁶

2. Instrumentalidade do Processo e Macroprocesso - Antes da abordagem direta do princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, convém pousar ligeiramente na doutrina da instrumentalidade do processo - extremamente cara às conclusões deste artigo -, cujo grande apóstolo é o Prof. Cândido Rangel Dinamarco, autor de primorosa obra

⁶ Sobre o mesmo tema, consulte-se o artigo “As novas necessidades do Processo Civil e os poderes do Juiz”, de Adroaldo Furtado Fabricio (publicado na *Revista Direito do Consumidor* 7, São Paulo, pp. 30-36, jul./set. 1993), que se inicia com a seguinte assertiva: “*Os mais importantes e desafiadores problemas que se propõem ao jurista de nossos dias decorrem da massificação*”. Consulte-se ainda o ensaio “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”, de Carlos Alberto Bittar Filho (publicado na *Revista Direito do Consumidor* 12, São Paulo, pp. 44-62, out./dez. 1994), também se ocupando bastante do assunto da coletivização, *in verbis*: “*Malgrado toda a oposição que tem encontrado, o movimento renovador, com a força da água que rompe o dique, segue o seu curso - e deve mesmo segui-lo -, sempre guiado pelo coletivo. Trata-se da coletivização ou socialização do Direito, movimento que, característico dos novos tempos, se coloca em posição diametralmente oposta à dos pandectistas do século passado (...)*”.

sobre o assunto, “*A Instrumentalidade do Processo*” (São Paulo, Malheiros, 1. ed. em 1987). Entre tantas outras idéias, valoriza o autor a visão externa e multidisciplinar do sistema processual, que se abre a perspectivas antes sufocadas pelo tradicional método introspectivo. O processo, em termos mais populares, deixa de se importar unicamente com o próprio umbigo e passa a questionar os seus resultados perante a sociedade. “*É tempo*”, diz o Prof. Dinamarco, “*de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada. Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida.*”⁷

Fundamental, na doutrina do Prof. Dinamarco, é a sublimação do raciocínio teleológico. E nem poderia ser diferente. Se o processo é um instrumento, quais os fins que a ele se ligam? Como diz o magistral doutrinador, “*é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego*”.⁸ Os fins, os objetivos do sistema empalmam assim o papel de grandes protagonistas. Passa a ser imprescindível perscrutar os escopos da jurisdição. Nesse ponto, aparece o outro traço fundamental da obra: não é considerado apenas o escopo jurídico da jurisdição (atuação da vontade concreta do direito). Graças à abertura do sistema a ângulos externos, a jurisdição assume compromissos igualmente relevantes com escopos políticos (v.g., a afirmação da vontade do ordenamento estatal) e sociais (v.g., a pacificação com justiça).

Em suma, a visão instrumentalista é eminentemente teleológica e, outrossim, contempla fins que transcendem o mundo jurídico. Não prescinde, logicamente, da efetividade da tutela processual, mas vai além. Tornando o sistema processual permeável “*às pressões axiológicas exteriores*”⁹ e desdortinando os escopos extrajurídicos da jurisdição, o instrumentalismo acaba por favorecer o acesso a uma ordem jurídica que se quer substancialmente justa, e não apenas legal. Exatamente nesse ponto se cruzam os caminhos da instrumentalidade do processo e do Código de Defesa do Consumidor,

⁷ Ob. cit., 4. ed., 1994, p. 11.

⁸ Ob. cit., 4 ed., p. 149.

⁹ Ob. cit., 4 ed., p. 24.

estatuto que também se volta enfaticamente, como vimos repisando desde a introdução deste texto, para o acesso à *ordem jurídica justa*.

É esse riquíssimo encontro - CDC e instrumentalidade do processo - que pretendemos explorar aqui, dele extraindo concretas jazidas. Também deriva da proposta instrumentalista a necessidade de um processo rente ao direito substancial (sem prejuízo, evidentemente, da indiscutível autonomia do direito processual). E o processo do consumidor há de aderir ao potencial revolucionário das normas substanciais do CDC, a ponto mesmo de se permitir ser chamado de “processo do consumidor”.¹⁰ Eis aí, justamente, o desafio maior desse ousado “processo do consumidor”: não deixar, sob hipótese alguma, que no plano jurisdicional se esvaneça a índole transformadora das normas consumeristas de direito material.

Uma última observação deve ser feita neste capítulo. É a de que, sintetizando a invocação dos escopos extrajurídicos da jurisdição, recorreremos a uma expressão que julgamos extremamente feliz: **macroprocesso**. Ela é empregada por outro processualista consagrado, Sérgio Bermudes, que o faz nos seguintes termos: “*O processo, entretanto, se projeta muito além do interesse das pessoas diretamente envolvidas porque é instrumento de pacificação social; porque devolve a paz ao grupo, servindo também de método pedagógico, pois através dele o Estado vai ensinando os jurisdicionados a cumprir o direito. Contemplado do ângulo do interesse social, o processo é macroprocesso, pela abrangência dos seus resultados. Sem o perceberem, os litigantes, na luta por seus interesses, minúsculos se confrontados com superiores razões sociais, propiciam a realização da paz e a admirável obra*

¹⁰ Acabamos de pisar em solo minado. O próprio Dinamarco não cansa de deblaterar contra o chamado “processo civil do autor”, que guardaria indisfarçável ranço civilista. Por outro lado, todavia, a instrumentalidade do processo reclama uma adesão bem mais veemente ao direito material em jogo, no sentido de que o instrumento não pode sobrepor-se aos fins que lhe são respectivos. Como ficamos? Sem renegar, um instante sequer, a autonomia do direito processual, mas a bem mesmo dos postulados mais graves do instrumentalismo, pensamos que não pode o “processo do consumidor” deixar de se influenciar pelo espírito protetivo das regras materiais do estatuto consumerista. Aliás, a expressão “processo do consumidor”, que reconhecemos ser de técnica discutível, serve exatamente para realçar a imperiosidade dessa sintonia entre o processo e o direito material do consumidor. Para que não haja dúvidas sobre a nossa posição, saliente-se que ela vai perfeitamente ao encontro de uma das conclusões da obra citada do Prof. Dinamarco, a saber (p. 317): “*Direito e processo constituem dois planos verdadeiramente distintivos do ordenamento jurídico, mas estão interligados pela unidade dos escopos sociais e políticos, o que conduz à relativização desse binômio direito-processo (substance-procedure). Essa é uma colocação acentadamente instrumentalista, porque postula a visão do processo, interpretação de suas normas e solução empírica dos seus problemas, à luz do direito material e dos valores que lhe estão à base (...)*”.

de criação do direito, que a decisão judicial realiza. Tenho já começado um ensaio com o título 'O Caçador de Esmeraldas e o Processo Judicial', onde comparo a aventura das partes, no processo, à de Fernão Dias Paes Leme, cantada no majestoso poema de Olavo Bilac. 'E enquanto ias, sonhando o teu sonho egoísta, /Teu pé, como o de um deus, fecundava o deserto'. Como na epopéia do bandeirante, enquanto as partes contendem, na perseguição de seus objetivos, o processo realiza o milagre da atuação do direito como sistema de adaptação do homem no grupo, interpretando, aplicando e atualizando as normas, em consonância com as necessidades sociais."¹¹

Macroprocesso,¹² assim, significa um processo muito mais transcendente, plenamente imbuído das suas relevantes implicações sociais e políticas. Na abordagem do princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, a seguir, prestigiar-se-ão com entusiasmo os escopos extrajurídicos da jurisdição, testando-se ao longe as esplêndidas potencialidades do instrumentalismo.

3 . O Princípio da Dimensão Coletiva das Relações de Consumo - Não há lides verdadeiramente individuais no campo das relações de consumo. Mesmo aquelas aparentemente individuais acham-se recobertas pela inevitável sombra de uma problemática muito mais ampla - coletiva! Assim, se um simplório radinho de pilha de determinada marca apresentou algum vício, provavelmente muitos outros da mesma marca ostentarão idêntica falha, prejudicando um número indeterminado de consumidores. Impossível e extremamente nocivo, portanto, cuidar das lides de consumo como se fossem lides individuais, impermeáveis à *sombra coletiva* de que falamos.

¹¹ BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 72.

¹² Não resistimos à tentação de mais uma citação da obra do Prof. Bermudes (ob. cit, p. 80). A citação diz respeito à narrativa de um fato real sem qualquer consequência jurídica, mas que certamente tem muito a ver com a noção de *macroprocesso*: "Victor Nunes Leal, um dos maiores juizes do Supremo Tribunal Federal em qualquer tempo, costumava lembrar que, visitando Brasília, ainda em construção, Juscelino Kubitschek indagava aos operários o que estavam fazendo. A resposta vinha específica: assentando um tijolo, erguendo uma parede, fixando uma viga. Um dia, o presidente perguntou a um candango que escavava fundo a terra onde se fincariam os alicerces do mais belo monumento da nova cidade: 'E você, o que faz aí embaixo?'. A resposta comoveu de tal modo Juscelino, que ele saltou no fosso para abraçar o operário: 'Presidente, eu estou construindo uma catedral'. Urge que cada sujeito do processo se compenetre da sua função de construtor de catedrais."

Nesse passo, descortinamos magnífica paisagem. Retraem-se, recolhem-se, os exauridos Tício, Mévio & Cia., intrépidos protagonistas de seculares pendengas. Em seu lugar, avançam os filhos da sociedade de massa, não mais brilhando em carreira solo, mas sim considerados na tessitura de grandes (e inevitáveis, até involuntárias) alianças, que encerram um número indeterminado de componentes. Não se trata, obviamente, de fenômeno privativo do Direito do Consumidor.¹³ Sem prejuízo de se tratar de tendência geral,¹⁴ no Direito do Consumidor a ótica coletiva impõe-se de maneira ainda mais inelutável. Afinal, o próprio consumo diz respeito a uma função de índole coletiva.¹⁵ Não estivéssemos hoje em uma sociedade de massa, refratária a abordagens de cunho individualista, e não teria maior sentido erigir um sistema específico para a tutela dos direitos dos consumidores. A propósito do tema, e depois de citar Norberto Bobbio - para quem “*os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos (...)*” -, salienta o advogado maranhense José Antônio Almeida que “*O direito do consumidor, corolário do reconhecimento da necessidade de defesa do consumidor, nasce, portanto, dentro da perspectiva histórica de que vivemos em uma sociedade de massa (...)*”.¹⁶

Portanto, a dimensão coletiva entranha-se na essência de qualquer

¹³ Há quase 20 anos, o Prof. José Carlos Barbosa Moreira já anunciava a emergência da coletivização do Direito em geral: “*Passageiros do mesmo barco, os habitantes deste irrequieto planeta vão progressivamente tomando consciência clara da alternativa essencial com que se defrontam: salvar-se juntos ou juntos naufragar. A história individual terá sempre, naturalmente, o seu lugar nos registros cósmicos; acima dela, porém, e em grande parte a condicioná-la, vai-se inscrevendo, em cores mais berrantes, a história coletiva. Os olhos da humanidade começam a voltar-se antes para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que para o que concerne a poucos, ou a um só.*” (*Temas de Direito Processual*: terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 173).

¹⁴ Hoje em dia, já se concebe até a figura do dano moral coletivo, que consistiria, segundo Carlos Alberto Bittar Filho - autor de ensaio, já citado, sobre o viçoso tema - na “*injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade*” (ob. cit., p. 55).

¹⁵ Como leciona Thierry Bourgoignie, um dos maiores especialistas europeus na matéria: “*O fenômeno do consumo alude mais a uma função do que a um simples ato técnico; ele se reveste em consequência de uma dimensão coletiva, ele é constituído de um conjunto de atos individualmente praticados e repetidos por um número de indivíduos. O consumidor não pode em consequência ser considerado como parceiro de trocas individualizadas; ele é também o quarto pólo do ciclo produção-distribuição-troca-consumo e ele partilha, a este título, os interesses coletivos, similares mas dispersos dos indivíduos que compõem o grupo econômico ‘consumidor’*” (O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 13, abr./jun. 1993).

matéria que envolva os direitos do consumidor. Natural, assim, tenha se esmerado o CDC em cevar institutos e temas profundamente relacionados ao fenômeno da coletivização, fato que já pode ser percebido na própria demarcação da figura do consumidor. Diz o art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.078/90: “*Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*”. Aos espíritos mais literais, careceria o dispositivo de um sentido prático mais palpável. No entanto, precisamente aí está a força da norma. De uma forma genérica, geral, e logo na sua fachada, o CDC já apregoa a relevância do fator coletivo. E nas outras equiparações que faz, relativas à figura do consumidor, o Código sublinha e engrossa esse traço fundamental. No campo da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, “*equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento*” (art. 17). No terreno das práticas comerciais e da proteção contratual, com mais ênfase ainda, “*equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas*” (art. 29).

Por falar em práticas comerciais e proteção contratual, eis um prato cheio para o princípio da dimensão coletiva. Repare-se desde logo que as patologias encontradas nesses recantos jamais atingirão somente um ou alguns consumidores, mas sim um universo bastante amplo, muitas vezes difuso. Pensemos primeiramente no exemplo mais óbvio, a publicidade. Trata-se de fenômeno eminentemente coletivo, com reflexos sociológicos os mais agudos, que extrapolam em muito o círculo jurídico. A civilização atual seria completamente outra se publicidade não houvesse. Não houvesse?! Positivamente, não conseguimos hoje, por maior que seja o esforço mental, cogitar de algum tipo de civilização sem publicidade...

Também insere entre as práticas comerciais está a oferta *stricto sensu* (arts. 30 a 35), cujo tratamento pelo CDC encerra outro sincero tributo à dimensão coletiva. Tome-se em especial o art. 30: “*Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado*”. Esta é a nova medida da oferta no sistema pátrio, aperfeiçoando em muito a figura da proposta assentada

¹⁶ ALMEIDA, José Antônio. Publicidade e Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, p. 106, jan./mar. 1997.

pelo Código Civil (art. 1.080), de matiz nitidamente individualista (como não poderia ser diferente). Sob a égide da formulação civilista da proposta, frutificou o entendimento de que os fornecedores não se vinculavam em razão das mensagens publicitárias por eles promovidas, já que tais mensagens caracterizariam um mero convite para a oferta (*“invitatio ad offerendum”*),¹⁷ tocando ao consumidor a iniciativa - e os ônus - da proposta. Por que “mero convite”? Simplesmente porque se tratava de uma oferta genérica, coletiva, que não conteria aquela vontade específica de contratar exigida pelo regime individualista do Código Civil. É certo que nos últimos tempos, mesmo antes da edição do CDC, uma interpretação evolutiva do Código Civil já se encarregaria de fulminar a tese individualista e iníqua da *invitatio*.¹⁸ De toda sorte, o CDC, pensando também em outros efeitos, fez questão de não deixar dúvida a respeito do poder de vinculação atribuído, na sociedade de massa, às manifestações negociais dos fornecedores. Inverteram-se, dessa forma, os sinais da equação: se no sistema (individualista) do Código Civil, o consumidor é que era “convidado” a ofertar, agora (na sociedade de massa) “o fornecedor é sempre o presumido ofertante, (e) o consumidor é aquele que aceita a oferta colocada no mercado”.¹⁹ Como se vê, forte é a ascendência do princípio da dimensão coletiva sobre a nova concepção de oferta posta pelo CDC, a qual trouxe, ressaltado-se, importantes conseqüências práticas.²⁰

Não fica atrás o capítulo da proteção contratual, especialmente quando o assunto é contrato de adesão (modalidade de contratação que responde por mais de 99% dos contratos entabulados nos tempos atuais, como informa Ana Emília Oliveira de Almeida Prado,²¹ em artigo publicado na *Revista Direito do Consumidor 11*). Os contratos de adesão são produto por excelência da

¹⁷ Confira-se a magistral obra da Prof^a Cláudia Lima Marques sobre contratos de consumo (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995), pp. 210/211: “Note-se que nos contratos de massa, a oferta não é dirigida a pessoas determinadas, mas a todos os indivíduos, enquanto integrantes da coletividade. Esta oferta genérica, mas, principalmente, a publicidade e outras informações prestadas não vinculavam a empresa, sendo consideradas apenas uma *invitatio* ou um convite para a oferta por parte do consumidor (*invitatio ad offerendum*).”

¹⁸ Com a sabedoria que lhe é peculiar, sintetiza José Carlos Barbosa Moreira a necessidade da interpretação evolutiva das leis: é preciso “extrair da antiga partitura sonoridades modernas” (*Temas de Direito Processual Civil*: terceira série, ob. cit., p. 32). (No caso, tratava Barbosa Moreira da melhor interpretação, nos dias de hoje, para o art. 75 do Código Civil, dele retirando o mofo do imanentismo.)

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Ob. cit., p. 212.

sociedade de massa. Entre as suas características estão a generalidade, a uniformidade e a abstração. Tão extensa é a órbita dos contratos de adesão que a proliferação desse instrumento, fenômeno do século XX, gerou preocupante desvio: os empresários, notadamente no que se refere aos grandes grupos, passaram a ostentar a condição de virtuais legisladores! Autorizados por algum tipo de outorga popular? Certamente que não... Nos contratos de adesão é que foi identificada a fonte desse esdrúxulo poder normativo. Como os abusos revelaram-se intoleráveis, exatamente em virtude da vocação coletiva desses contratos, sentiu-se a necessidade da reação do Estado, para recuperar o domínio que, paulatina e sorrateiramente, lhe fora subtraído. No Brasil, a reação tardou e só se fez presente com o CDC, primeiro diploma nacional a abordar diretamente os contratos de adesão.

Ainda sobre a relação entre contratos de consumo e o princípio da dimensão coletiva, vale destacar o regime das invalidades no CDC. Nele, impera a cominação da nulidade de pleno direito,²² deixando praticamente sem oxigênio a chance de alguma anulabilidade. A preferência pela nulidade (de pleno direito) reverencia razões óbvias. Enquanto as anulabilidades atendem basicamente a interesses de caráter privado e natureza individualista, o regime das nulidades vai afinar-se com os imperativos da ordem pública e do interesse coletivo (daí se deduzindo as feições tradicionais desse regime: possibilidade de conhecimento de ofício, não-sujeição a prazos decadenciais etc.).

E a província da responsabilidade civil? A responsabilidade do fornecedor, na sistemática do CDC, também se acha vivamente marcada pelo

²⁰ Célebre foi o caso da Mesbla de Goiânia, que, alegando erro, não cumpriu os termos de publicidade veiculada em jornal que circulou no dia 23.08.91, frustrando assim verdadeira multidão de consumidores que ocorreu à loja da empresa atrás do produto anunciado. Sobre o episódio e seu correto enquadramento jurídico à luz do CDC, confirmam-se os excelentes trabalhos de Judith Martins-Costa e Alcides Tomasetti Jr., na *Revista Direito do Consumidor* 4, São Paulo, 1992.

²¹ PRADO, Ana Emília Oliveira de Almeida. Disposições gerais contratuais no CDC. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 27, jul./set. 1994.

²² Critica-se, no CDC, a falta de distinção entre nulidade de pleno direito e nulidade absoluta, figuras que, conceitualmente, se mostram inconfundíveis. Parece certo, entretanto, que, ao prever unicamente a nulidade de pleno direito, pretendeu o legislador conferir rigor ainda maior à sistemática das invalidades no plano das relações de consumo. A propósito do assunto, consulte-se o artigo de Anelise Becker - "A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor" - publicado na *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, p. 117-131, jan./mar. 1997.

fator coletivo. De fato, o que não representa a teoria do risco profissional, adotada pelo Código, senão a socialização dos riscos do mercado de consumo?²³ O combate ao “*obsoletismo planejado*” (na definição de Zelmo Denari, o “*tecnicismo perverso para reduzir o tempo de vida útil dos produtos e, por via de consequência, aumentar a demanda*”)²⁴ testemunha igualmente a inexorabilidade da abordagem coletiva. E mais solar ainda se descobre a influência da coletivização quando um outro lado da questão da responsabilidade é enfocado: não o lado repressivo, mas sim o flanco preventivo. Nessa matéria, impõe o CDC aos fornecedores uma série de cautelas e providências (arts. 8º ao 10), que terão obrigatoriamente alcance geral, coletivo, prevendo-se inclusive a veiculação de anúncios publicitários, às expensas dos fornecedores, para alerta dos consumidores acerca da periculosidade de um produto ou serviço descoberto após a respectiva introdução no mercado (art. 10, §§ 1º e 2º).

Até no plano penal, o fator coletivo não se faz de rogado.²⁵ Daí que se trata de “crimes contra as relações de consumo” (art. 61 do CDC), tendo por sujeito passivo a coletividade de consumidores. Impensável assim, mesmo sob os holofotes da prestigiosa doutrina que preconiza um direito penal mínimo, a descriminalização das condutas tipificadas no Código do Consumidor, uma vez que o raio de lesividade dessas ações é muito mais vasto.²⁶

Coroando a sistemática coletivizante, temos a avançada disciplina das ações coletivas, que contempla a defesa judicial não só dos direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, mas também daqueles individuais homogêneos, categoria praticamente inédita no ordenamento pátrio.²⁷ Marcou-se assim mais um *gol de placa* no campo da tutela coletiva dos

²³ “*Evitando assim despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual*” (Sérgio Cavaliari Filho, A Responsabilidade no Transporte Terrestre de Passageiro à Luz do Código do Consumidor, *Revista Ensaios Jurídicos*, Rio de Janeiro, vol 1, p. 204, 1996).

²⁴ In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 2. ed., Forense Universitária, 1992, p. 121.

²⁵ De acordo com o grande Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “*os tipos penais do CDC não podem ser lidos, estudados ou compreendidos sob a ótica dos bens jurídicos tradicionais, moldados para cuidar de relações fragmentadas e individuais e não de relações globais e coletivas, característica primeira da sociedade de consumo*” (Crimes de Consumo no CDC, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 122, set./dez. 1992).

direitos, elevando-se o Brasil a posição de realce nesse campo (em que pese a recentidade do trato legislativo da matéria). Não bastasse, trouxe o Código a possibilidade de realização de convenções coletivas de consumo (art. 107), em outra iniciativa inovadora. Enfim, seja através da maior abrangência das ações coletivas (e até dispensa do requisito da pré-constituição das associações legitimadas - art. 82, § 1º), seja através da previsão de convenções coletivas, buscou o Código do Consumidor fomentar o associativismo (confira-se o art. 4º, II, *b*),²⁸ pela singela e fundamental razão de que os conflitos gerados por uma sociedade de massa devem ser enfrentados de maneira congruente, ou seja: coletivamente.

4. O Princípio da Dimensão Coletiva das Relações de Consumo e os Danos Morais – A Função *Preventivo-Pedagógica* das Indenizações, Especialmente Quanto aos Danos Morais “*Derivados*” - Apesar da importância do princípio da dimensão coletiva, muitas vezes, sobretudo na prática judiciária, ele se vê solenemente ignorado, não se lhe concedendo qualquer efeito mais sério. A reação não causa espanto maior, muito fundas que são as raízes individualistas do nosso Direito. Pouco a pouco, porém, a resistência cede e o individualismo perde terreno no mundo jurídico, não se afigurando temerário augurar consistência cada vez maior, e mais decisiva, para o princípio que estamos focalizando.

Dentro da tendência apontada, muito interessante é a conotação que se vem dando, em doutrina e jurisprudência, à indenização por danos morais. Antes de forma um tanto receosa, e ultimamente de maneira bem

²⁶ Em recente curso promovido pelo BRASILCON (seção Rio de Janeiro), em outubro/97, sustentou o brilhante penalista Juarez Tavares a descriminalização total das condutas tipificadas no CDC, substituindo-se a seção penal do Código por uma parte sancionatória administrativa mais rigorosa. A tese, contudo, ficou vencida na plenária final do evento, prevalecendo o entendimento (defendido pelo Des. Eladio Lecey) de que o CDC não pode prescindir do título referente às infrações penais.

²⁷ Antes do CDC, apenas a Lei 7.913/89 (dispondo sobre a proteção de investidores no mercado de valores mobiliários) previu, não explicitamente, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Daí se afirmar que o CDC criou a primeira *class action* brasileira.

²⁸ Infelizmente, a trilha do associativismo ainda se mostra pouco explorada entre nós, o que é compreensível em um país com escassa tradição no terreno do solidarismo; não obstante, o incentivo do CDC ao associativismo serve para dar ainda mais expressão ao princípio da dimensão coletiva.

mais resoluto, passou-se a admitir uma função punitiva para as condenações relativas a danos morais. Genuinamente “punitiva”? Não, talvez o termo não seja o mais exato. Na verdade, poderíamos falar, mais apropriadamente, em uma função *preventivo-pedagógica* para os danos morais, a qual se mostra intimamente conectada ao tema da coletivização jurídica. De fato, em conflitos meramente intersubjetivos, a aludida função *preventivo-pedagógica* pouco tem a brilhar, mormente porque se trata, em regra, de lides eventuais, não habituais, não profissionais. Tudo muda de figura, entretanto, quando estamos diante de conflitos carregados de dimensão coletiva (o que abarca, logicamente, aquelas disputas que, apesar de aparentemente individuais, são recobertas por uma infalível sombra coletiva). E são exatamente essas as pendências, inerentes à sociedade de massa, que povoam o reino das relações de consumo.

Óbvio, então, que a função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais revela-se extremamente cara ao Direito do Consumidor, onde os conflitos, sob a ótica do fornecedor, não são eventuais, mas sim habituais, profissionais (o que por sinal agrava a vulnerabilidade do consumidor no campo judiciário). Por sinal, a distinção entre os litigantes “eventuais” e os litigantes “habituais”, por reproduzir no processo a desigualdade existente no campo material, revela-se de grande importância para o encadeamento deste artigo. Quem se debruça sobre a questão é o incomparável Mauro Cappelletti: *“O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes ‘eventuais’ e ‘habituais’, baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos ‘habituais’, de acordo com Galanter, são numerosas (...)”*.²⁹

As “numerosas” vantagens dos litigantes *habituais* reiteradamente acicatham, entre nós, práticas empresariais sumamente desleais e nocivas ao consumidor. Claro! Sabem perfeitamente os fornecedores menos atentos aos ditames do princípio da boa-fé que a grande maioria dos consumidores lesados por determinada prática abusiva ou se conformará com a lesão, por uma série de motivos - v.g., pode ser medo de represálias,³⁰ pode ser a problemática do acesso à justiça deficiente, drama universal -, ou mesmo sequer se aperceberá dela. Quanto aos inconformados conscientes, também não infundem maior temor, pois igualmente é do conhecimento do fornecedor

pouco católico que essa minoria terá de se ver com os percalços referentes ao sistema judicial, incluídas aí não só as dificuldades quanto à prova dos fatos alegados, mas também as inevitáveis crises nervosas que serão ofertadas ao patriota litigante (*eventual*) pelo nosso calamitoso processo de execução.³¹

³² Dessa forma, muitas vezes o *crime* compensará, e muito!

Hão de se considerar, outrossim, aquelas lesões, ocorrentes no mercado de consumo, que são imensuráveis ou insignificantes individualmente mas geram um fabuloso enriquecimento ilícito para o fornecedor. Recentemente, por exemplo, noticiou-se que havia bancos movimentando indevidamente o dinheiro dos seus clientes, sem o conhecimento destes. Os danos individuais certamente terão sido diminutos, não compensando a propositura de uma ação judicial (mesmo em um Juizado Especial), até porque o assunto envolve complexidade técnica. O lucro gerado aos bancos, ao contrário, pode ter sido assaz confortante, ainda que descoberto o abuso (sendo lícito supor, aliás, que muitas peraltices do gênero sequer cheguem a ser desvendadas). Mais uma vez, o *crime* revela-se altamente compensador...

Cite-se mais um exemplo concreto, que está na *Revista Direito do Consumidor* 21.³³ O caso foi de propaganda enganosa: “*Induzimento do consumidor, através de embalagem visível, à aquisição de produto, o que daria direito à participação em sorteio de prêmios, àquela altura, segundo o regulamento oculto no interior da embalagem, já realizado*”. Apesar de a conduta do fornecedor denotar deslealdade, perfídia, pouco tem o consumidor a reclamar se adotada a mentalidade tradicional, que exige prova exaustiva para todos os prejuízos sofridos. Vejam-se então os malabarismos aritméticos a que foi levado o autor no seu pedido (ao final

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Colaboração de Bryant Garth. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 25.

³⁰ Há relações de consumo especialmente propensas a represálias inomináveis, como é o exemplo do ensino particular; as maiores vítimas são crianças de tenra idade que nada têm a ver com o conflito instaurado (entre os pais e a escola).

³¹ No processo de execução aqui praticado, como é notório, o exequente amiúde é transformado no mais vil dos delinqüentes, o que violenta o anseio de efetividade do processo, anseio este, entretanto, que só parece valer para o processo de conhecimento. Quanto à Lei 8.009/90, que inaugurou entre nós um sistema de virtual irresponsabilidade civil, melhor nem comentar...

³² As adversidades de um processo pouco instrumental geram resultados bastante deprimentes. Na minha experiência profissional, como Defensor Público, já ouvi várias e várias vezes, de autores arrependidos, o mesmo desabafo: se soubessem o que realmente lhes esperava, teriam preferido mil vezes suportar o prejuízo do que invocar a jurisdição...

vitorioso): “Postula por indenização que deve ser calculada tomando-se por base o resultado do cálculo de probabilidade de ser contemplado com qualquer das premiações elencadas no regulamento do concurso, levando-se em conta a representatividade monetária atualizada de cada prêmio, considerando-se o número de embalagens enviadas à patrocinadora do sorteio. Após este cálculo, considere-se a média ponderada dos valores dos bens oferecidos em sorteio, já que o primeiro deles é o mais expressivo e em muito se distancia dos demais, além de ser o único destacado na frente da embalagem.” Ufa! Em que pese a criatividade do pedido, não parece a ação capaz de desestimular, de maneira eficaz, o procedimento abusivo do fornecedor, que certamente lesou um número expressivo de consumidores.

Como combater tantas iniquidades, em tão larga escala? As ações coletivas, por mais evoluído que seja o sistema, não podem - e nunca poderão - preencher o imenso perímetro de contenciosidade que cerca as relações de consumo. Por conseguinte, é imperioso - e essa é uma idéia fundamental do presente trabalho - que também no âmbito da tutela nominalmente individual se dê efetividade plena ao princípio da dimensão coletiva, a ele se atribuindo efeitos concretos, palpáveis. Ativando-se a função *preventivo-pedagógica* dos provimentos judiciais, alcança-se um desses efeitos concretos. Como a reparação dos danos morais, ao contrário do ressarcimento por prejuízos materiais, não tem balizas fixas, presta-se sobremodo a essa transcendência maior reclamada para o “processo do consumidor”. Se não tivessem sido objeto de veto presidencial os dispositivos do CDC que previam a multa civil (arts. 16, 45 e 52, § 3º), não se exigiria tanto da indenização por danos morais. Sem a multa civil, porém, o já comentado *macroprocesso*, para a concretização dos seus amplos escopos, muito vai depender da concepção que triunfar, no foro, a respeito do peso da indenização por danos morais.

É claro que ausência de balizas fixas, como foi mencionado acima, não quer dizer ausência de quaisquer paradigmas. Não. Paradigmas que guardem flexibilidade (afinal, em matéria de danos morais, desculpem o óbvio ululante, cada caso é um caso...) mostram-se bem-vindos, para propiciar maior segurança aos jurisdicionados. Mas é fundamental que tais paradigmas, a serem burilados pelos tribunais, observem a dimensão coletiva das relações de consumo. Nesse labor, a análise da conduta do réu terá importância crucial, mais até do que a própria repercussão da ofensa na esfera subjetiva

³³ Revista Direito do Consumidor 21, São Paulo, pp. 154-157, jan./mar. 1997.

do consumidor. É preciso então proclamar, com todas as letras: ao apreciar pedido de indenização por danos morais, no território das relações de consumo, o magistrado deve pensar não só no caso concreto, mas também nos efeitos que a decisão produzirá em um raio muito maior! É a materialização, repita-se, do chamado *macroprocesso*. Pedindo mil vênias, sintetize-se a tese esposada com a paródia de um dito popular grosseiro e retrógrado: *o juiz pode até não saber por que está batendo, mas o fornecedor sabe por que está apanhando...* Em outras palavras, mais contidas: mesmo que o dano moral propriamente dito não tenha sido tão saliente sob o aspecto subjetivo, o fornecedor muitas vezes merecerá indenização rigorosa, para que restem desestimuladas lesões idênticas contra um número indeterminado de vítimas.

Não devem as palavras mais bombásticas do texto deixar a impressão de que estejamos descobrindo a pólvora. Muito pelo contrário. A função preventiva da indenização por danos morais e a ênfase na conduta do ofensor, para efeitos de quantificação da indenização, há anos e anos não traduzem mais novidade alguma no meio jurídico. Mas ainda falta assentar, solidamente, a necessidade de aplicar tais diretivas às relações de consumo com a maior contundência possível. Ora, dada a dimensão coletiva desse tipo de relação, não há território mais propício à afirmação da transcendência social da indenização por danos morais. Essa transcendência, aliás, é prevista implicitamente pelo CDC, quando trata das ações coletivas. Com efeito, ao prever a condenação genérica nas ações para a defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, no art. 95, e ainda a reparação fluida (*fluid recovery*), no art. 100, operou o CDC mais um prodígio, assim comentado pela emérita Prof^a Ada Pellegrini Grinover: *“Nos termos do art. 95, porém, a condenação será **genérica**: isso porque, declarada a responsabilidade civil do réu, em face dos danos apurados por amostragem e perícia, e o dever de indenizar, sua condenação versará sobre o ressarcimento dos danos **causados** e não dos prejuízos sofridos. Trata-se de um novo enfoque da responsabilidade civil, que foi apontado como **revolucionário** e que pode levar a uma considerável ampliação dos poderes do juiz, não mais limitado à reparação do dano sofrido pelo autor, mas investido de poderes para perquirir do **prejuízo provocado**.”*³⁴

As lições acima consolidam de uma vez por todas a certeza de que, nas lides de consumo, as atenções devem recair precipuamente sobre a

conduta do ofensor e os danos por ele causados, ou ameaçados. Dessa forma, reforça-se sobremaneira a função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais. Mesmo que o conflito de consumo se apresente nominalmente individual, a mesma *ratio essendi* das ações coletivas deve prevalecer, eis que pertencerá o conflito, sempre, a uma dimensão coletiva, como já repetido à exaustão.

Entremostra-se nessa passada, quando falamos sobre a função *preventivo-pedagógica* dos comandos judiciais nos pleitos consumeristas, um escopo verdadeiramente político da jurisdição. Com efeito, a manifestação pretoriana há de demonstrar cabalmente a reprovação estatal em relação a comportamentos que infrinjam a ordem pública do consumidor, desestimulando o infrator da maneira a mais *persuasiva* possível. Não é possível que a decisão judicial, mesmo condenando o fornecedor, estimule ainda mais o proceder ilícito. Imagine-se por exemplo uma empresa que recebe o preço do consumidor (no mínimo é pago um sinal) e não entrega o produto alienado, valendo-se de variada sorte de artifícios procrastinatórios. Em um caso assim, a condenação simples (o desfazimento do contrato e a devolução do que foi pago pelo consumidor), sem danos morais, representará maravilhoso prêmio para o mau fornecedor, que embolsou o dinheiro do consumidor, belo capital de giro, e só será realmente obrigado a devolvê-lo, em hipótese otimista, muito tempo depois, quando o exausto e desiludido consumidor conseguir enfim superar os terríveis obstáculos do processo de execução. Moral da nossa história (infelizmente não ficcional, muito pelo contrário): o sinal verde sorriu para novas estripulias do fornecedor, e quem ficou realmente desestimulado foi o consumidor, que pensará 37 vezes antes de reclamar novamente os seus direitos. Melancolicamente, terá sido confirmada a maldição da expressão (quase um xingamento) “*vai procurar seus direitos*”.³⁵

Exatamente para evitar que “*vai procurar seus direitos*” continue entre nós na forma de anátema, próprio de bocas sujas, mostra-se absolutamente essencial efetivar aqui as generosas idéias que inspiram o instrumentalismo, o *macroprocesso*. O processo, insista-se, não é mais visto como mero instrumento técnico de resolução de conflitos individuais. Quer-se mais do processo, uma função muito mais transcendente. Quer-se que ele atue positivamente na busca da elevação dos padrões éticos de uma sociedade.

³⁴ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, ob. cit., p. 549.

A decisão judicial assume, com o *macroprocesso*, um peso muito maior, servindo não só para resolver com justiça o caso concreto, mas também para prevenir semelhantes lesões. É dessa função *preventivo-pedagógica* dos provimentos judiciais que o Direito do Consumidor, em especial, não pode prescindir, tendo-se em vista a sua dimensão eminentemente coletiva.

Mas não concedamos exclusividade ao princípio da dimensão coletiva. Afora ele, outros princípios básicos do CDC também servem para clarear a discussão, indissolúvel que é o concerto dos grandes princípios do Código. No exemplo dado um pouco acima - a *condenação* que premia o mau fornecedor -, o consumidor terá pago, antecipadamente, o preço do produto (ou parte do preço). Trata-se de situação corriqueira nas relações de consumo, algo que já confere, de cara, uma grande vantagem, inclusive psicológica, ao fornecedor. Este, além disso, encarna a figura do litigante *habitual*, ao passo que o consumidor assume as vestes do litigante *eventual*, outro fator que traz enorme vantagem ao primeiro. Vale frisar novamente o lado psicológico: enquanto um processo não costuma trazer qualquer abalo à normalidade das atividades do fornecedor, para o consumidor a empreitada judicial pode redundar em transtornos sérios, não sendo incomuns os relatos de quebra da harmonia doméstica e até perda do emprego, decorrente das faltas ligadas ao acompanhamento do processo.³⁶ Tudo isso evoca, logicamente, o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.³⁷ Portanto, também deve ser irrestrita a aplicação, aos casos de danos morais nas relações de consumo, dos corolários do princípio do reconhecimento da vulnerabilidade. É dizer: os riscos do negócio de consumo, deixando de recair sobre os ombros do consumidor, passam a onerar o fornecedor, o que inclui, evidentemente, o risco de indenizações mais substanciais. Além disso, quaisquer dúvidas, inclusive quanto ao valor da indenização, devem favorecer o consumidor. A parte mais fraca, a vítima, não pode ser duplamente prejudicada. O próprio Código Civil, a propósito, já dispõe no seu art. 948 (infelizmente não muito explorado):

³⁵ Sobre a expressão, vale transcrever passagem do ótimo *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*, do magistrado fluminense Luis Felipe Salomão (Rio de Janeiro, Destaque, 1997, p. 25): “Na feliz imagem do desembargador de São Paulo, KAZUO WATANABE, nos países de primeiro mundo a expressão ‘eu te processo’ assusta o causador do dano, que logo se preocupa em compor com o lesado. Ao inverso, nos países que maltratam o direito do cidadão, a expressão ‘vai procurar seus direitos’ é que assusta, já que o lesado sabe que terá que percorrer longo e demorado calvário, além de dispendioso, para ver restabelecido seu direito.”

“*Nas indenizações por ato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado*”.

Outro princípio básico que comparece com entusiasmo ao debate é o princípio da boa-fé objetiva.³⁸ Cuida-se de mais uma fonte de inspiração essencial para a função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais. Essencial e decisiva, principalmente no que toca àqueles danos morais que denominaríamos “*derivados*”. Que danos são esses? Passemos a lhes dedicar atenção: danos morais “*derivados*”, segundo nossa concepção, são aqueles danos que acompanham, escoltam, uma lesão primária conexa de conteúdo patrimonial (e geralmente com origem em contrato). Não se confundem com os chamados danos morais “reflexos”. Enquanto estes tomam a forma de um dano extrapatrimonial que depois se converte em patrimonial - no exemplo clássico de Carlos Alberto Bittar, é o atentado à imagem que acarreta a perda da clientela -, os danos morais “*derivados*” ostentam estrutura rigorosamente inversa: é uma lesão inicialmente patrimonial que tem o condão de arrastar, provocar, danos de natureza extrapatrimonial. Consubstanciam-se tais danos morais “*derivados*”, por exemplo, na frustração, no desgaste, na exasperação, na revolta de um consumidor que pagou e não recebeu o produto contratado.

Até hoje, pouca ou nenhuma atenção foi dada pela doutrina aos danos “*derivados*”, cujos contornos conceituais, dessa forma, são largamente desconhecidos. Mesmo porém sem portar documento de identidade, eles

³⁶ Novamente deparamos com a problemática do acesso à justiça deficiente. As mazelas extraprocessuais do processo, por assim dizer, sacrificam especialmente as pessoas mais pobres, sem condições de pagar advogado particular. E as perspectivas não são boas. A obsessão do “Estado mínimo” pode tornar cada vez mais precário o atendimento, nos órgãos públicos, daqueles que necessitam de assistência jurídica.

³⁷ Cuida-se de princípio fundamental da sistemática estudada, positivado expressamente pelo CDC (art. 4º, I). O princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor deve ser aplicado diretamente às lides de consumo e determina inversão radical de ônus e riscos, do consumidor para o fornecedor. Consigne-se, ao ensejo, que o Código não é paternalista, mas existe uma realidade de poder a ser combatida. Se não há qualquer dúvida quanto à disparidade substancial de forças entre fornecedor e consumidor, nada mais isonômico do que oferecer ao último instrumentos que possam conter o poderio do primeiro. O Direito existe para conter e controlar o poder do mais forte, possibilitando a vida em sociedade.

³⁸ O princípio da boa-fé objetiva também se encontra expressamente positivado no CDC (arts. 4º, III, e 51, IV). Ao contrário da boa-fé subjetiva, que se preocupa com o estado anímico do agente em uma dada situação concreta, a boa-fé objetiva traduz verdadeira regra de conduta, expandindo o controle judicial sobre a atividade do fornecedor.

existem, e os tribunais têm discutido sobre a sua ressarcibilidade. Com os subsídios do princípio da boa-fé objetiva, também nós discutiremos a ressarcibilidade, ou não, dos danos morais “*derivados*”.

Frise-se em primeiro lugar esse ponto: que os danos morais “*derivados*” existem, não pode haver dúvida nenhuma. Todos somos consumidores e sabemos quão torturante, do ponto de vista emocional, pode ser o comportamento de um fornecedor impontual e pouco cioso de suas responsabilidades. Ademais, lesões aparentemente pequenas podem provocar verdadeiras tempestades no lar do consumidor. Não bastasse, qualquer questão judicial, como já frisado logo acima (quando falávamos sobre a posição desfavorável do consumidor, litigante *eventual*, sob o ângulo psicológico), acende a perspectiva de aborrecimentos e percalços bastante penosos para quem teve seu direito lesado, com direito a filas nos órgãos de defesa do consumidor e perda de dias de trabalho. Tudo isso, indiscutivelmente, é dano moral. É claro que esses danos morais “*derivados*” não se ombreiam, por exemplo, à dor provocada pela morte de um ente querido. Mas são, igualmente, danos morais. Pode mudar o grau, ou a espécie, mas a essência é a mesma!

Passando agora ao cerne da discussão sobre a ressarcibilidade ou não desses danos morais “*derivados*” - que inegavelmente existem, não se questione mais tal premissa -, cumpre lançar na arena de debates o princípio da boa-fé objetiva, cabendo a ele, como se verá, a tarefa de ordenar e decidir a polêmica. Pois bem, em qualquer setor da vida social, não se pode (e nem seria conveniente) juricizar todo padecimento de ordem moral. O Direito do Consumidor não é exceção. Nem toda vicissitude experimentada pelo consumidor desafiará uma correspondente indenização por danos morais. Portanto, na seara dos danos morais “*derivados*”, há aqueles que justificam indenização e há também outros que não induzem a mesma conseqüência. Como diferenciá-los? É exatamente aí que aparece, providencial, o princípio da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva deve consistir na bússola precípua da ressarcibilidade dos danos morais “*derivados*”. De fato, caso o comportamento do fornecedor revele ofensa ao princípio da boa-fé objetiva - que expressa verdadeira regra de conduta, como já visto -, a indenização se fará oportuna. Ao contrário, se inexistente a ofensa, faltará a indispensável relevância jurídica, descabendo, em regra, a indenização. A necessidade de proteger o fundamental princípio da boa-fé objetiva surge assim como

critério desempatador, comprovando de maneira categórica a tese de que a conduta do fornecedor é elemento essencial na equação da ressarcibilidade dos danos morais sofridos pelo consumidor.

Um exemplo prático se faz bem-vindo, para perfeito esclarecimento sobre a influência do princípio da boa-fé objetiva. É exemplo prático e trivial, dizendo respeito a um dos raros terrenos em que a Lei 8.078/90 não protegeu suficientemente o consumidor: o terreno da responsabilidade pelos vícios dos produtos e serviços (arts. 18 e seguintes). Como é notório, não bastassem as limitações que o § 1º do art. 18 do Código inflige aos consumidores, grandes lojas, ainda por cima, resistem sobremodo à troca de produtos viciados (ou devolução do preço), mesmo naquelas situações em que não subsiste dúvida, fática ou jurídica, quanto à obrigatoriedade da troca. Por sinal, outro exemplo prático que logo vem à mente diz respeito a certos planos de saúde, que adotam comportamento semelhante: criam enormes dificuldades para a obtenção de coberturas claramente devidas (máxime em casos de exames e intervenções), na esperança de que o consumidor, atarantado pelo problema de saúde, acabe pagando por aquilo que o plano deveria assegurar. Tem-se, nos exemplos dados, ofensa manifesta ao princípio da boa-fé objetiva. O fornecedor, visando à obtenção de lucros, aposta na falta de reação do consumidor vulnerável e, ainda mais grave, investe na revogação virtual de dispositivos de ordem pública. Inevitáveis danos que ocorram nesse contexto de reiterada inobservância da lei³⁹ devem ser ressarcidos com severidade, até mesmo na hipótese (não muito provável) de comprovar o fornecedor a inocorrência de qualquer intenção dolosa ou culposa. O princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo, afinal, estabelece um padrão objetivo de conduta. Em outros termos: exige-se respeito objetivo à ordem pública de proteção ao consumidor, o que dispensa qualquer cogitação acerca de culpa ou má-fé subjetiva. De todo modo, podendo ser identificada má-fé subjetiva, o agravo ao princípio da boa-fé objetiva se potencializa, e a indenização deverá ser ainda mais rigorosa, evidentemente.⁴⁰

Antes de seguir caminho, que fique muito claro: contrariedade ao princípio da boa-fé objetiva não se confunde com ocorrência de culpa! A boa-fé objetiva prescinde por completo da cogitação de culpa (como ocorre na responsabilidade civil objetiva). No Direito do Consumidor, a entronização da boa-fé objetiva corresponde a um imperativo de efetividade, vez que um dos pólos da relação de consumo está, quase sempre, habitado por empresas, no seio das quais as responsabilidades subjetivas facilmente se

esfarelam, principalmente no caso das grandes corporações.

Por tudo que já foi expendido, nem é preciso dizer que adotamos um conceito bastante generoso de dano moral. Na verdade, trata-se de uma tendência, que tem rumo certo: a aceitação da ressarcibilidade daqueles danos morais que chamamos de “*derivados*”. Depois da superação da polêmica sobre a ressarcibilidade em tese do dano moral, seguiu-se a discussão sobre a sua conceituação, a sua delimitação. E os tribunais, pouco a pouco, vêm assimilando aquela abrangência maior propugnada. Para que o dano moral seja reconhecido, e ressarcido, não mais se faz mister que a vítima perca os sete filhos esquarterados ou tenha os dois olhos furados... Assim, deve ser indenizado qualquer dano extrapatrimonial que possua um mínimo de relevância jurídica - ou seja, que tenha sido provocado por conduta contrária ao princípio da boa-fé objetiva -, até mesmo danos próprios do cotidiano, sem maior apelo dramático. Nada mais justo. Qualquer tipo de dano rompe o equilíbrio visado pelo Direito para as relações sociais. A negação desse axioma significa liberar uma perigosa *zona franca* do dano, onde todos os pecados serão absolvidos quando o prejuízo não for grave. A aludida *zona franca* não só abala, reitera-se, o indispensável equilíbrio das relações sociais, como também incentiva comportamentos nocivos, enfraquecendo a tutela geral da dignidade da pessoa humana.⁴¹ Recompôr o equilíbrio perdido, por conseguinte, afigura-se vital. Para tanto, seja o dano material ou moral, patrimonial ou extrapatrimonial, grave ou nem tanto, imperiosa se torna alguma forma de compensação, que pode ser pecuniária ou não.

³⁹ A *Revista Direito do Consumidor* 21 (jan./mar. 1997), pp. 160-166, publica acórdão excepcional da 6ª Câ. Civ. do TJRS, relator o Des. Cacildo de Andrade Xavier, j. 06.06.1995, v.u., versando sobre operações bancárias, matéria que até hoje resiste ao enquadramento do CDC. No parecer da Dra. Sara Schutz de Vasconcellos, Procuradora de Justiça, mencionado no acórdão, usa-se expressão bastante venturosa para definir o procedimento das instituições financeiras: “*filosofia financeira leonina*”. Nada melhor para expressar a afronta ao princípio da boa-fé objetiva. Muitos fornecedores adotam, realmente, filosofias empresariais nocivas, que atingem não um ou dois consumidores, é óbvio, mas sim uma coletividade deles.

⁴⁰ Em obra de grande brilho (*A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1997), demonstra o Prof. Guilherme Couto de Castro, juiz federal, que a aferição da culpa, longe de experimentar seu outono, continua tendo grande relevância sob vários aspectos, notadamente no que toca ao balizamento do dever de ressarcir, convivendo sem problemas com a responsabilização objetiva.

Ao ensejo, sustente-se que não de ser incentivadas as chamadas indenizações *altruísticas*, reconhecendo-se a presença, em tese, de todas as condições da ação no pleito em que a vítima de dano moral pede seja a reparação respectiva destinada a uma entidade filantrópica ou a qualquer outro fim humanitário. Versasse o pleito sobre danos materiais, haveria realmente sérias suspeitas de carência de ação. Mas se se trata de reparação de danos morais, a pretensão reparatória ganha flexibilidade muito maior. Poderá referir-se a dinheiro, a um pedido de desculpas, à prestação de um serviço à comunidade ou a qualquer outra obrigação idônea à compensação da dor moral. Esta, ao contrário do dano material, não pode ser vinculada a qualquer valor monetário. Não se atribui ao lesado, por isso, rígido e milimétrico *pretium doloris*, mas sim uma compensação, uma satisfação. Apresentando-se o pedido *altruístico* inteiramente adequado à compensação do dano moral, não pode ser impedido por duvidosas technicalidades.

Vale observar ainda que, dentro da amplitude do dano moral aqui defendida, prestigiam-se valores até então indevidamente desprezados. Tome-se por exemplo o lazer. Cuida-se de direito social, expressamente previsto na Constituição (art. 6º, *caput*). No entanto, à luz de uma visão mais acanhada, a perda do lazer não seria considerada dano moral. Como também não poderia, à evidência, ser enquadrada como dano material, ficaria absolutamente impune a lesão de direito - e desrespeitada a própria Constituição, que não foi feita para acomodar termos diletantes e palavras inócuas. Exemplo prático: o consumidor contrata os serviços de uma empresa que lhe proporcionará *navegação* na Internet; contudo, a empresa contratada mostra-se incrivelmente inidônea e atrasa bastante a conexão do consumidor à Internet, cumprindo assinalar que a *navegação* almejada serviria tão-somente ao lazer do consumidor, sem qualquer repercussão patrimonial. Somente com a compreensão mais generosa do dano moral, pois, é que se poderá estabelecer uma indenização autônoma para o agravo ao lazer do consumidor. Dessa forma, ativar-se-á a tão louvada função *preventivo-pe-*

⁴¹ Registre-se, sem entrar no mérito, que, nos EUA, vem-se dando enorme destaque à política de “tolerância zero” do prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, que defende a punição de qualquer infração penal, exatamente para desestimular as infrações mais graves. Do ponto de vista do direito repressivo, a política levanta dúvidas e controvérsias. No plano cível, entretanto, idéias tais podem e devem ser utilizadas no trato de conflitos portadores de dimensão coletiva.

dagógica das indenizações por danos morais, especialmente relevante para aqueles danos que denominamos de “*derivados*”. É exatamente o caso do consumidor que se quer conectar à Internet: a lesão primária de conteúdo patrimonial consiste no descumprimento do contrato e terá sancionamento próprio (extraível do regime contratual); já a frustração do lazer constitui dano moral “*derivado*” e também merecerá, segundo sustentamos, reprimenda específica.

Enfim, ocorrendo dano, há de se indagar: dano material? Se não for material, não restará escapatória: por exclusão, só poderá ser dano moral. Ressarcível? Naturalmente (desde, ressalve-se, que contenha um mínimo de relevância jurídica), sob pena de se deixar impune a prática antijurídica.

Quanto à questão da prova dos danos morais, em especial dos danos “*derivados*”, insta tecer breves comentários, eis que a matéria se presta a retumbantes equívocos. O dano moral, a rigor, não se prova. Ou melhor: impossível provar, de maneira direta, um dano moral. Afinal de contas, desculpem mais uma vez o óbvio, o dano é... moral! Sendo moral, diz respeito a um fato íntimo da pessoa humana, que só pode ser sentido pela própria pessoa lesada, mais ninguém (no máximo poderíamos ter testemunhas indiretas). É o triste quem sente a tristeza, assim como é o humilhado quem conhece a humilhação. Portanto, a única prova cabível é a prova indiciária, a ser apreciada em sintonia com as regras de experiência comum (bastante enaltecidas pela sistemática dos Juizados Cíveis, como revela o art. 6º da Lei 9.099/95). O que se há de comprovar, pois, é a existência de um quadro fático presumivelmente propício, segundo um critério de razoabilidade, à geração de danos morais. Assim, se a mãe perde o filho, presume-se de forma quase absoluta a sua dor, dispensável por completo a prova testemunhal. A parte adversa, sim, é que fica com o ônus de demonstrar, também através de indícios, que a morte do filho à mãe não trouxe dor.⁴²

A conclusão do parágrafo anterior serve também à censura de outro equívoco muito comum, qual seja, o vexo de levar a decisão sobre o *quantum* da reparação para a fase de liquidação da sentença. Ora, não havendo como provar de maneira direta o dano moral, também não se vê qualquer sentido em transferir a decisão relativa ao *quantum* indenizatório para a liquidação da sentença. O arbitramento do *quantum* é então puramente judicial, prescindindo por completo dos subsídios de qualquer perito (a não ser, claro, o perito jurídico - o juiz).

Uma ressalva final deve ser feita neste capítulo. É a de que não se

está aqui a aplaudir ou incentivar a denominada “indústria do dano moral”, que responde pelo subproduto patológico do fortalecimento (salutaríssimo) da figura dos danos morais. Fenômeno talvez inevitável em culturas não afeitas a padrões éticos mais rígidos, cresceu nestas plagas, incontestavelmente, o número de litigantes temerários, movidos por reprovável espírito de aproveitamento (v.g., pessoas que torcem com fervor, e até colaboram, para a ocorrência de uma inclusão indevida do nome em cadastros negativos de dados, confiantes em que um golpe de sorte lhes abrirá enfim as portas da fortuna...). Mas se trata da exceção, da patologia, não sendo justificável breçar avanços e conquistas só porque passíveis de efeitos colaterais indesejados. Aliás, fosse a covardia a marca do homem na História, sequer com a roda contaríamos hoje, e até mesmo os brilhantes escritos que costumam produzir doutrinadores do porte de Barbosa Moreira, Dinamarco, Calmon de Passos - para ficar exclusivamente na área jurídica -, só teriam a chance de se materializar, no melhor estilo rupestre, nas paredes de uma caverna...

Demais, saliente-se que a própria ordem jurídica apresenta mecanismos de contenção. O princípio da boa-fé não tem mão única, e se irradia, sem sombra de dúvida, para o campo processual.⁴³ Dessa forma, à luz do princípio da boa-fé, eventuais manifestações de má-fé processual podem e devem ser punidas com rigor mais intenso. Até mesmo pelo caminho da analogia podem ser esconjuradas pretensões indenizatórias manifestamente maliciosas: se na área criminal é repudiado o chamado “flagrante provocado”, também na seara do consumidor não se pode tolerar o análogo “dano moral provocado”. Fica pois a ressalva de que conferir função *preventivo-pedagógica* às indenizações por danos morais ocorridos no plano das relações de consumo não significa, obviamente, dar salvo-conduto a procedimentos maliciosos.⁴⁴ O próprio ordenamento jurídico tem o antídoto certo para eventuais desvios.

Em verdade, o espectro da “indústria do dano moral”, bem sopesados os argumentos, serve muito mais à confirmação de tudo quanto se escreveu.

⁴² Confirmando as assertivas do texto, confira-se o julgado citado por Aduino Suannes em artigo publicado nas Seleções Jurídicas ADV/COAD 12/97, p. 6: “O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. **Ele existe tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo bastante para justificar a indenização**” (RT 681/163). Por seu turno, o citado Carlos Alberto Bittar Filho aduz, com perspicácia, que “O esquema de causação do dano moral pode ser equiparado ao dos crimes formais, ou de mera conduta” (ob. cit., p. 55).

Sem dúvida. O que se afigura mais nefasto: o enriquecimento sem causa de maus fornecedores ou de alguns litigantes temerários, capitães da referida “indústria”? Certamente o locupletamento sem causa dos primeiros é muito mais danoso. E nesse ponto novamente ganha enorme relevo o princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, que ressurge para a aplicação do argumento de misericórdia. Com efeito, quem faz a diferença, mais uma vez, é o princípio da dimensão coletiva. As atitudes antijurídicas do mau fornecedor lesam, cotidianamente, um número indeterminado de pessoas e são auto-aplicáveis. Já eventuais golpes processuais de consumidores mal-intencionados verificam-se somente de forma individualizada, esporádica. Além disso, não são auto-aplicáveis. Muito ao contrário, só terão êxito se lograrem iludir o nosso sistema judicial, aí considerada a opulenta gama de recursos que o processo civil pátrio oferece. Em consequência, não se pode, a pretexto de coibir a “indústria do dano moral”, facilitar o enriquecimento ilícito de maus fornecedores, incomparavelmente mais deletério e gravoso à sociedade.

5. O Princípio da Dimensão Coletiva e as Conciliações - Perigosa unanimidade,⁴⁵ ou quase isto, se estabeleceu entre nós no que concerne às maravilhas da conciliação. Enfrentar com sucesso marés tão compactas é esporte ao alcance de uns poucos privilegiados, entre os quais decerto não nos incluímos. Todavia, não custa tentar revolver, ligeiramente que seja, esse verdadeiro mar de loas, quando menos para não desolar em excesso a boa e velha dialética jurídica.

As ponderações que se fazem oportunas, no tema da conciliação, são

⁴³ Tal irradiação, em que pese confirmada pelo próprio legislador (uma das hipóteses de deferimento de tutela antecipada fixa-se exatamente na caracterização de “abuso de direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu” - art. 273, II, do CPC), ainda não foi, pelo menos até agora, assimilada pela jurisprudência, que continua tímida na repressão da má-fé processual, principalmente no campo da execução.

⁴⁴ Também não é possível usar, na fixação da indenização, critérios censitários ou que favoreçam determinada classe, a título de se protegerem com maior vigor indivíduos supostamente mais suscetíveis à dor moral, em virtude da posição que ocupam na sociedade. Tais critérios apriorísticos ferem flagrantemente o princípio da isonomia e punem as pessoas humildes. Estas, aliás, acabam duplamente punidas. Além de pobres, ainda são discriminadas no momento da indenização. Ou seja, a condição social humilde teria o nefasto poder de se pendurar em todos os atos e momentos da existência da pessoa, a ponto de aviltar até mesmo o reconhecimento da sua dor, o valor da sua honra!

praticamente as mesmas do capítulo sobre danos morais, todas elas ditadas pelos eflúvios do princípio da dimensão coletiva. Que fique muito límpido o nosso pensamento: em lides autenticamente individuais, a conciliação consiste, sem dúvida, em um santo remédio, mormente nas lides envolvendo integrantes de uma mesma comunidade (vizinhos, condôminos etc.) - gente que continuará convivendo e se esbarrando, com ou sem processo. No entanto, em conflitos tocados pela dimensão coletiva, é preciso ter redobrada cautela, para não transformar as conciliações em meio de locupletamento do fornecedor inidôneo. Não que se queira converter o “processo do consumidor” em um Oriente Médio judiciário, tomado por ódios irredutíveis e beligerâncias à flor da pele. A conciliação constitui, fora de qualquer dúvida, um instrumento excelente para a resolução de boa parte das pendências surgidas no mercado de consumo. Não se pode, entretanto, aceitar a *ditadura da conciliação*, a conciliação a qualquer preço, como se não houvesse outra forma possível de composição da lide. Até porque conciliação imposta, não espontânea, pode ser tudo, menos conciliação genuína. Conciliação forçada não passa de contradição em termos. Se a solução é imposta, mais autêntico que venha em forma de sentença.

Infelizmente, contudo, vivenciamos agora o apogeu desse *conciliacionismo* compulsivo, obsessivo. Negar-se a parte à conciliação, mesmo que por motivos os mais defensáveis, pode representar a sua desgraça no processo, pois nela se pespegará o estigma de intransigente, desdouro que muitas vezes falará mais alto do que o próprio direito material em disputa. É contra esses excessos que nos insurgimos. O acordo será realmente bem-vindo em muitos casos, mas alguns magistrados e doutrinadores, possivelmente influenciados pela irresistível vaga do *conciliacionismo*, acabam exagerando: para eles, a inexistência de conciliação significa o fracasso da atividade jurisdicional.⁴⁶ Não é bem assim.

Sem nem tocar, ainda, na questão da dimensão coletiva das relações de consumo, há de se reconhecer que a parte, como já sugerido acima, pode ter razões as mais legítimas para não aceitar um acordo. Deveras, podemos estar diante de uma lesão cuja gravidade não dê margem a qualquer transigência.

⁴⁶ Se é unanimidade, já é perigosa. Como dizia Nelson Rodrigues, em um dos seus ditos célebres, quem pensa com a unanimidade não precisa pensar...

Usando propositalmente um exemplo extremo, para fins de argumentação, é de se indagar: se um meliante se apossa da nossa carteira, é possível acordo em tal hipótese? É possível ficar barganhando com o punguista o valor da devolução? Evidentemente que não. Se o punguista levou 100, não me contentarei com menos do que 100, afigurando-se completamente inviável qualquer outra solução que não a submissão total do réu ao meu pleito. A desconsideração dessa realidade traduz rendição a um perigoso utilitarismo, que oculta e menospreza a face necessariamente ética do fenômeno jurídico.

No âmbito das relações de consumo, o *conciliacionismo* obsessivo alcança repercussões ainda mais nocivas, graças ao princípio da dimensão coletiva. Nesse passo, reitere-se, cabem aqui todos os argumentos já lançados quando falávamos de danos morais. A conciliação pode servir como meio de locupletamento de fornecedores inidôneos, amortecendo ponderavelmente a força das reações dos consumidores lesados. É o que já ressaltamos à sociedade. Um abuso no mercado de consumo atinge muita gente. Dos atingidos, muitos nem se darão conta do abuso; outros tantos se conformarão. Fica restando uma pequena minoria, a que acredita na Justiça e invoca a prestação jurisdicional. Se também essa pequena minoria for contida pelo fornecedor que praticou o abuso, teremos enfim o crime perfeito - altamente lucrativo! E como se faz com habilidade a contenção, a acomodação? Faz-se sobretudo através de acordos, alguns até razoáveis para o caso concreto. Perdem os fornecedores contumazes alguns poucos anéis, mas em compensação ficam livres, leves e soltos - para novas travessuras - os dedos, as mãos, os braços... Em síntese: o acordo, no caso concreto, pode até ser razoável; considerado o contexto coletivo, porém, seu papel muitas vezes é lastimável, pois estimula a reiteração de práticas contrárias à ordem pública do consumidor. Tem-se aí mais uma situação explicada

⁴⁶ Outros fatores contribuem para o que chamamos de *conciliacionismo* compulsivo. Um deles é a conhecida sobrecarga dos operadores jurídicos e, em especial, das pautas de audiências, notadamente em Juizados Especiais. Naturalmente, compor a lide através de um acordo costuma ser mais rápido e prático do que através de uma sentença, obrigatoriamente fundamentada (art. 93, IX, da Constituição). Assim, de forma até inconsciente, juízes abarrotados de serviço e acumulações passam a pôr na conciliação uma ênfase desmesurada.

diretamente pelo princípio da dimensão coletiva das relações de consumo. No “processo do consumidor”, como já dito e redito, a pretensão deduzida pelo autor individual não deixa de portar, também, uma carga considerável de interesses transindividuais.

Vale aduzir que o *conciliacionismo* reedita amiúde, no âmbito judicial, os mesmos efeitos (ou melhor, as mesmas mazelas) de uma figura típica de direito material, o contrato de adesão. O paralelo é bastante útil para que se possam perceber os malefícios da busca da conciliação a qualquer preço, *na marra* que seja. O CDC esmerou-se no capítulo da proteção contratual, visando precipuamente defender os consumidores das iniquidades dos contratos de adesão. Não tem nenhum sentido, portanto, reproduzir no campo processual o mesmo esquema de desequilíbrio dos contratos de adesão. Ainda mais, repise-se esse dado fundamental, por estarmos falando de processo travado entre um litigante *habitual* e um litigante *eventual*, circunstância que transfere para a esfera judicial a desigualdade existente no mundo real. Nessas condições, o *acordismo* desenfreado tende a favorecer amplamente o litigante *habitual*, que ostenta um poder de barganha muito superior. Aliás, na prática forense, seja no campo do consumidor, seja em outros departamentos (v.g., a área trabalhista), copiosos são os exemplos de litigantes *eventuais* que, em virtude da sua situação de inferioridade,⁴⁷ submetem-se a acordos francamente desfavoráveis. Todo cuidado, então, é pouco. Não se pode permitir, de modo algum, que os acordos judiciais tomem a forma de iníquas *conciliações de adesão*, marcadas pelos mesmos vícios do seu sócia contratual.

“*Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda*”. No território do Direito do Consumidor, a máxima ganha sabores de suprema desfaçatez, cooptada que é pelos detratores da lei de ordem pública. Em prol da ordem pública ameaçada, novamente se dão as mãos os princípios da dimensão coletiva e da boa-fé objetiva. Através deste último, chegamos diretamente à questão ética, moral. A conciliação, no plano espiritual, tem um sentido bastante elevado. Usada no “processo do consumidor” com finalidades menos nobres, ou na forma de uma daninha contrafação, deve ser repudiada. Pertinente a propósito, para fechar o capítulo, o brado do mestre italiano Pietro Perlingieri: “*É necessário que, com força, a questão moral, entendida como efetivo respeito à dignidade da vida de cada homem e, portanto, como superioridade deste valor em relação a qualquer razão política da orga-*

nização da vida em comum, seja reposta ao centro do debate na doutrina e no Foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça."⁴⁸ ◆

⁴⁷ Os fatores de inferioridade dos litigantes *eventuais*, já vimos, são vários. Para ficarmos em apenas dois, veja-se que o acordo desfavorável é freqüentemente consentido porque o litigante *eventual* teme a capacidade e a influência da equipe jurídica do litigante *habitual*, ou porque o primeiro não tem mais condições psicológicas ou financeiras de aguardar o final do processo.

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 23.

Globalização, Crise e Reforma do Estado Brasileiro

PEDRO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO

Advogado. Professor de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Diretor do Departamento Geral de Estudos e Ensino da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução - O Estado, embora constitua, na maioria dos casos, a mais significativa concentração formal de poder no ambiente interno de uma sociedade nacional, não detém a totalidade do poder, restando à sociedade civil, na multiplicidade de entidades que a integram, parcela formidável de poder, que será tanto maior quanto mais aberta e democrática for a sociedade. Mesmo os Estados totalitários não dispõem da totalidade do poder que, teoricamente, as respectivas sociedades nacionais podem reunir. Assim, a sociedade civil, ou seja, o espaço não estatal da comunidade nacional, sedia enorme gama de centros de poder, cada qual com sua soma de recursos e vontade própria. Esses centros de poder interagem no ambiente interno, entre si e com o centro estatal de poder, e mantêm igualmente interações com centros de poder externos à nação. Cabe aos governos, no exercício da liderança nacional e desenvolvendo as próprias condições de governabilidade, provocar a convergência das vontades (Vontade Nacional) e incrementar o da sociedade nacional, em torno de objetivos que mantenham pertinência com os objetivos maiores da nacionalidade.

Fica evidente que a globalização afeta a capacidade e a vontade de qualquer país, na medida em que se refere não só às relações interestatais mas àquelas que, mais e mais, se estabelecem entre os diferentes centros de poder internos a cada sociedade nacional. Relações em que se realizam trocas de todos os níveis: desde as trocas materiais - de mercadorias - às trocas espirituais, culturais, do que se poderia denominar energia psicossocial. Trocas, portanto, que afetam as vontades de cada centro de poder e, em consequência, a formação do que se convencionou denominar Von-

tade Nacional. Ao afetar-se a formação, a constância e a determinação da Vontade Nacional, afeta-se o poder da sociedade nacional como um todo e, mais especificamente, o poder do Estado e as condições de governabilidade.

Não apenas, ou necessariamente, como consequência da globalização, mas, sem dúvida, afetado por ela, o Estado contemporâneo vive aguda crise, que se constata pela paralisia, inoperância ou inefetividade no exercício de várias de suas funções. O Estado brasileiro não escapa à crise geral e a ela acrescenta mazelas peculiares: por isso que a “reforma do Estado” está na ordem do dia das preocupações nacionais. Diríamos mais: a reforma do Estado integra a “estratégia nacional” brasileira, a ‘*grand strategy*’ segundo os anglo-saxões, para que a sociedade brasileira possa fazer face aos desafios da globalização.

2. Globalização e Crise do Estado Contemporâneo - Pode-se dizer que, concomitantemente aos fenômenos que se reúnem sob a rubrica de globalização, o Estado, como macro-instituição político-jurídica que dá expressão às sociedades nacionais, tem vivido aguda crise, em todas as partes do planeta. A crise a que nos referimos, envolve, internamente, em primeiro lugar a relação Estado-sociedade, caracterizando-se como uma crise do modelo econômico-social politicamente adotado pelo Estado; em segundo plano, a solução política da questão da inserção das massas, ou seja, de sua participação no processo decisório nacional, pondo em cheque o sistema representativo clássico e a própria capacidade do sistema em comprometé-las, para criar a ordem e legitimar-se. No âmbito externo, o exercício da soberania, sob fogos, quer no plano intelectual, quer no da prática das relações internacionais, busca novas formas de realização para fazer face a desafios ante os quais o Estado-nação parece impotente.

2.1. O fenômeno da globalização - Ainda que se possa identificar uma “ideologia” da globalização, ou seja, uma série de construções cerebrinas ou imagens tendentes a mitificá-la, a globalização é um fato, ou um conjunto de fatos, com um formidável potencial de determinar possibilidades de futuro. Claro está que tais fatos não comportam apenas uma interpretação ou uma única forma de a eles reagir. Mas não podemos desconhecê-los ou subestimá-los, se pretendemos garantir nossa existência como nação soberana e viável no próximo século.

É tão abrangente o fenômeno que afeta todas as expressões de poder de uma sociedade nacional, embora com variável grau de intensidade. Se

é evidente o alto grau de globalização da economia, ante as tendências de ampliação e unificação dos mercados, da intensificação das migrações de capitais e fluxos financeiros e da formação de grandes subconjuntos econômicos, não menos claro o fenômeno no plano sócio-cultural: não só se abrem hoje amplas possibilidades de difusão, quase instantânea, de idéias e produtos culturais, mas ainda o mercado de bens culturais se internacionaliza, padronizando aspirações e comportamentos e ameaçando a viabilidade de grande parte das manifestações culturais nacionais ou locais.

No âmbito da política internacional, se a globalização significava no passado a inserção em uma das áreas de influência dos dois grandes blocos em antagonismo, hoje a existência de uma única superpotência hegemônica, ainda incontrastada, pode significar o predomínio unilateral de uma vontade ainda que sob a aparência da multilateralidade. No âmbito interno, que é o objeto preferencial de nossas reflexões, pode-se apontar, desde logo, por força principalmente dos fatores econômicos, um maior entrelaçamento entre política externa e política interna. Entrelaçamento que pode pôr em cheque um atributo essencial do Estado-nação, que é a soberania, hoje em convivência, nem sempre tranqüila, com os condicionamentos externos pertinentes a temas como o da ecologia e o dos direitos humanos. Sob o aspecto militar, se a ameaça do holocausto nuclear, embora não afastada de todo, parece sob controle, estão fora de controle as eclosões de conflitos localizados, em relação aos quais cresce a expectativa de uma ação policial, preventiva ou repressiva, multilateralizada ou regionalizada.

2.2. *A crise de modelo* - A relação Estado-sociedade se dá dentro de um modelo formal que contemporaneamente corresponde a três tipos: o Estado liberal, o Estado socialista e o Estado social, ou o *Welfare State*. Podemos afirmar que os três modelos estão em crise.

A crise do Estado socialista foi a mais ruidosa. A queda do muro de Berlim não só foi o sinal mais visível da derrocada do mundo soviético, mas ainda constituiu o réquiem para o modelo de sociedade de economia centralmente planejada e de estatização dos bens de produção. Gorbachev, com sua *perestroika*, tentou salvar o modelo, reformando-o. Acabou por precipitar sua desintegração. Contudo, a crise persiste, na medida em que as antigas sociedades de modelo socialista soviético ainda não lograram, em sua maioria, realizar a transição para outro modelo.

Já a crise do Estado de bem-estar social, embora visível, comporta-se mais discretamente. Um de seus sintomas tem sido a queda dos partidos da

social-democracia na Europa, eis que tais partidos, sem lograr realizar plenamente seus programas, tiveram suas imagens associadas àqueles modelos de Estado. A crise deriva principalmente do fato de que tal modelo, reduzindo a necessidade de poupança pessoal, drena recursos do setor privado para o setor público, diminuindo a capacidade de investimentos empresariais criadores de emprego. Além disso, o modelo reduz os incentivos individuais ao trabalho e seus custos totais acabam por tornar as economias correspondentes menos competitivas. E mais: como implementar uma “economia de mercado socialmente (portanto, nacional mas não estatalmente) controlada” - proposta característica da social-democracia - numa economia globalizada ?

O Estado liberal clássico passou por aguda crise no entre guerras, criticado principalmente por sua incapacidade de evitar as crises econômicas, de obter consenso político em torno de questões cruciais para as respectivas sociedades nacionais e, ainda, de resolver adequadamente as questões sociais. Recuperou o fôlego após a Segunda Guerra Mundial, fazendo concessões de sentido social, numa cautelosa aproximação com as idéias inspiradoras do *Welfare State*. Recentemente, correspondendo ao *thatcherismo* na Inglaterra e ao *reaganismo* nos Estados Unidos, assistimos a um reacender de experiências liberais mais próximas dos princípios clássicos, que, se produziram aspectos positivos para as economias daqueles países, a par de vulnerabilidades graves do ponto-de-vista social, parecem mais perigosas se e quando aplicadas em países em desenvolvimento, como parecem mostrar os exemplos do México ou da Argentina.

Deste modo, parece que os três modelos, ainda que em graus diferentes, estiveram e estão em crise. É muito improvável que o Estado socialista, de tipo soviético, possa retornar onde já desapareceu ou possa servir de modelo a alguma nova experiência institucional. A discussão hoje centra-se na opção entre práticas liberais mais próximas dos princípios do liberalismo clássico, no que se denomina neo-liberalismo, e formas e dimensões de *Welfare State* a serem implementadas, mantidas, aumentadas ou reduzidas, para que os Estados correspondentes tornem-se ou continuem viáveis. Qualquer que seja o ponto de partida, a globalização coloca aos Estados já em crise um desafio novo que lhes acarretará mudanças significativas.

2.3. *A crise da participação* - A questão da exclusão e da participação é uma velha questão da política. Mesmo sob as mais respeitáveis formas de regime democrático, grande parcela do povo sempre esteve, por várias

razões, afastada de muitas decisões que iriam afetar diretamente suas vidas. O fato novo é a generalização, nas sociedades que se tornaram ou se tornam sociedades de massa, do desejo de participar entre aqueles que antes sequer suspeitavam desta possibilidade. Em sociedades desenvolvidas, como a norte-americana e as da Europa Ocidental, que alcançaram no passado alto nível de participação política, o advento de novas vagas de imigrantes ilegais, fugidos da miséria em seus países de origem ou atraídos pelas perspectivas de melhorias no mundo rico, tem levado a uma reação excludente, no sentido da negação a esses desafortunados de quaisquer direitos de cidadania, quer política quer social. Contudo, a massa dos ilegais se organiza, obtém apoios, e pressiona por aceitação e participação ante aparelhos estatais freqüentemente impotentes para contê-la. Nos países em desenvolvimento, as massas se tornam cada vez mais conscientes de suas possibilidades, pressionam pela participação, por uma melhor distribuição de oportunidades sociais, e rejeitam quaisquer formas de *apartheid*. O problema é que freqüentemente não só as economias nacionais não têm como suportar o distributivismo (implícito na absorção das massas) sem perder competitividade, mas também o aparelho estatal não dispõe de mecanismos institucionais adequados para processar e canalizar os novos ímpetos participativistas.

Assim, tanto nas sociedades ricas quanto nas sociedades em desenvolvimento, há toda uma grande massa de pessoas cujas demandas não são representadas politicamente ou não o são suficiente e adequadamente, seja porque não têm cidadania política seja porque não têm cidadania social. Os partidos políticos, a terem de escolher, decerto preferem representar os anseios dos nacionais, dos cidadãos, dos que têm emprego, são sindicalizados e comparecem - ou podem comparecer - às urnas.

Considerando que as formas de participação alternativas à representação clássica ainda não foram capazes de superar as objeções de superficialismo e manipulação por grupos hiper-ativos, resta àquelas massas grande dose de frustração, que acaba por converter-se em falta de compromisso, senão deslealdade, com o Estado sob cuja jurisdição vivem. Paralelamente, a tirar credibilidade a parcela da representação política e a minar a base de sustentação do Estado nacional, temos o fato - que é parte do fenômeno da globalização - da internacionalização da mentalidade das elites. Parcela do que se poderia denominar as elites estratégicas de cada país cada vez mais se constitui de “cidadãos do mundo”, que vivem num mundo sem fronteiras e que não desenvolvem um sentido de lealdade ao seu povo ou ao Estado

que corresponde à sua pátria.

2.4. *A crise da soberania* - O terceiro aspecto da crise do Estado, agora envolvendo também suas relações internacionais, diz respeito ao atributo da soberania. O conceito de soberania do Estado-nação envolve duas dimensões, que podemos dizer xifópagas: uma voltada para o âmbito interno, que se traduz na supremacia do Estado, isto é, de sua ordem jurídica, a qual, na área de seu território, a nenhuma outra se subordina; outra, que não sendo senão a independência no concerto internacional, que vem a ser atendida pelos princípios da auto-determinação dos povos e da não-intervenção nos assuntos internos de cada país, e pela liberdade, de que cada Estado soberano dispõe, de celebrar ou denunciar tratados e alianças.

Aparentemente, a idéia da supremacia do Estado, porque se vincula ao dever de prover a ordem interna, não conflita com os influxos da globalização. Mas a soberania no plano das relações internacionais, porque contém inerentemente os princípios e a liberdade antes enunciados, tem sido considerada, por parte da intelectualidade dos países hegemônicos, como o vilão da História moderna da Humanidade. “No plano dos negócios internos do Estado, a soberania tem freqüentemente criado ordem e estabilidade políticas. Nas relações internacionais, tem levado à anarquia” - afirma o professor Harold J. Clem, do National War College dos EEUU (*The environment of National Security*. Washington, D.C., National Defence University, 1983, p.3).

O combate ao conceito de soberania, e aos princípios que lhe dão substância não tem sido meramente acadêmico. Sob vários pretextos, as ações internacionais das grandes potências, diplomáticas ou não, tem agredido o conceito, em detrimento de Estados fracos demais para defender a incolumidade desse atributo ainda essencial. Teses como a do “dever de ingerência” e da “soberania compartilhada” tem sido sustentadas nos foros internacionais e ações correspondentes tem sido realizadas. Ao fim e ao cabo é a idéia da globalização que está por traz desse tipo de atitude.

Compreendendo que há formas novas de exercício da soberania, em que os Estados livremente assumem a necessidade de compartilhar decisões e controles, até para fazer face aos incoercíveis fluxos de capitais e pessoas e aos movimentos das grandes corporações multinacionais, buscam os países mais conscientes, contudo, preservar a essência de suas soberanias, guardando sempre a possibilidade de denunciar os acordos e agir independentemente. Sem embargo, a constante crítica e o crescente desprestígio do

conceito de soberania é um dado que deve ser levado em conta ao refletir-se sobre o papel do Estado num mundo em crescente globalização.

3. A Crise do Estado Brasileiro - Certamente, o Estado brasileiro sofre os três aspectos da crise porque passam os demais Estados no mundo, agravados aqui por peculiaridades de nossa formação histórica e situação geopolítica.

3.1. *A evolução do Estado brasileiro* - Se o Estado brasileiro luta contra as tendências centrífugas impostas pelas dimensões continentais de seu território, sua base humana apresenta notável unidade, forjada, ao longo da História, pela religião católica, pela miscigenação cultural e racial e pela língua portuguesa, que, quase milagrosamente, apresenta uma grande homogeneidade no seu uso por todo o país, caracterizada pela ausência de dialetos. Essa unidade, apontada por Calógeras e outros historiadores pátrios, essa ausência de clivagens religiosas ou lingüísticas, de incompatibilidades culturais ou ódios raciais, constitui um dado precioso a demonstrar, sem ufanismo, que, entre nós, o Estado-nação é uma realidade a respaldar o Estado-instituição.

Mas o aparelho estatal, se ele foi predominantemente oligárquico, de Campos Salles a 1930; corporativo-autoritário, de 1930 a 1945; populista-desenvolvimentista, de 1945 a 1964; modernizador-autoritário, de 1964 a 1984; tem vivido, de 1984 para cá, a crise do esgotamento do seu gigantismo. Na verdade, de 1930 para nossos dias, o aparelho estatal brasileiro sempre cresceu, devida ou indevidamente: cresceu com o Estado-novo getuliano, e era natural porque a ideologia dominante era a do Estado forte; cresceu com o populismo desenvolvimentista porque o populista necessita do Estado como instrumento de sua política demagógica junto ao povo; cresceu no autoritarismo, porque havia uma ordem a manter e um continente a desenvolver. Cresceu e esgotou-se. Perdeu sua capacidade investir e, portanto, de comandar o processo de desenvolvimento.

Como escreveu Roberto Cavalcanti de Albuquerque:

“A crise do Estado no Brasil de hoje é o resultado de uma longa evolução em que, de permeio a ciclos politicamente abertos e fechados, descentralistas e centralizadores, consolidou-se uma poderosa superestrutura tecnoburocrática, patrimonialista, crescentemente cartorial e clientelista.

Essa organização revelou-se, a partir de 1930 e até fins da década

passada, capaz de conduzir e orientar o desenvolvimento e a modernização nacionais, seja em fases politicamente abertas, seja em períodos de autoritarismo.

No entanto ampliou-se na sociedade a fruição do Estado, na tradição cartorial-clientelista, intensificando-se a pressão dos interesses sociais na disputa de concessões, incentivos e benefícios que hoje consomem grande parte dos recursos públicos, conduzindo o Estado à passividade e gerando insuficiência de recursos para as funções que lhe são próprias.” (“O Estado e a República: 1889 - 1989”, in **Revista da ESG**, Nº. 13, 1989, p.34)

Se assim comentava em 1989, em trabalho posterior o mesmo analista vem a acrescentar:

“O governo da Nova República (1985-89) tentou atabalhoada e ineficazmente, forçado pela crise econômico-financeira que anulava a capacidade de investimento público e gerara pesado endividamento, conter e reduzir o gigantismo do Estado (do Poder Executivo da União, particularmente).

O novo modelo de desenvolvimento, contudo, ainda não se impusera com a clareza e a força suficientes para conferir sentido e consistência à proposta de reinstituição do Estado que fosse além da agenda negativa então adotada - cujas palavras-chave eram desmonte, corte de despesas, desregulamentação, desburocratização, descentralização, desestatização. Agenda que se legitimava apenas pelo objetivo de reequilibrar as finanças públicas. (...)

O Estado como superinstituição, embora combatido e desestruturado pelo transformismo organizacional destrutivo e desestabilizador, projeta sua pesada sombra sobre os espíritos dos constituintes de 1987-88. Impedindo-os também de enxergar as tendências, que então se desenhavam mundialmente, para a globalização econômica, a liberalização dos fluxos comerciais e de capital, a formação de grandes blocos regionais - e, em particular, suas repercussões sobre o papel do Estado na economia. (...)”. (“Reconstrução e Reforma do Estado”, in Reis Velloso, João Paulo dos, e Albuquerque, Roberto Cavalcanti de, **Governabilidade e Reformas**. Rio de Janeiro, José Olympio, 1995, p.142-3)

3.2. *A Carta de 88: insuficiências e equívocos* - A Constituição Brasileira de 1988 constitui a resultante de várias relações conflituosas que se explicitaram quando de sua elaboração. Sobre um conflito ideológico básico

- ainda não havia ocorrido a queda do muro de Berlim - entre a esquerda estatista e xenófoba, ou, quando menos, paternalista, e um agrupamento centro-direitista, liberal-conservador, travaram-se vários conflitos em que se defendiam interesses setoriais e altamente corporativos. O resultado, como é sabido, foi um texto híbrido. Desde logo, entre outras ambigüidades: não era liberal, nem era socialista.

De fato, o texto produzido constituiu a tentativa frustrada de uma “constituição dirigente”, à maneira da constituição portuguesa socializante da “Revolução dos Cravos”. Constituição dirigente que, no dizer expressivo de Diogo Moreira Neto, “*vem a ser, em síntese, a adoção de um programa partidário por uma Carta constitucional*”, onde “*o que transparece é a intenção de substituir os partidos políticos por uma única linha: aquela escolhida e editada pelo Constituinte*” (**Sociedade, Estado e administração pública**. Rio de Janeiro, Topbooks, 1995, p.154-5).

Tentativa frustrada. Assim o reconhece um de seus principais inspiradores, o constitucionalista José Afonso da Silva, principal assessor do então senador Mário Covas quando da Constituinte:

“Assumiu o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentido socialista do que no de uma orientação social-democrática, imperfeita, reconheça-se. Por isso, não raro, foi minuciosa e (...) nem sempre mantém uma linha de coerência doutrinária firme”. (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6a. ed., rev. e amp., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p.6).

A imediata conseqüência dessa tentativa frustrada de Constituição dirigente foi o detalhismo e os inúmeros casuísmos que abriga, constituicionizando temas que melhor ficariam a nível de legislação ordinária. Nesse sentido, aponta Moreira Neto: “*Em certos aspectos, o detalhismo e o casuísmo, por vezes deixam transparecer a intenção deliberada do constituinte de retirar do legislador ordinário qualquer opção de maior significação, praticando o que Miguel Reale denominou de ‘totalitarismo normativo’.*” (op. cit. p.153)

Após comentar a ausência de descortino quanto às novas tendências entre os constituintes de 87-88, também Albuquerque faz severa apreciação do texto constitucional produzido:

“Essa ausência de luz refletete-se, claramente, na Constituição de 1988, que ampliou as competências do Estado, inclusive na infra-estrutura e nos

serviços decorrentes; assegurou-lhe o monopólio das áreas de petróleo, pesquisa de recursos minerais e telecomunicações, privilegiou as empresas de capital nacional em detrimento das estrangeiras; e, ao considerar o mercado interno patrimônio nacional, acenou, embora cripticamente, para a introversão da economia e protecionismo. Nesse contexto, ela mais parece o epígono do velho modelo nacional-desenvolvimentista (e do estatismo que lhe é correlato) do que o fundamento legal, consentâneo com os novos tempos, da liberalização da economia e da reestruturação produtiva, bem como da reinstituição do Estado.” (op.cit., 1995, p.143)

A Constituição de 1988, em matéria de reestruturação do Estado brasileiro, ao invés de encaminhar os problemas para soluções definitivas, simplesmente postergou-lhes a solução ou, mesmo, agravou-os. Assim foi em relação à Federação, em que a União perdeu recursos mas continuou com os encargos; assim também nos impasses que favoreceu na relação entre os poderes, bem como na fraqueza com que tratou a questão dos sistemas eleitoral e partidário. Ao abrigar corporativismos de vária procedência, a Carta de 88 tem impedido a reformulação da máquina administrativa em prol de uma otimização dos recursos humanos e materiais disponíveis. Assim, por exemplo, em matéria de segurança pública, em que a Constituição contempla três polícias federais e consagra a clivagem entre as polícias civis estaduais suas co-respectivas polícias militares.

A própria Câmara da Reforma do Estado, criada ao início do atual governo, em diagnóstico da situação do aparelho estatal constante de documento publicado em 1995, reconhece na Constituição de 1988 “um retrocesso burocrático sem precedentes”. Textualmente:

*“Sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado. A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados-membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta.” (Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano***

Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, Imprensa Nacional, 1995, p.27-8)

O vício da ambigüidade e do hibridismo vai reaparecer - acarretando sérios reflexos quanto à governabilidade do Estado - na questão do sistema de governo adotado: não é parlamentarista, nem é completamente presidencialista. Pensada para ser parlamentarista, foi adaptada ao presidencialismo após manobra vitoriosa do então presidente José Sarney. Assim manteve, a par de um Congresso reforçado em prerrogativas, alguns dispositivos típicos do parlamentarismo, como, por exemplo, as prerrogativas congressuais quanto à organização da administração pública, decorrentes do que dispõem os incisos X e XI do art. 48, contrariando a tradição presidencialista, que oferecia mais flexibilidade e poder ao Chefe do Executivo.

Produto também do hibridismo, da dubiedade, da ausência de maiorias estáveis, a Constituição abusou do recurso às normas em branco. Mais de 150 dispositivos remetem à lei complementar ou à lei ordinária, a grande maioria até hoje não editadas.

O pior de tudo foi que a Constituição instaurou no Brasil a espada de Dâmocles da provisoriedade, quando estabeleceu o plebiscito sobre forma e sistema de governo e marcou data para a Revisão Constitucional (frustrada, afinal, porque o segmento político não estava maduro para fazê-la). A verdade é que passamos cinco anos sem discutir e implementar a legislação que operacionalizaria mais de 150 artigos da Constituição, que não eram auto-aplicáveis, por força desses referidos dispositivos. Por que iria o legislador ordinário desgastar-se fazendo leis que logo em breve poderiam perder completamente a validade ?

A provisoriedade continua presente, enquanto se adotar esse instrumento do Parlamentarismo, que é a “medida provisória” - a qual tem provocado perplexidades e terrível insegurança jurídica, mas, paradoxalmente - não podemos deixar de reconhecer - tem facilitado a governabilidade, mormente quando escasseia apoio parlamentar ao Executivo.

3.3. *O Estado Brasileiro como Federação* - Segundo a historiadora Aspásia Camargo, “(...) a Federação é a coluna vertebral que pode ou não dar consistência e viabilidade ao conjunto de reformas, econômicas, sociais e políticas, que o Brasil pretende realizar”. Se tem razão a analista, podemos, ademais lembrar que, ao longo de nossa História republicana, essa coluna vertebral tem sido forçada para um lado e para o outro, ora no

sentido da centralização, ora no da descentralização, a ponto de chegarmos a este momento com essa base estrutural gravemente combalida.

Em trabalho publicado logo após a promulgação da Constituição de 1988, havendo remontado à idéia federalista no Brasil já contida, em 1823, no anteprojeto rejeitado da Constituição do Império e, em 1870, no manifesto dos republicanos, dizíamos, ratificando os argumentos levantados no passado:

“Entendemos, igualmente, que o Federalismo no Brasil não foi uma opção aleatória, acidental, mas constitui uma solução que tem a indicá-la não só as características do espaço brasileiro e de sua geografia humana, mas também nossa própria variedade cultural”.

E acrescentávamos: *“Contudo, a consagração da idéia federalista foi custosa, nem evoluiu nossa Federação, desde que constitucionalmente instituída, de forma progressiva e constante. Muitos dos que se debruçaram sobre nossa trajetória histórica, como Oliveira Vianna, Francisco Iglésias, Golbery e Vamireh Chacon, têm, com propriedade, identificado uma espécie de movimento pendular entre unitarismo e descentralização”.* (Figueiredo, Pedro de Oliveira. “O pacto federalista: rumo a um federalismo de integração”, in **Revista da ESG**, N.º. 13, 1989, p.38)

Para demonstrar a existência do referido movimento construímos quadro comparativo remontando ao período de D. João VI no Brasil. Não querendo, agora, ir tão longe, basta observarmos o que tivemos de 1926 para cá: se tivemos centralização, unitarismo, com a chamada Emenda Arthur Bernardes em 26, depois com a Carta de 37, que instaurou o Estado-novo, e finalmente com os textos constitucionais, de 67 e 69, produzidos sob a égide do Movimento de 1964, tivemos descentralização e, portanto, certa fragilização do poder central, com a Constituição de 34, depois, no bojo da redemocratização do após-guerra, com a Constituição de 46, e ,finalmente, na “Nova República”, com a vigente Constituição de 88.

Se observávamos que a busca de um ponto de equilíbrio era o que havia de constante nesse movimento de ritmo irregular, perguntávamos: *“Por que ainda não logramos atingir esse ponto ? Em que consiste esse ponto ideal?”* E respondíamos com a palavra de dois abalizados conhecedores da teoria e da prática federalista, Themístocles Brandão Cavalcanti e Miguel Gonçalves de Ulhôa Cintra, que, em artigo produzido em co-autoria, diziam: *“Não existe um padrão único de federação, mas tipos de federação*

em que cada uma das características essenciais tem medidas variáveis”. Isto porque *“o problema da federação não é somente institucional ou de direito constitucional. Ele será antes um problema de ciência política, pois é do exame de coordenadas políticas e econômicas que se pode estruturar uma federação”.*

Sendo problema de ciência política, a ser equacionado pelo exame da realidade político-econômica - acrescentaríamos, **social** - do país, resta claro que a fórmula federativa não é única, mas varia, admitindo inumeráveis matizes. O modelo ideal - diremos, simplificando - é o que funciona, aquele que possa funcionar no país real, e a que só se pode chegar através de um processo corajoso, às vezes doloroso, de tentativas e erros.

A derradeira tentativa evidenciou-se na Constituição de 88, mas vem de antes. Aspásia Camargo nos lembra que o processo de descentralização *“começou com os governadores eleitos em 1982, avançou bastante com eles e com o movimento dos prefeitos, o que se consubstanciou na Constituição de 88, que foi extremamente radical em suas propostas de descentralização.”* [Grifos nossos] (*“O novo pacto federativo”*, in **Problemas Brasileiros**. São Paulo, Instituto Roberto Simonsen - FIESP/CIESP, 1975, p. 7)

Com efeito, dizíamos em nosso mencionado trabalho de 1989:

“A Constituição de 1988 não só institucionalizou uma estrutura federativa que reforça o papel dos Estados e Municípios, mas abriu caminho para a institucionalização de mecanismos novos de cooperação e desenvolvimento regional. Contudo, ela enfraqueceu, relativamente a União, cujo papel, no tocante ao desenvolvimento regional, não mais poderá ser o mesmo do passado recente.

É de assinalar-se que a Constituição instituiu, de forma insofismável, um federalismo tridimensional em que a autonomia municipal foi reforçada, o que se constata pelo simples fato de que as leis orgânicas municipais, que eram leis estaduais, passaram à competência dos próprios Municípios (art. 29 da C.F.). Além disso, ampliou-se sua competência legislativa e tributária (art. 30, incisos I, II, III e IV, e art. 156), deu-se ao Chefe do Executivo municipal foro privilegiado (art. 29, inciso VIII), garantindo sua independência em face dos juizes da comarca, e resguardou-se a inviolabilidade dos vereadores “por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município (art. 29, inciso VI).

*Do ponto-de-vista tributário, uma comparação que se faça, **grosso***

modo, com a Carta emendada de 1969 revelará claramente o reforço dos Estados e Municípios em detrimento da União.

Se a União manteve, na sua competência, os impostos sobre importação, exportação, propriedade territorial rural, renda e proventos de qualquer natureza, produtos industrializados, operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos de valores mobiliários, e recebeu a possibilidade de instituir, por lei complementar, um duvidoso (porque pode significar bitributação) ‘imposto sobre grandes fortunas’ (art. 153 da C.F.), transferiu para os Estados os impostos pertinentes aos serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e os sobre serviços de comunicação e, ainda, perdeu os impostos referentes à produção, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica e, mais, os impostos sobre a extração, a circulação, a distribuição ou o consumo de minerais do País (comparem-se o art. 21 da Constituição de 1969 com o art. 153 da Constituição de 1988). Mais: se pela Constituição de 1969 a União transferia 22% da arrecadação dos impostos de renda e de produtos industrializados aos Estados e Municípios (cada ente ficando, respectivamente, com 11%, cf. art. 25 da Constituição de 1969, segundo Emenda Constitucional N.º 17, de 1980), pela Constituição vigente deve transferir 47% do produto da arrecadação desses impostos, sendo 21,5% para os Estados, 22,5% para os Municípios, e 3% ‘para aplicação em programas de financiamentos ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional’ (cf. C.F. art. 159, inciso I). Além disso, mais 10% do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados devem ser transferidos aos Estados ‘proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados’ (C.F. art. 159, inciso II).

“É indubitável” - concluíamos - “que a União, embora mantenha competência para gerir, quer pela administração direta, quer pela indireta, uma ampla gama de atividades de nível nacional ou macro-regional, ver-se-á forçada, pela diminuição de seus recursos, a enxugar alguns programas e notadamente, a alterar o estilo de gestão dos planos e programas de interesse regional”. (op. cit. pp. 43-4)

Éramos otimistas. O que se viu no período foi o quase esgotamento absoluto da capacidade de investimento da União, a ponto de Hélio Jaguaribe, já em 1993, em conferência na ESG (CE-I/93 - “A Revisão Constitucional”),

reconhecer: “*A União está estruturalmente falida*”. No entanto, se a União dispõe de poucas sobras para investir, de algum modo tem conseguido congelar seu custeio, principalmente na rubrica de pessoal, enquanto muitos Estados-membros estão crescentemente deficitários. Por outro lado, alguns Municípios, notadamente os correspondentes às capitais, estão largamente superavitários, e até gastando mal suas receitas. Eis o que aponta o relatório do IPEA a respeito:

“Observa-se que as despesas da União com pessoal, a despeito do pico registrado em 1989, mostram-se estacionárias quando se considera o período 1970-94. As despesas das unidades subnacionais de governo apresentam, ao contrário, grande expansão a partir de 1985”. (**Relatório sobre o desenvolvimento humano no Brasil**, Cap. VI - “Desenvolvimento humano, Estado e sociedade civil” - p. 136)

Há um grave descompasso entre encargos e receitas atribuídos constitucionalmente à União, aos Estados e Municípios. A reforma desse aspecto da Constituição se impõe, para que o País possa melhor enfrentar os desafios da globalização. Verifica-se, pois, que a chamada ‘reforma fiscal’ é parte indispensável da reforma do Estado brasileiro, e não se esgota numa revisão da estrutura tributária - que deve ser consequência - mas implica o repensar das competências das três pessoas constitucionais. Essa reforma, porém, encontra e encontrará formidáveis obstáculos nos interesses regionais ou provincianos, incapazes de pensar sob a luz do interesse nacional.

3.4. *O Executivo e a crise do burocratismo* - O aspecto mais visível da crise do Estado desponta no Executivo, porque foi o Executivo que, historicamente, se agigantou, assumindo uma plethora de encargos e perdendo o controle sobre a administração, ou sobre boa parte dela, notadamente sobre a chamada administração indireta. O clientelismo político inchou o Executivo, quer o da União quer o dos Estados e de muitos Municípios; o corporativismo funcional - elevado à categoria de bandeira político-sindical - avançou sobre os orçamentos; o legalismo formal emperrou a gestão administrativa; e as conveniências eleitorais impuseram a inapetência decisória e a consequente hemiplegia em que se encontram os chefes dos Executivos. O resultado é que a máquina pública tem sido percebida, a despeito dos esforços deste ou daquele governante ou da dedicação de uma parte do funcionalismo, como inútil ou ineficaz.

Essa perda da capacidade operativa do Executivo tem sido evidente

e reconhecê-la é discursar sobre o que já é óbvio aos olhos de todos. O cientista político Sérgio Henrique Hudson de Abranches vai além e procura identificar as raízes desse fato:

“A crise da dívida, no final dos anos 70, interrompeu o ciclo de crescimento brasileiro e reproduziu uma prolongada crise fiscal. O setor público entrou em acelerada decadência. Na década de 1980, nos tornamos exportadores de poupança e o investimento declinou significativamente. Os eventos políticos - crise do autoritarismo, mobilização da resistência democrática, eleições indiretas, Constituinte, Sarney, Collor, Itamar - impediram, por uma década, que enfrentássemos a crise do setor público, que requeria, nos anos 80, uma reforma administrativa e gerencial, e requer hoje uma reengenharia completa (...). Na ausência de mudança, o Estado se estiolou, preso nas amarras do corporativismo militante, sufocado no formalismo das licitações e dos controles bacharelescos sobre a gestão, contaminado pela corrupção, pelo descaso e pelo desmando. Resultado, estamos perto do colapso”. (“O Brasil na fronteira global: desafios imediatos de primeiro grau”, in Velloso, João Paulo dos Reis, e Albuquerque, Roberto Cavalcanti, **Governabilidade e Reformas**. Rio de Janeiro, José Olympio, 1995, p.60)

A respeito do aspecto dos recursos humanos no Executivo, a situação hoje é o resultado de vários equívocos e mudanças de orientação na História de nossa administração pública.

A reforma implantada com a criação do DASP, nos anos 30, visava a constituir um serviço público civil profissionalizado, bem estruturado em carreiras, baseadas no concurso público, como forma de prevenir o patrimonialismo e o nepotismo. Claro que esses vícios não foram erradicados e essa burocracia profissional não se consolidou.

Nos anos 60 e 70, iniciou-se, com os governos militares, uma reforma administrativa, através do famoso Decreto-lei nº 200, de 25/02/67, que dava ênfase a uma estrutura de cargos em comissão - a ser preenchida com base na confiança pessoal dos dirigentes - e a uma rede de empresas públicas e sociedades de economia mista, cujos empregos deveriam ser preenchidos com base em critérios empresariais de necessidade e competência. Com isso, as carreiras do funcionalismo, excetuadas algumas poucas, foram desvalorizadas em favor dos cargos em comissão preenchidos prioritariamente por estranhos ao serviço público. Na administração indireta, a flexibilidade acarretada pelo regime celetista serviu apenas para facilitar as contratações,

poucas as dispensas em favor da produtividade ou da eficiência.

Superado o período autoritário, a estrutura dos cargos em comissão passou a preencher-se por critérios prevalentemente partidários e eleitorais, introduzindo-se espantosa rotatividade - e descontinuidade administrativa - na oportunidade das alternâncias dos governos.

A Constituição de 88 não elidiu a questão da rotatividade nos cargos em comissão, mas nela se pode observar, a par de uma reação em favor da burocracia - a eleição do critério do concurso público como forma única de preenchimento não só dos cargos mas também dos empregos públicos (art. 37, inciso II) - uma concessão ao clientelismo: a estabilidade concedida a todos “os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados”, fosse qual tivesse sido a sua forma de admissão (art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Além disso, uma outra concessão foi demagogicamente feita, agora incentivando o corporativismo, ao garantir-se ao servidor público civil - funcionários, inclusive - “o direito à livre associação sindical” e o “direito de greve” (art. 37, incisos VI e VII da C.F.).

Em 1990, com a Lei 8.112, instituiu-se o regime único - ou seja rigidamente estatutário - para todos os servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas, o que reforçou a tendência burocratizante já estatuída na Carta de 88.

Assim, chegamos à situação atual: um corpo de servidores amparado pela estabilidade, com direito à associação sindical e à greve, às vezes, em alguns setores, insuficiente em número para o volume de serviço, outras vezes ocioso por exceder às necessidades do órgão, freqüentemente envelhecido pela insuficiência ou irregularidade dos concursos públicos, desestimulado pela costumeira falta de recursos materiais para o desempenho de suas funções, desmotivado pela ausência de reciclagem, de um plano de carreira, de objetivos factíveis e claros a alcançar. Um corpo de servidores que, politizado em torno de objetivos meramente corporativos, é, muitas vezes, pouco sensível aos apelos do público ou, mesmo, aos comandos de seus superiores, cujas políticas e estratégias chega a sabotar, seja por ação seja por omissão.

Mas não é só da qualidade do funcionalismo de que se ressentem o

Executivo, ressentir-se também da inadequação de sua estrutura de gestão. A história recente da administração pública brasileira registra um sem número de idas e vindas na estruturação do quadro geral dos Ministérios. Ministérios são divididos ou reunidos da noite para o dia, atendendo a uma racionalidade extremamente lábil, que tem variado de governo para governo e, mesmo, atendendo a motivos menos defensáveis, como as necessidades clientelísticas de loteamento de cargos de alto escalão entre partidos ou o simples efeito demonstrativo de uma ênfase que o governante desejou sublinhar. Basta lembrar: Quantas vezes a Educação e a Cultura foram reunidos ou desmembrados em ministérios? Ou a Agricultura e a Reforma Agrária? Tivemos até - é de pasmar a esdruxularia - um Ministério da Irrigação, o que instaurou o perigo de virmos a ter um do Plantio ou, quem sabe, outro da Colheita.

A última grande mexida ocorreu ao início de atual governo, através da Medida Provisória Nº 813, de 1º/01/95, com a qual, contornando a exigência constitucional de Lei ordinária, se dispôs “sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios”.

Por ela se criou o “Conselho de Governo”, como órgão de assessoramento do Presidente, a par dos já existentes Conselho da República e Conselho de Defesa Nacional, órgãos constitucionais de consulta. O Conselho de Governo é integrado pelo Conselho de Governo propriamente dito e por Câmaras do Conselho de Governo, “com a finalidade de formular políticas públicas setoriais, cujo escopo ultrapasse as competências de um único Ministério”. Estas, por sua vez, dispõem de Comitês Executivos “para desenvolver as ações executivas das Câmaras”. A Câmara de Políticas Regionais foi criada na própria Medida Provisória, mas ficou o Poder Executivo “autorizado a dispor sobre a criação das demais Câmaras”, o que permitiu, por exemplo, a criação da Câmara da Reforma do Estado.

Criou-se, na Casa Civil, o Conselho do Programa Comunidade Solidária, e extinguiram-se a LBA, Legião Brasileira de Assistência, e o CBIA, Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência, além do próprio Ministério do Bem-Estar Social. Criou-se também o cargo de Ministro Extraordinário dos Esportes, a quem se vincula “tecnicamente” a Secretaria de Desportos, que continua a ser órgão do Ministério da Educação e do Desporto.

Foi a referida Medida Provisória que autorizou o Poder Executivo a

criar a ABIN, a Agência Brasileira de Inteligência, como autarquia federal, que “terá um presidente e até quatro diretores de livre nomeação do Presidente da República”, retirando a questão da Inteligência estratégica da Secretaria de Assuntos Estratégicos.

Pelo referido texto normativo e normatividade posterior, verificamos que o Poder Executivo está estruturado por 21 Ministérios (o da Reforma Agrária foi desmembrado do da Agricultura e Abastecimento), um Ministro Extraordinário, e mais 4 cargos de natureza especial (Chefe da Casa Militar, Secretário-geral da Presidência, Secretário de Comunicação Social e Secretário de Assuntos Estratégicos) com *status* de Ministro de Estado.

O Decreto Nº 1.361, de 1o./01/95, complementando a referida Medida Provisória, nos dá conta da enorme gama de órgãos - autarquias, fundações e empresas vinculadas diretamente à Presidência da República e aos Ministérios.

Essa pletera de Ministérios e órgãos de diversa natureza bem nos diz da complexidade da máquina administrativa do Poder Executivo da União, a reclamar simplificação, desconcentração e flexibilidade, sem que se perca a fidelidade aos objetivos de cada setor e a possibilidade permanente de controle, o que - convenhamos - não é tarefa trivial.

3.5. *O Legislativo e a crise da representação* - De há muito, desde a redemocratização, o Legislativo e a representação política no Brasil vivem profunda crise, o que é paradoxal em virtude do próprio exercício pleno da Democracia, que deveria estimular uma representação autêntica e com ampla aceitação popular. O que se observa, contudo, inclusive através de diversas pesquisas de opinião pública, é que o Legislativo, como instituição, e os congressistas, como espécie do gênero “políticos”, não gozam do favor da opinião pública, e, ao contrário, recebem generalizado descrédito.

Assim, o Legislativo que, como poder constitucional, saiu reforçado na Carta de 88, com a capacidade mesmo de simplesmente paralisar o Executivo, não tem angariado do povo o respeito de que - no plano do dever-ser - deveria receber. Se a presente legislatura parece ter aprendido com a anterior as lições da CPI do Orçamento, ainda tem deixado flancos abertos na questão sensível das prerrogativas e privilégios. O exemplo se colhe no episódio do IPC, o Instituto de Previdência do Congresso, afinal extinto, mas garantidos “direitos adquiridos” que estavam sob fogos, por extremamente privilegiadores em comparação com as regras gerais da ad-

ministração pública. Por essas “escorregadelas”, soluções de compromisso com o fisiologismo, com o corporativismo, o Legislativo parece ainda não haver recuperado a credibilidade.

Melhorou, entretanto, o relacionamento do Legislativo com o Executivo, na medida em que, nesta legislatura, não mais estão os congressistas tentando realizar (ou, ao menos, o estão com menor intensidade) uma gestão compartilhada do Estado: aquele terrível erro - a que se referia Stuart Mill (Veja-se **Considerações sobre o Governo Representativo**, Brasília, Ed. UNB, c. 1980, p. 48-9) - de pretender uma assembléia de representantes governar, dando “*ordens detalhadas às pessoas encarregadas da administração*”. Porque - explicava o autor, no século passado - “*existe uma distinção radical entre controlar a tarefa do governo e executá-la realmente*”, acrescentando: “*em muitos casos, quanto menos se propuser a fazer, melhor será o seu controle sobre todas as coisas*”. Elementar lição, tantas vezes esquecida, e que continua atualíssima no Brasil, quando muitos - havendo sido derrotados no plebiscito - buscam, por vias transversas, uma indevida parlamentarização do Presidencialismo.

Não se pode deixar de apontar, como fator da crise da representação no Brasil e que afeta o funcionamento institucional do Legislativo enquanto órgão do Estado, a situação do quadro partidário nacional. Aliás, uma das questões chave é saber se existe um quadro partidário verdadeiramente “nacional”, no sentido de não regional ou local.

O aspecto mais visível na atual configuração do quadro dos partidos é o de sua extrema fragmentação. São 40 partidos com registro na Justiça Eleitoral, havendo, dentre eles, 18 com representação no Congresso. Além disso, há mais de uma dezena à espera de registro legal, embora a nova Lei Orgânica dos Partidos Políticos, aprovada em agosto de 95, dificulte um tanto a organização de novas legendas. Essa pulverização, notadamente a atomização da representação no Congresso, gera impasses e inoperância, dificultando o relacionamento com o Executivo que tem que negociar com inúmeras lideranças, o que finda por valorizar excessivamente muitas lideranças e partidos que, verdadeiramente, não têm maior representatividade. Acresce que tal multiplicidade, usando o dizer de Luciano Martins, “*não tem correspondência necessária com a diversificação de valores na sociedade ou com distinções programáticas*” (“A problemática política: fatores de mudança e fatores de conservação”, p. 8. Texto apresentado no **VIII Fórum**

Nacional, em 14/05/96). Enfim, não é útil à sociedade, dificulta a governabilidade e - ainda não o dissemos - confunde o eleitor. Interessa a quem?

Mas a fragmentação não existe só entre os partidos, ela se dá também internamente. A quase totalidade dos partidos contém inúmeras facções e irreduzíveis individualidades. Em consequência, lembra Luciano Martins, embora os partidos tenham o monopólio da representação política, “*não detêm o controle do exercício dessa representação por seus filiados no Congresso*” (idem *ibidem*).

O sistema eleitoral fragiliza o sentido de unidade das siglas e induz ao individualismo: o financiamento das campanhas é obtido individualmente e o maior competidor do candidato é o seu colega de partido, na medida em que disputam o mesmo tipo de financiador e a mesma faixa de eleitores. Os eleitos se sentem desobrigados com o partido, que apenas lhe deu (ou alugou) a legenda. Inexistindo legislação que induza ou fomente a disciplina partidária (a “fidelidade partidária” foi extinta por constituir “entulho autoritário”), a dissidência ocorre sempre que a conveniência pessoal de cada representante o indique.

Uma consequência da falta de unidade e disciplina é a dificuldade de se negociar com os partidos e uma valorização crescente dos grupos de pressão. A constatação disso está na necessidade em que se viu recentemente o governo de negociar as reformas diretamente com as centrais sindicais. Outra - diretamente relacionada ao fato de que o mandato não pertence ao partido, mas ao representante eleito - está na extremamente freqüente migração interpartidária, que desvaloriza os partidos e desfigura o quadro partidário.

Analisando os aspectos precedentemente apontados, o cientista político Olavo Brasil de Lima Jr. conclui que “*a desvinculação entre os sistemas partidário-parlamentar e partidário-eleitoral distancia as instituições da sociedade*” (**Democracia instituições políticas no Brasil dos anos 80**. São Paulo, Loyola, 1993, p. 151). Não só o representante não se sente obrigado com o eleitor do partido com o qual se elegeu, nem os eleitores se sentem devidamente representados e capazes de cobrar posições diretamente dos representantes eleitos. Entre estes, aliás, predomina a preocupação de atender preferencialmente aos seus financiadores de campanha eleitoral, passada ou em perspectiva.

Parece evidenciar-se que a situação atual do sistema eleitoral e do

resultante quadro partidário reflete-se diretamente não só sobre o relacionamento do eleitorado em face dos representantes eleitos, diluindo a representatividade, mas ainda sobre o comportamento do Legislativo, acarretando importantes conseqüências para o relacionamento com o Executivo e, portanto, no que diz respeito à governabilidade e ao desempenho do Estado. Deste modo, uma reforma do Estado brasileiro que busque dar-lhe mais flexibilidade, agilidade e presteza, para atuar num ambiente de globalização, não pode prescindir dessa reforma básica, ao nível da legislação infra-constitucional, que se convencionou denominar “reforma política”, visando aprimorar os sistemas eleitoral e partidário.

A questão será sempre saber se aqueles que foram eleitos pelo atual sistema e, portanto, conhecem o caminho das pedras - e são beneficiários do sistema - estarão desejosos de mudá-lo ou dispostos a arriscar prováveis reeleições para fazê-lo.

3.6. *O Judiciário e a crise da prestação jurisdicional* - Reza a Constituição no seu art. 5º, inciso XXXV: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Isto significa que todos os direitos - o menor que seja de um ponto de vista axiológico - quando lesados, ou postos em perigo de lesão, podem ser protegidos por uma ação junto ao Poder Judiciário que apreciará sua procedência e decidirá quanto à pertinência e aplicabilidade do direito invocado. A isso se denomina prestação jurisdicional, ou o direito à prestação jurisdicional, direito ou garantia individual, de que todos os que se encontrem sob a égide de um Estado, constituído como Estado de Direito, dispõem.

A crise da prestação jurisdicional significa que essa garantia individual, por várias razões se tornou inacessível ou impraticável para muitos que dela, teoricamente, podem dispor. Significa que uma das funções essenciais do Estado - qual a de prover Justiça para seus jurisdicionados - não está operando. É voz corrente que tal fato está presente entre nós, menos como crise, mais como uma espécie de doença crônica que o Estado Brasileiro vem “empurrando com a barriga”. A tal ponto o sentimento de desesperança em relação a buscar e obter a tutela jurisdicional é generalizado no seio do povo que já se detectou - e Wanderley Guilherme dos Santos disso nos dava notícia em 1994 - entre os segmentos mais desfavorecidos da população, uma negação generalizada da situação conflitual e a freqüente busca de meios não institucionalizados de composição. O historiador José Murilo

de Carvalho, do CPDOC da Fundação Getúlio Vargas, comentou, no VIII Fórum Nacional, em 14/05/96, a respeito de pesquisa que vem conduzindo na área metropolitana do Rio de Janeiro, na qual - como resposta à questão do grau de confiança nas instituições - a Justiça Comum, numa escala de 0,0 a 10,0, recebeu nota 5,0, à frente da Polícia Militar (4,0), mas ao lado da Polícia Civil (5,0), ficando, contudo, bem atrás da Justiça do Trabalho (7,0) e das Forças Armadas (7,0).

O fato novo é que, com a redemocratização, generaliza-se uma “consciência de cidadania” que decerto aumenta, em número e intensidade, as demandas no plano político, afetando, com o uso de novos mecanismos de pressão, a governabilidade, mas ainda as tem aumentado no plano jurisdicional, valendo-se, inclusive, dos novos instrumentos e normas criados pela Constituição de 88 e legislação posterior, como o *habeas data*, o *mandado de injunção*, o *mandado de segurança coletivo*, a *ação direta de inconstitucionalidade*, a *ação declaratória de constitucionalidade de lei*, e ainda a legislação de proteção ao consumidor - que modificou significativamente diversos preceitos do Código Civil - e os procedimentos perante os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (que, se, por um lado, constituem parte importante da solução, por outro têm efeito estimulante em relação ao aumento total de demandas junto ao Judiciário).

A questão, portanto, está em que, acrescentando as mazelas antigas do Judiciário - que se traduzem, principalmente, em reduzida acessibilidade aos menos favorecidos e lentidão processual - temos uma formidável sobrecarga estimulada pelas mudanças políticas e do próprio ordenamento jurídico. Ou seja, o remédio, ou o conjunto dos remédios ministrados, pode estar matando o paciente. Considerando que até agora o Judiciário, sobretudo a primeira instância, não foi suficientemente preparado para atender a tal sobrecarga, é válido admitir que vivemos uma crise na prestação jurisdicional, havendo o risco de um colapso.

As possíveis causas dessa situação de crise são múltiplas e vêm de longe. A primeira delas tem a ver com a estrutura organizacional extremamente complexa do Judiciário brasileiro, que (valem-nos dos comentários de Hélio Augusto da Silva Assunção) discrepando dos parâmetros do Executivo e do Legislativo em que se evitam as interferências mútuas dos diferentes níveis constitucionais, só pode ser classificada como nacional, tais as imbricações ou o entrelaçamento de todos os seus órgãos (“Sumário da Organização do

Poder Judiciário Nacional”, in **Perfil da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro, Associação dos Magistrados Brasileiros / IUPERJ, 1996, p.19-20).

A complexidade do sistema, que tem no seu ápice o STF (Supremo Tribunal Federal), como derradeira instância recursal e Corte Constitucional, evidencia-se pelo simples exame de uma estrutura de Justiça Ordinária que tem no cume o STJ (Superior Tribunal de Justiça), criado pela Carta de 88 a partir do antigo TFR (Tribunal Federal de Recursos), e é integrada, por conta da União, pelos diversos TRFs (Tribunais Regionais Federais) e , na primeira instância, os Juízos e Tribunais do Júri federais, além de ser constituída, nos Estados membros, pelos TJs (Tribunais de Justiça) e TAs (Tribunais de Alçada), tendo, na primeira instância, os Tribunais do Júri, os diversos, e especializados ou não, Juízos de Direito, as Auditorias de Justiça Militar Estaduais, os Juízes de Paz, e, recentemente, os chamados Juizados Especiais. A par da Justiça Ordinária, há as Justiças Especiais, federais, encabeçadas por três tribunais superiores, de abrangência nacional: o TST (Tribunal Superior do Trabalho), o TSE (Tribunal Superior Eleitoral), e o STM (Superior Tribunal Militar). Entre a primeira instância (as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízos de Direito estaduais - que julgam as causas trabalhistas onde não haja JCJ) e o TST, existem vários TRTs (Tribunais Regionais do Trabalho); entre os Juízes Eleitorais (que são juízes de direito estaduais prestando serviços gratificados à Justiça Eleitoral) e o TSE há vários TREs (Tribunais Regionais Eleitorais); o STM é o ponto de convergência de uma estrutura de Juízos e Tribunais (Auditorias) que se distribuem em todo o país pelas três Forças Singulares e conta com o serviço temporário de inúmeros oficiais que integram, como juízes leigos, os diversos “escabinados”.

A tal estrutura institucional, evidentemente complexa, soma-se o que poderíamos denominar a inadequação da normatividade pertinente, quer a nível constitucional quer a nível de legislação ordinária. O problema organizacional parte de uma construção constitucional que obedeceu, historicamente, mais a “inputs” políticos e corporativos que a uma lógica de funcionalidade. Para solucioná-lo não há outro caminho senão enfrentar as resistências a uma mudança constitucional. Contudo, ele decerto é agravado pela questão processual, que, sendo substancialmente deixada à legislação ordinária, é, portanto, em princípio, mais fácil de ser alterada.

A crítica generalizada em relação ao aspecto processual está na exis-

tência de um excessivo e procrastinador número de recursos e na adoção de procedimentos extremamente complicados para causas relativamente simples. É fato: a necessidade de “segurança jurídica” levou a uma padronização e complexificação dos procedimentos e criou inúmeras possibilidades de recursos que vão muito além do atendimento ao princípio do duplo grau de jurisdição. A verdade é que “o devido processo legal”, que constitui garantia individual consagrada na Constituição, não significa necessariamente as inúmeras instâncias recursais (até quatro) que nosso legislador aos poucos foi incorporando à legislação e que, hoje, sobrecarregam os tribunais. O senador Josaphat Marinho, no já citado VIII Fórum Nacional, apontava como fatores contribuintes para essa situação “a atuação corporativa dos advogados” e “uma interpretação muito liberal dos próprios recursos pelos tribunais”.

Outra causa freqüentemente apontada para a crise no Judiciário - e que vem de longa data - está na insuficiência dos recursos orçamentários. Bem que a Constituição de 88 tentou obviá-la, ao estabelecer, pela primeira vez em nossa História, que o próprio Poder Judiciário faria sua proposta orçamentária:

“Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º. Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na Lei de Diretrizes Orçamentárias.”

Ainda assim, a experiência da aplicação do dispositivo, desde a edição da Carta constitucional, mostra que o Judiciário ainda não tem sido adequadamente contemplado, principalmente no que diz respeito às rubricas de investimentos para ampliação e modernização.

A insuficiência dos recursos orçamentários redundava em insuficiência da estrutura material, o que transparece em acomodações exíguas ou acanhadas, ou grandemente desconfortáveis, para tribunais, juízes, cartórios, Ministério Público, advogados e partes. Não há viaturas de serviço para citações, intimações ou diligências de modo geral. A informatização está apenas iniciando: faltam computadores e redes de computadores adequadas. Em conseqüência, o controle dos processos pelos juízes e pelas partes ainda é precário.

A questão orçamentária também se reflete no que diz respeito aos

recursos humanos. Quer no que concerne à magistratura, quer quanto aos serventuários, os recursos humanos da Justiça brasileira são insuficientes em número e preparo para simplesmente manter em dia o andamento dos processos. Quanto ao número, qualquer correlação que se faça entre número de magistrados e habitantes ou entre aqueles e os processos que lhes são distribuídos em média, o resultado será uma conclusão de sobrecarga do juiz brasileiro, principalmente o da primeira instância. Contudo, mesmo na segunda instância há sobrecarga. O senador Josaphat Marinho comentou no Fórum Nacional, em relação ao STF, que não há corte suprema no mundo que receba tantos processos, mencionando que cada ministro recebe por semana nada menos que 200 processos.

Há um grande despreparo administrativo e técnico entre os serventuários. Entre os magistrados, se existe um razoável preparo jurídico teórico que se resente, contudo, da falta de especialização dos juizes, há também despreparo administrativo e em matérias que são correlatas ao aspecto especificamente jurídico, como, por exemplo, psicologia judicial ou criminalística. As Escolas de Magistratura que foram criadas em vários Estados buscam minorar os problemas, mas infelizmente muitas estão mais voltadas à preparação de candidatos à magistratura que a aprestar cognitiva e psicologicamente os novos magistrados para o exercício. As reciclagens tornam-se raras, por força mesmo do volume das demandas judiciais e da falta de uma adequada reserva de substitutos para cobrir os afastamentos.

Do ponto-de-vista mais estritamente psicossocial, se é verdade que se pode apontar certo individualismo e espírito de corpo como traço do caráter modal da magistratura brasileira, pouco afeita a trabalhar em equipe e a aceitar críticas **externa corporis**, parece verdade que houve uma mudança qualitativa importante detectada pela pesquisa feita pela AMB / IUPERJ: houve alteração na composição social da magistratura, agora com grande presença de magistrados provenientes da classe média baixa da população. Se é fato que isto não assegura melhor qualidade da Justiça, nem ausência de preconceitos, ao menos põe a magistratura a coberto das críticas que a vinculavam necessariamente aos interesses das classes dominantes.

Algumas mudanças recentes têm buscado contornar ou superar os problemas aqui apontados. Visando à questão da acessibilidade e do barateamento da Justiça, foram criados os Juizados Especiais *“providos por juizes*

togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo” (art. 98, inciso I, da Constituição, e Lei nº 9.099/95). Decorrentes daí, a instituição de Juízos Arbitrais, tendência privatista mas de grande eficácia para equacionar ou solucionar conflitos com rapidez.

Menciona-se a necessidade de instituir as chamadas súmulas vinculantes, visando a, pelo vínculo criado à orientação sumulada, desafogar os tribunais de recursos repetitivos e, às vezes, meramente procrastinatórios. A idéia é polêmica porque, ausente em nossa tradição jurídica, conflita com o princípio do livre convencimento do juiz.

Outra medida, que tem sido apresentada como a panacéia para os males do Judiciário, é a propositura do chamado “controle externo”, como se tal controle já não existisse. Na verdade, tal controle está presente em vários dispositivos constitucionais: no que prevê o julgamento dos integrantes do STF pelo Senado, em crimes de responsabilidade; no que determina aos Tribunais de Contas - que são órgãos do Legislativo - competência para apreciar e julgar as contas do Judiciário; no que dá ao Senado a última palavra na composição dos Tribunais Superiores; no que prevê a participação de advogados e promotores na composição dos tribunais, no chamado “quinto constitucional”; no que estabelece a participação dos advogados, através de sua Ordem, na organização dos concursos públicos para a magistratura.

A ênfase no pretendido controle externo mal difarça a vontade subjacente de submeter o Poder Judiciário ao “Poder político”, o que fica evidente quando crescem em intensidade as propostas logo após alguma decisão judicial que contrarie interesses políticos poderosos. A idéia da criação de um órgão com a presença de estranhos ao Judiciário, ainda que seja para exercer fiscalização sobre desempenho administrativo dos juízes, significa a introdução de critérios políticos e intervenção indireta em um Poder que deve ser sobretudo independente, quer do Executivo, quer do Legislativo. A perda pelos juízes da independência, que é o apanágio de sua dignidade, constitui grave risco para as garantias constitucionais de todos os cidadãos e ameaça ao próprio Estado de Direito democrático. Por isso, cremos que a tendência não corre a favor da criação de um controle verdadeiramente externo, mas se põe no sentido de reforçar ou aperfeiçoar

medidas de controle exercitáveis internamente. A criação de um controle externo, na verdade, esbarra na cláusula constitucional “pétrea” do § 4º. do art. 60, inciso III, que estatui:

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

(...)

III - a separação dos Poderes; “

Numa síntese de toda a apreciação que fizemos sobre o Poder Judiciário, e da necessidade de sua reforma como parte da reforma do Estado brasileiro, diríamos que a Carta de 88, ao reforçar o papel do STF como corte constitucional, criou as condições para que o Judiciário brasileiro se torne o centro de gravidade do sistema decisório nacional, tal como, para os EUA, o é a Suprema Corte. Se as vindouras reformas oferecerem ao Judiciário o que ele, por si só não pode prover - legislação adequada e recursos orçamentários - cremos que a magistratura brasileira poderá fazer a sua parte, reformando mentalidades e introduzindo uma nova agilidade na prestação jurisdicional, o que será altamente benéfico para o desenvolvimento da sociedade brasileira.

4. A Reforma do Estado

4.1. *As tendências no mundo* - Já em 1987, Michel Crozier, em **État modeste, État moderne**, clamava pela “*transformação do papel do Estado e do comportamento de seus agentes*”, argumentando:

“Um Estado arrogante, onipresente e competente em tudo, é necessariamente impotente, porque ele não sabe ordenar senão a partir de princípios abstratos e de visões gerais. Só um Estado modesto pode verdadeiramente revelar-se ativo, porque ele é único na capacidade de escutar a sociedade, compreender os cidadãos e então servi-los ajudando-os a realizar eles mesmos seus objetivos”. [Trad. nossa] (2ª ed., Paris, Ed. du Seuil, 1991, p.9 - Pref. à edição de 1987)

No mesmo sentido, temos a bem sucedida pregação de Guy Sorman, com obra vasta sobre o tema, da qual **A solução liberal** (original em francês: c. 1984; em português: Rio de Janeiro, José Olympio, 1986) constitui bom exemplo. Bastante significativo é o seu Cap. 9, cujo título é: “*O crescimento sem o Estado*”. O capítulo é subdividido em várias partes, cada qual tratando de mudanças na relação Estado-sociedade em diferentes países. Assim: “*Na*

*Grã-Bretanha, o acordar dos 'empresários' ”; “No Japão, o Estado abre mão”; “O novo desafio americano”; “A Europa dos **managers**”.*

Da literatura norte-americana sobre o tema, é imprescindível compulsar o livro de David Osborne e Ted Gaebler (c.1992) intitulado na tradução em português: **Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público** (7ª ed. Brasília, MH Comunicação,1995). Este livro inspirou o relatório coordenado pelo vice-presidente Al Gore dos EUA, intitulado **Creating a government that works better & costs less; the report of national performance review** (New York, Plume, 1993). E o relatório Al Gore tem balisado a reforma do Estado naquele país.

Parece claro, da leitura do livro, que a reforma do Estado que os autores têm em mente, centra-se na questão da redefinição da interação das esferas pública e particular e no estilo de atuação do Executivo, especialmente do desempenho da administração pública. O primeiro ponto analisado é pertinente ao aparelho burocrático do Estado:

*“(...) há cem anos a palavra **burocracia** tinha um sentido positivo. Designava um método de organização racional e eficiente, para substituir o exercício arbitrário do poder pelos regimes autoritários. A burocracia trouxe ao trabalho do governo a mesma lógica que a linha de montagem deu ao processo industrial. Com sua autoridade hierárquica e especialização funcional, a organização burocrática tornou possível a realização eficiente de tarefas amplas e complexas.*

“(...)

“Durante muito tempo o modelo burocrático funcionou - não porque fosse eficiente, mas porque resolvia os problemas fundamentais que precisavam ser resolvidos. (...)

“Mas o modelo burocrático se desenvolveu em condições muito diferentes das de hoje; numa sociedade de ritmo mais lento, quando as mudanças ocorriam com menor rapidez. Desenvolveu-se numa era hierárquica, quando só os que ocupavam o topo da pirâmide social dispunham de informações suficientes para decidir adequadamente, numa sociedade cujos membros trabalhavam com as mãos e não com a cabeça. Numa época de mercados de massa, quando a maioria das pessoas tinha desejos e necessidades semelhantes. Desenvolveu-se num contexto de comunidades formadas pela geografia - bairros e cidades com fortes laços de união.

“Hoje, todo esse quadro mudou. Vivemos numa era de mudanças rápi-

das; num mercado global, que impõe enorme pressão competitiva às nossas instituições econômicas. Vivemos na sociedade da informação, em que o povo tem acesso às informações quase tão depressa quanto seus líderes. Vivemos numa economia baseada no conhecimento, onde trabalhadores de bom nível educacional resistem aos comandos e exigem autonomia. Vivemos numa era de nichos de mercado, com consumidores habituados a uma alta qualidade e ampla escolha.

“Neste ambiente, as instituições burocráticas, públicas e privadas, que se desenvolveram durante a era industrial, parecem-nos cada vez mais deficientes.

“O ambiente contemporâneo exige instituições extremamente flexíveis e adaptáveis; instituições que produzam bens e serviços de alta qualidade, assegurnado alta produtividade aos investimentos feitos. Requer instituições que respondam às necessidades dos clientes, oferecendo-lhes opções de serviços personalizados; que influenciem pela persuasão e com incentivos, sem usar comandos; que tenham, para seus empregados, uma significação e um sentido de controle, que eles as sintam como se fossem deles. Instituições que confirmam poder aos cidadãos, em lugar de simplesmente servi-los.

“Em certas circunstâncias, as instituições burocráticas ainda funcionam. Se o ambiente é estável, a tarefa a realizar, relativamente simples, e todos os clientes querem o mesmo serviço sem que a qualidade se torne crítica, a burocracia pública tradicional pode ser eficaz. (...)”

“Mas, a maioria das instituições governamentais é obrigada a executar tarefas cada vez mais complexas, em ambientes que mudam rapidamente, para clientes que exigem opções e qualidade. (...)” (op. cit. pp. 13-16).

Para atender a essas novas complexidades, públicos cada vez mais exigentes e características ambientais, a proposta dos autores, baseada em experiências municipais, estaduais e, mesmo, do governo federal, nos EUA, está em adotarem os governos novos métodos de gestão que utilizam largamente, mas não apenas, diversas formas de terceirização e participação comunitária. Citam Peter Drucker, no famoso **A Era da Descontinuidade**:

“Qualquer tentativa de combinar a ação governamental com o ‘fazer’, numa escala mais ampla, paralisa a capacidade de decidir. Qualquer tentativa de fazer com que os órgãos decisórios ‘executem’ leva também a uma ‘execução’ muito deficiente, porque eles não estão focalizados no modo de executar, nem equipados para isso. Essa não é sua preocupação

fundamental” (Apud Osborne & Gaebler, op. cit., p.32)

Os autores utilizam a expressiva imagem do ‘remar’ e do ‘navegar’ para caracterizar a distinção entre os governos à antiga e o governo adequado à contemporaneidade. Este se preocupa com o ‘navegar’:

“Os governos que se interessam primordialmente pelo rumo da sociedade, estão empenhados de forma ativa em modelar suas comunidades, seus estados e nações. Tomam um maior número de decisões sobre as políticas a seguir; movimentam um maior número de instituições econômicas e sociais. Em vez de admitir mais funcionários, garantem que outras instituições estejam prestando serviços e atendendo às demandas da comunidade”. (op. cit. p.32)

Os autores, a despeito de enfatizarem a necessidade de os governos se concentrarem no ‘navegar’, insistem em que a chamada ‘privatização’ constitui *uma* resposta e, não, a resposta:

“Há certas coisas que as empresas fazem melhor do que o governo [e, aqui, pode entender-se Estado, no nosso jargão de Direito Público] , mas o governo faz melhor outras tantas. Assim, por exemplo, o setor público tende a ser melhor no gerenciamento das políticas governamentais, na regulamentação das atividades públicas, na manutenção da equidade, na prevenção da discriminação ou da exploração de grupos e pessoas, na garantia da continuidade e estabilidade dos serviços, na defesa da coesão social (como ilustra a convivência de raças e classes na escola pública). As empresas tendem a ser melhores nas tarefas econômicas, na inovação, na repetição de experimentos bem sucedidos, na adaptação às mudanças rápidas, no abandono de atividades obsoletas ou inúteis, na execução de tarefas complexas ou técnicas. O terceiro setor tende a ser melhor na execução das tarefas que produzem pouco ou nenhum lucro, exigem compaixão e solidariedade com os indivíduos, implicam ampla confiança da parte dos clientes, necessitam atenção direta e pessoal (tais como o atendimento de crianças em creches, de pessoas doentes ou incapacitadas), o aconselhamento individual e que envolvem a aplicação de regras de conduta moral e de responsabilidade pessoal.” (op. cit., p. 48)

As idéias dos referidos autores norte-americanos - como adiante será fácil constatar - influenciaram significativamente a proposta de reforma do aparelho do Estado do governo brasileiro, tal como apresentada no “Plano Diretor” elaborado pela Câmara da Reforma do Estado.

Uma visão complementar das tendências de evolução do Estado e

da administração pública nos é oferecida no belo trabalho de prospectiva publicado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, intitulado **Sociedade, Estado e Administração Pública** (Rio de Janeiro, Topbooks, 1995). O autor inicia o seu ensaio com a prospectiva da sociedade no mundo, identificando cinco tendências, resumíveis nas seguintes palavras-chave: *conhecimento, pluralismo, globalismo, participação e competição*. E explica:

“Esses cinco elementos já estão presentes nas sociedades mais avançadas e parece fora de dúvida que balizam a linha evolutiva mundial da Era do Conhecimento, partindo da premissa de que a civilização ocidental já se tornou planetária (...)”. (op. cit., p.24)

A partir da visão prospectiva da sociedade o autor constrói sua prospectiva do Estado, *“entidade que cada vez mais é o que a respectiva sociedade quer que ele seja”*. As tendências que elenca em relação ao Estado, são: *a participação democrática, o pluralismo, a subsidiariedade, a transnacionalização, a imparcialidade, o sócio-capitalismo, a fiscalidade competitiva, a insegurança, a ética no emprego do poder e a governabilidade*. A par dessas tendências, aponta outros aspectos tendenciais de natureza institucional ‘instrumental’: *a despolitização, a deslegalização e a desregulamentação*. (op. cit., p. 25)

Finalmente, discutida a prospectiva do Estado, chega à prospectiva da administração pública, onde identifica algumas tendências: *a participação administrativa, a impessoalidade administrativa, a moralidade administrativa, a desestatização administrativa, a descentralização administrativa*, a par de algumas tendências que denomina ‘operativas’: *a uniformização administrativa, a processualização administrativa, a discricionariedade técnica e o controle intermédio administrativo*. (op. cit., p.28)

Descabendo, nos limites deste trabalho, a tentativa mesmo de resumir as idéias articuladas pelo ilustre publicista e administrativista, tomemos um aspecto, que consideramos crucial até porque já problematizado na questão da “crise da representação” no Estado contemporâneo. No capítulo sobre “a sociedade participativa”, o autor lembra afirmativa de José Arthur Rios de que *“a essência do desenvolvimento social é a participação”*, para acrescentar:

“Essa constatação se reforça na era do pluralismo, com a expansão da politização das massas, da tomada de consciência de um número crescente de interesses coletivos e difusos e do papel do poder disseminado na

*sociedade, mobilizável pelos meios de comunicação social, notadamente eletrônicos. As novas técnicas de comunicação, em particular, tornaram praticáveis e desejáveis inúmeras modalidades participativas, não só re-
alutando formas tradicionais, algumas até expressadas no passado, como abrindo espaço para a criação e o desenvolvimento de formas originais.*

*“Especificamente, no campo juspolítico, a participação pode ser **polivalente**, por se dirigir a qualquer dos Poderes ou funções do Estado, ou especificamente voltada à atuação de um deles, identificando-se a **legislativa**, a **judicial** e a **administrativa**.”* (op. cit., p. 39-40)

Para a modalidade da participação polivalente, o autor cita os institutos *da representação política, o da publicidade, o da informação, o da certidão e o da petição.*

Na participação legislativa, que se distingue das demais porque *“se dirige à formulação da norma legal no sentido amplo”*, o autor menciona vários institutos, alguns dos quais já acolhidos entre nós pela Carta de 88: *o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, o veto popular, a opção popular, o recall, e o lobby.*

Na participação judicial, *“que se volta à provocação dos órgãos da jurisdição”*, o autor identifica diversas modalidades, muitas das quais também já incluídas em nosso ordenamento jurídico - conforme comentamos no tópico sobre o Poder Judiciário. São elas: *o mandado de segurança coletivo, a ação popular, a ação civil pública, a ação de inconstitucionalidade, a ação de impugnação de mandato eletivo, a queixa-crime com suspensão de funções do Presidente da República, a legitimação extraordinária de comunidades e organizações indígenas, o júri e o escabinato e o acesso da advocacia às magistraturas togadas.* (op. cit., p.40)

Tratando do Estado participativo, em que discute a questão da participação política - na qual se inclui a ‘legislativa’ - o autor mostra que a crise da representação é a crise da Democracia, ou do Estado democrático, para, afinal, concluir:

*“O resgate da democracia em questionamento só se fará, portanto, pela **criteriosa** abertura da participação política, através de novos canais que já, pouco a pouco, se delineiam, superando o exercício insuficiente da **democracia representativa** pelo da **democracia participativa**, que a transcende sem negá-la, com caleidoscópicas opções de forma e fundo para exercê-la”.* (op. cit., p.46)

Sociedade participativa e Estado sob regime democrático de índole participativa ensejam participação ao nível da administração pública. É o que nos sugere o autor no capítulo sobre a “participação administrativa”:

*“A presença e a atuação dos indivíduos e das entidades da sociedade civil na administração pública segue a tendência juspolítica ampla acima examinada ao caracterizarmos a **sociedade participativa**, como expressão dominante no próximo milênio, intimamente conotada à **legitimidade**.*

“A par da participação política na atuação do Legislativo e, naturalmente, do Judiciário, cujos órgãos agem provocados, a modalidade administrativa é, de longe, a que mais dinamismo apresenta.

“A participação administrativa visa, principalmente, à legitimação dos atos governamentais na execução das atividades finalísticas da administração pública, ou seja, no exercício do Poder de Polícia, na prestação de Serviços Públicos, no Ordenamento Econômico, no Ordenamento Social e no Fomento Público.

“Perfaz, assim, uma dupla função: legitima as futuras decisões e amplia o controle de legalidade, de legitimidade e de moralidade daquelas já tomadas”. (op. cit., p.94)

A tendência é, pois, a da ampliação da participação do conjunto dos cidadãos, ou dos seus elementos mais conscientes e ativos, na própria administração pública, estabelecendo compromissos e, sobretudo, aportando legitimidade às decisões do administrador. Várias são as modalidades desse tipo de participação já praticadas no mundo:

*“Sob o ponto de vista sistemático, pode-se arrolar treze institutos de participação administrativa, hoje em uso, cobrindo um vasto espectro caracterológico, desde a admissão da simples **influência** do administrado sobre as decisões do Poder Público que o possam atingir, até a **vinculação decisional** de sua vontade formalmente manifestada. São eles: o plebiscito, o referendo, a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública, o colegiado público, a cogestão paraestatal, a assessoria externa, a delegação atípica, a provocação do inquérito civil, a denúncia aos tribunais ou conselhos de contas e a reclamação relativa à prestação de serviços públicos”.* (op. cit., p.95)

A listagem desses institutos, alguns já incorporados ao nosso orde-

namento jurídico, outros ensaiados, com maior ou menor sucesso, em uma ou outra administração local, visa apenas a oferecer uma visão panorâmica de possibilidades e tendências, não significando **a priori** o reconhecimento da necessidade da adoção deles, no todo ou em parte em nossa estrutura administrativa, sabido que as instituições só vingam se em sintonia com a culturas das sociedades para as quais são transpostas e às quais são adaptadas. Reclama, contudo, o autor a atenção do segmento político brasileiro para essas novas experiências: “(...) o tema da **participação política**, sob todas suas modalidades, já amadureceu o suficiente no País para que se possa reclamar; além das contribuições dos estudiosos, sempre necessárias, a essencial atenção dos políticos” (op. cit., p.98)

4.2. *A proposta do governo FHC* - As razões apresentadas pelo governo para a Reforma na área administrativa prendem-se, em termos genéricos 1) ao que se convencionou chamar de “década perdida”, por tal se estendendo a desorganização da economia nos anos 80 e, em expressões mais específicas 2) às manifestações da incapacidade de o Estado cumprir funções fundamentais e intransferíveis. O resultado dessa desfuncionalidade do Estado manifestou-se sob forma de um descontrole, de redução dos níveis de desenvolvimento econômico, de elevação das taxas de desemprego e da perversa persistência de taxas de uma inflação pouco civilizada. Tudo isso traduzia e era traduzido por uma incapacidade estatal de financiar o desenvolvimento, gerar empregos e oferecer serviços sociais fundamentais e implantar políticas de cunho social de que carece a produção brasileira.

O agravamento desse quadro dos anos 80 se agravou nesta década com as “reformas administrativas” a toque de caixa promovidas pela Administração Collor. Resultados mais explícitos foram o desmantelamento de importantes sistemas de produção de informações necessárias ao processo macrodecisório, a desorganização de centros decisórios importantes, além da fragilização da memória administrativa.

A essa caracterização, de natureza endógena, da turbulência por que passa o Estado deve ser agregada a mudança de ordem mundial, que evidentemente não se bastou na implosão de uma das superpotências mas que, entre outras conseqüências, passou a recharacterizar os padrões de relações econô-

micas, marcadas agora por novos sistemas de fluxos de capital, informações e tecnologias e uma exigência de alta qualidade e baixo preço que definem as demandas no mercado mundial de hoje. A criação de blocos regionais tem a inspirá-la, principalmente, o aumento do comércio internacional através da complementaridade de economias nacionais, do aumento do nível de qualidade de produtos e serviços de crescente agregação tecnológica e de assegurar mercados numa arena mundial da competição gradativamente mais exigente e mais consciência de necessidade de proteção de interesses.

Neste novo quadro de relações e hegemonias, seria difícil imaginar que as relações entre Estado e sociedade permanecessem compromissadas com o modelo do pós-guerra: menos que uma questão de opção ou preferência, o Estado teria de se adequar a um perfil novo de funcionalidade que garantisse o cumprimento de seu papel essencial. Essa adequação ou novo formato não se conseguirá realizar sem uma reforma de sua estrutura (o que inclui necessariamente o aparelho do Estado, de modo a recapacitá-lo a promover desenvolvimento econômico e social e um funcionamento político-institucional civilizado).

Reformar o aparelho do Estado não é tão simplesmente um jogo de reduzir funções, despedir funcionários, estimular-lhes a aposentadoria; trata-se na verdade de criar uma nova forma de administrar o Estado, em que se supera a inspiração burocrática e corporativista, que concentra e centraliza funções e se singulariza pelo rigor de procedimentos e abundância de regulamentações e normas.

Dentre as medidas de redimensionamento do Estado (ajuste fiscal, reformas econômicas orientadas para o mercado, a reforma da previdência social, inovação dos instrumentos de política social), coube ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado “estabelecer as condições para que o governo possa aumentar sua governança”, por tal se entendendo a capacidade estatal de implementar políticas públicas e, mais especificamente, “orientar e instrumentalizar a reforma do aparelho do Estado, tal como definido em Plano Diretor específico.

Esse “aparelho do Estado” abrange a administração pública em sentido amplo, vale dizer, a estrutura organizacional do Estado em seus Poderes e nos três níveis. O aparelho do Estado é definido como o Governo, isto é, a

cúpula dirigente dos três Poderes, um corpo de funcionários e a força militar. O Estado é mais abrangente que o seu aparelho, porque inclui adicionalmente o sistema constitucional-legal que regula a população nos limites de um território, detém o monopólio do emprego da violência legal e o poder de legislar e tributar a população desse território.

A reforma do aparelho do Estado tem de ser concebida em articulação com a redefinição do papel do Estado. Num sentido, observa-se que a administração pública brasileira conheceu três modelos básicos: **1º) o patrimonialista** - em que o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano e cujos auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real -; **2º) o burocrático** que, a partir da segunda metade do século XIX, época do Estado liberal, é criado para combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista e **3º) o gerencial** que, surgido na segunda metade do século XIX, implanta-se como resposta à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial.

Observe-se que, embora escalonados no tempo, não se pode no Brasil afirmar o desaparecimento completo de qualquer deles. Há resíduos, ainda, de patrimonialismo, e diversos princípios regentes da administração burocrática são subscritos pela administração gerencial; que, em contraposição, inclui uma orientação segundo os valores de eficácia, qualidade na prestação dos serviços públicos e o desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

A administração pública gerencial funda-se singularmente nos princípios da confiança e da descentralização da decisão, razão por que exige formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade, com o que se contrapõe à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional. Em essência, uma orientação para cidadão-cliente, o exercício do controle pelos resultados e da competição administrada.

Para a Câmara de Reforma do Estado, de caráter interministerial, os problemas enfrentados pela máquina burocrática têm 3 naturezas: as de caráter institucional-legal (que dependem de reforma de Constituição ou mudança na legislação infraconstitucional), as ligadas à cultura burocrática e os problemas de gestão. Tudo somado, o problema, como se observa,

transcende um mero redesenhar de estruturas.

A solução proposta calça a sua reengenharia na definição de 4 setores (Núcleo Estratégico, Atividades Exclusivas, Serviços Não-Exclusivos e Produção de Bens e Serviços), os quais partilham objetivos globais e se norteiam por objetivos próprios; além disso, apresentam (apresentarão) formas próprias de propriedade e de gestão.

As razões apresentadas pelo governo FHC, tal como explicitadas no **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado** (Câmara da Reforma do Estado, Brasília, 1995) para a reforma da administração pública, assentam-se, em síntese, em razões de ordem histórica e na impotência de nossa macroinstituição política em cumprir as funções que lhe são devidas, num país com uma sociedade complexificada como a nossa. É impossível não reconhecer em tais premissas motivos bastantes e compulsivos a um redesenho do Estado, seus funcionários, sua cultura e a tipologia da gestão que têm de exercer, se se trata de fazer esse país andar para frente e essa sociedade ganhar maior qualidade de vida, consciência de cidadania e uma economia compatível com a de um país de Primeiro Mundo.

Se a iniciativa de mudança foi, de início, repelida por setores significativos da sociedade, ainda que se admita, hoje, uma redução dessa atitude confrontante, não se pode negar a oposição que lhe movem faixas consideráveis da opinião pública, mais particularmente, idéias e interesses que se articulam sob forma de grupos de pessoas. A iniciativa ainda não é aceita por um volume de pessoas e entidades (públicas e civis) que pensam e influem nas decisões macro do Congresso, malgrado medidas de estímulo à aposentadoria tenham merecido adesão e certas iniciativas de incentivo à criação de microempresas tenham sido legisladas.

A chamada falência dos anos 80, a inadequação do modelo de substituição de importações e os desempenhos do Estado como agente direto de praticamente todos os sistemas de produção acabaram se chocando com a racionalidade de um mundo globalizado em sua economia e nos circuitos de âmbito planetário das informações, das tecnologias e dos capitais.

A inclusão da reforma do *aparelho do Estado* no quadro da redefinição do papel *do Estado* é de extrema relevância e oportunidade, embora aquela seja a preocupação imediata da Câmara de Reforma do Estado e esta, responsabilidade do Estado e de toda a sociedade. Aqui reside - a nosso

ver - o ponto nodal da questão da reforma: não basta reformar o aparelho estatal da União; será preciso redistribuir competências entre União, estados-membros e municípios, alterar a geometria das relações entre o público e o privado, estabelecer novos paradigmas para as interações entre os Poderes constitucionais. Não se pode deixar de encontrar a melhor maneira de compatibilizar novas funções que o Estado irá desempenhar na economia, agora como regulador, promotor e árbitro - e o tipo de administração pública que irá gerir os negócios públicos.

Há um importante aspecto de compatibilização do processo de modernização do aparelho do Estado com a realidade brasileira: a compreensão de que a administração burocrática não desaparecerá por completo da máquina e, assim, na administração pública brasileira conviverão a administração burocrática com a administração pública gerencial, por exemplo, nas atividades do chamado ‘núcleo estratégico’.

É de observar que esta atitude difere da que foi tomada por ocasião da reforma nos EUA, em que se buscou transformar o “paradigma burocrático” em “paradigma empresarial” *tout court*. Na experiência americana, o chamado Relatório Gore (do vice-presidente) - como sabemos - endossa premissas de um trabalho anterior, de David Osborne e Ted Gaebler que, além de popularizar a expressão “Reinventando o Governo”, sustenta que a reinvenção, num sentido mais privatístico, é a grande opção que resta ao sistema público.

Osborne e Gaebler defendem a aplicação de 10 princípios de um “governo empresarial”, os quais, se implantados, o transformarão tão completamente que ele merecerá a referência de “reinventado”. Dentre esses princípios, acham-se alguns encampados pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, do Brasil, como, por exemplo: “governos empresariais são competitivos”, “governos empresariais são voltados para o cliente”.

Houve por parte do governo brasileiro uma preocupação com uma tradição fundada na administração burocrática; na verdade, mais que com a tradição, preocupação com toda uma cultura que politicamente se defende sob formas corporativistas e dispõe de poderosa base de atuação e de apoio no Congresso Nacional. Na verdade, não se postula no projeto brasileiro uma identificação dos diferentes órgãos da administração federal com empresas. Há, no caso brasileiro, a divisão em “setores de Estado”, por tal se compre-

endendo um “Núcleo “Estratégico” (o que define leis e políticas públicas e cobra o seu cumprimento); o sistema de “Atividades Exclusivas”, em que se exerce o poder extroverso do Estado: de regulamentar, fiscalizar, fomentar; os “Serviços não-Exclusivos”, onde o Estado atua simultaneamente lado a lado com outras organizações públicas não-estatais e privadas e o setor de “Produção de Bens e Serviços para o Mercado”, que corresponde à área de atuação das empresas e engloba unidades que, pertencentes ao Estado, se acham voltadas para o lucro.

Com essa divisão em 4 sistemas, o Estado proposto será orientado por objetivos globais que se definem como 1) o aumento de **governança** (capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência); 2) limitação da ação do Estado às funções que lhe são próprias; 3) transferência para estados e municípios das ações de caráter local e 4) transferência para os estados de ações de caráter regional. Como se terá observado, por menor que tenha sido a influência de experiência americana, é nítido que sobrelevaram as características brasileiras da administração pública.

Dos objetivos específicos, ressalta-se a preocupação da modernização da administração burocrática através de uma política de profissionalização do serviço público; a transformação no âmbito das “Atividades Exclusivas” de autarquias e fundações que possuem poder de Estado em agências autônomas, regidas por um contrato de gestão; com isso se estará substituindo o controle *a priori* dos processos pelo controle *a posteriori* dos resultados. No território dos “Serviços não-Exclusivos” é criada a figura do setor público não-estatal mediante um programa de “publicização”, que vai transformar as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou sejam, entidades de direito privado sem fins lucrativos, com direito a celebrar contratos de gestão com o Poder Executivo e sujeita a um amplo controle direto, pela sociedade, através de seus conselhos de administração. No que respeita ao setor de “Produção para o Mercado”, contratos de gestão nas empresas não-privatizadas serão implantados.

É de observar, também que, ao lado da divisão em setores com objetivos próprios, são também definidas formas de propriedade que, além da estatal e privada, incluirão a figura da “propriedade pública não-estatal”, que não será propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e se orientará diretamente ao atendimento de interesse público.

Verifica-se pelo que até aqui se disse a conformação dos princípios da proposta brasileira aos “quatro princípios centrais da administração empresarial do poder executivo” endossados na transformação norte-americana e segundo os quais governos empresariais efetivos

- desvencilham-se da burocracia transformando-se de sistemas nos quais as pessoas são cobradas pela observância de regras em sistemas em que são cobradas pelos resultados que atingem;

- transformam sua cultura pela descentralização da autoridade; trata-se de dar mais poder àqueles que trabalham nas linhas de frente para que desenvolvam mais suas próprias decisões e resolvam mais os problemas que lhes são próprios;

- insistem na satisfação do cliente, para o que ouvem seus ‘clientes’, empregando sondagens, grupos de amostra e coisas assim;

- encontram, constantemente, meios de fazer o governo trabalhar melhor e custar menos - através de uma reengenharia de como faziam o trabalho e do reexame de programas e processos.

Guardando, aqui e ali, afinidades com a experiência internacional de reorganização e redefinição do Estado, mas observando, de toda maneira, as características do problema brasileiro, o projeto do governo vai depender para a sua aprovação, menos das qualidades técnicas que possa apresentar que de um processamento político permanentemente monitorado e atendido.

De início há a considerar que a base congressual com que conta o Executivo é fluida o bastante para não inspirar certezas e convicções de êxito automático; tal se deverá a características pessoais da representação política mas também a aspectos institucionais em que se incluem o sistema partidário em vigor (fidelidade, condições de criação de um partido, propriedade do mandato, condição de coligação, sistema eleitoral etc.). Na verdade toda uma pauta de mudança que o Governo vai tentar passar no Congresso.

O projeto governamental, ao tratar especificamente da questão do funcionalismo, esbarra em óbices de natureza técnico-jurídica que poderão ser amplificados em função dos interesses político-partidários, sem embargo da consistência das objeções que ensejam. São eles: “a eliminação da **isonomia** como direito subjetivo”, a despeito de sustentar-se a manutenção do princípio (op. cit., p.64); a “flexibilização da estabilidade dos servidores estatutários,

permitindo-se a demissão (...) por insuficiência de desempenho e por excesso de quadros” (op. cit., p.63); “o fim da obrigatoriedade do Regime Jurídico Único, permitindo-se a volta de contratação de servidores celetistas” (op. cit., p.62); “facilidade de transferência de pessoal e de encargos entre pessoas políticas da Federação, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, mediante assinatura de convênios” (op. cit., p.63). A verdade é que todas essas medidas soam ao funcionalismo como ameaças, por absoluta - e até aqui justificada - falta de confiança nos critérios políticos que poderão presidir a sua implementação. A estabilidade e a isonomia, se podem ter um lado pervertido, foram direitos pelos quais muito se pugnou e em torno dos quais toda uma mitologia de garantias foi estabelecida.

No âmbito do tratamento político, é impossível desprezar o fato de que interesses e posições, respeitáveis ou não, estarão em xeque e grupos de pressão organizados estarão atuantes contra qualquer modificação. Some-se a isto um alentado espírito corporativista que não vai cruzar os braços ante a possibilidade de perda de direitos, posições e privilégios.

Todos esses dados, sintetizados para caberem no pouco espaço de um trabalho como este, destacam a verdade incontestável segundo a qual, para o Brasil, que já sabe planejar *policies* de nação moderna, a implementação conseqüente exige que o país solucione problemas fundamentais de sua *politics*, tão ou mais graves que os de natureza técnica, porque atuam movidos por idéias e interesses com a força de convicções plantadas em nossa cultura política. Num sistema presidencialista como o nosso, só o Presidente, ele próprio, vai conseguir desfazer um impasse que, em matéria, por exemplo, de previdência, se define por uma equação em que um dos lados mostra deputados aprovando medidas severas de viabilização fiscal da previdência e, de outro, os mesmos deputados recusando-se a terminar com o instituto de aposentadoria após 8 anos, que impudicamente os contempla.

5. Conclusão - A questão central não está mais em decidir se o Estado brasileiro deve ou não ser reformado, mas em definir e obter consenso em torno do direcionamento da reforma. Considerando a nossa realidade, a discussão entre Estado mínimo e Estado máximo passa a ser ociosa, se não tivermos clara a configuração do país que queremos ser e - mais do que isso - do país que, estrategicamente, podemos ser. Por outra: devemos ter claro - e consensualizado - nosso cenário desejado e possível, onde se

inscreva um conjunto coerente e articulado de objetivos. O tamanho e a geometria do futuro Estado brasileiro - ou seja, as relações desse Estado com a sociedade - devem ser função dos objetivos nacionais de longo prazo e das grandes linhas estratégicas que delineemos para alcançá-los, no ambiente externo da globalização. Nem Estado mínimo, nem Estado máximo, mas o Estado estrategicamente necessário à realização dos nossos objetivos num horizonte temporal de uma ou duas gerações.

Essa idéia do “Estado estrategicamente necessário” deve ser suficientemente debatida e aclarada, de modo a que possa presidir não só a reforma da relação Estado-sociedade, mas ainda a reforma do chamado aparelho do Estado. Debatida, para que a reforma obtenha a mais ampla viabilidade política; aclarada, para evitar que o viés ideológico e os preconceitos turvem uma decisão que deve balizar-se pelo que melhor possa corresponder aos interesses brasileiros de mais largos prazo e alcance.

A questão da governabilidade, afinal, se põe como decorrência natural da reforma do Estado. A reforma do Estado deve ampliar a governabilidade e a estabilidade do sistema, tendo como referencial inafastável o aperfeiçoamento dos mecanismos democráticos de gestão pública.

Para superar a crise do Estado brasileiro, é preciso reformá-lo, mas fundamental é a definição do tipo de Estado capaz de realizar esse novo papel, exigido por um contexto globalizante altamente veloz. Os comentários seguintes, de dois cientistas políticos de renome, podem ajudar a compreensão da gravidade da crise e da natureza do problema. Primeiramente, a precisa constatação do professor Hélio Jaguaribe, em exposição na ESG, durante painel havido em 11/06/96:

“O Brasil se defronta, na sua condição de país em estágio intermediário avançado, com um presente dilema: se adota uma política totalmente liberal, sofre séria desindustrialização; se adota uma política protecionista, sofre séria obsolescência.”

Sérgio Abranches, em painel no VIII Fórum Nacional, ao desenvolver o tema **As reformas constitucionais e sua regulamentação**, acentuou:

“Este País, mais uma vez, combina duas curvas distintas de mudança que, ao interagirem, têm um efeito acelerador uma sobre a outra:

*vínhamos de um processo de mudança acelerada - demográfica, urbana, social, econômica e política - acompanhada de uma prolongada crise macroeconômica e do colapso do Estado, encontramos a **globalização** e suas transformações. (...) Iniciamos a dura etapa de reformar o Estado e debelar a crise fiscal e gerencial que o levaram ao colapso. Mas ainda vivemos em precária situação de governabilidade e a governança não se restabelecerá plenamente enquanto não se redesenhar o Estado para o novo estágio em que nos encontramos".* (op. cit., p.6)

Será que a proposta do governo, tal como apresentada pela Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República, atende a esse necessário redesenho do Estado brasileiro? Teremos nela o delineamento do Estado estrategicamente necessário para a inserção soberana do Brasil no mundo globalizado do próximo milênio? Um Brasil cuja estatura estratégica já se mostra ampliada e tende a crescer ainda mais e celeremente?

Não temos dúvida de que, nos seus traços gerais, a proposta governamental corresponde, tal como descrevemos precedentemente, às tendências de reformulação da máquina estatal nos países mais avançados. No entanto - e o próprio governo disso tem consciência - a reforma do aparelho do Estado, embora central, não esgota as necessidades de reforma do Estado. Além disso, subsistem graves riscos de, na tentativa de mudar a geometria do Estado, desarticulá-lo e fragilizá-lo demasiadamente ante as exigências da conjuntura - e, quanto a este aspecto, não temos conhecimento do grau de preocupação e atenção do governo.

Vimos que os modelos estão em crise. Em consequência, havemos de criar o nosso modelo de Estado, sem desconsiderar a experiência alheia - mas, ao contrário dela aproveitando as experiências bem sucedidas - e sem desconsiderar a força de nossa realidade, que nos punirá duramente se a ela mal avaliarmos.

A proposta governamental rema no sentido de um Estado com uma nova geometria: mais seletivo, mais ágil, mais flexível, mais eficaz, na linha da tendência mundial. Essa tendência - já vimos - reclama uma nova institucionalização que compreenda: privatização seletiva; terceirização e parcerias com o setor privado; a criação de um setor público não-estatal, onde as regulações se estabeleçam com mais naturalidade e comprometimento das partes; a ampliação da cidadania, pelo aumento das oportunidades sociais

de participação (econômica, social, política e administrativa) - e o projeto do governo vai por este caminho.

Quanto à questão da força da realidade do País, com todas as suas peculiaridades, parece-nos que, numa sintonia larga, a proposta do governo a auscultou. Resta, contudo, o problema de obter a sintonia fina, o que só um acompanhamento cuidadoso da evolução da conjuntura poderá propiciar.

A questão da insuficiência da reforma do aparelho do Estado é mais complexa. Claro que o governo deliberadamente optou por uma proposta de escopo mais restrito. O próprio texto do **Plano Diretor** elaborado pela Câmara da Reforma do Estado nos adverte, distinguindo a *reforma do Estado* da *reforma do aparelho do Estado*:

“A reforma do Estado é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania.” (op. cit., p.17)

É fácil entender a estratégia do governo ao concentrar seus esforços na reforma da máquina administrativa: é o setor que depende tradicionalmente das decisões do Executivo, é o setor cujas falências são mais visíveis, encontrando-se já sob os fogos da opinião pública, é, talvez, a linha de menor resistência ao processo de mudança. Entretanto, tal estratégia, se tem a sua racionalidade e sua viabilidade política, carrega, por outro lado, o peso de sua incompletude: não resolve a crise da Federação, não resolve a crise da representação política (portanto, do Legislativo), não resolve a crise do Judiciário. E estas três crises, articuladas, são suficientes para paralisar qualquer processo de mudança.

É-nos extremamente difícil aquilatar quanto à viabilidade política da alternativa, ou seja, da propositura, no momento, da reforma do Estado em maior amplitude. Temos certeza, porém, de que este governo - ou o próximo - terá necessidade de fazê-lo, sob pena de inviabilizar, ou tornar inócua a própria reforma da máquina administrativa.

Ora, o País não pode mais perder tempo com movimentos erráticos. A concepção básica de uma reforma administrativa que amplie os espaços da cidadania responsável é boa demais para ser desperdiçada. Realmente, ao invés de pensarmos em distribuir renda, num assistencialismo infrutífero, devemos - não apenas como Estado, mas como sociedade, experimentar

melhor distribuir oportunidades sociais e em repartir responsabilidades decisórias, inclusive favorecendo a assunção de responsabilidades por parte do setor privado e de um ampliado setor público não-estatal. Se quisermos fortalecer a cidadania política, devemos ampliar a cidadania social. Nesse sentido deve abrir-se espaço à criatividade popular, que se tem mostrado tão rica no campo das belas-artes. Por que - dissemos alhures - não estimulá-la no campo da arte da convivência e da construção da sociabilidade?

A reforma do Estado é - deve ser - parte fundamental de um **projeto nacional**, para o qual será imprescindível buscar-se uma convergência de vontades, a partir da construção interativa de uma base comum de percepções do problema. A partir daí, caberá ao governo, realizando a **dimensão dux** da governabilidade, fixar, democraticamente, grandes metas inspiradoras. Grandes metas, porque este País, com o potencial que possui, não tem o direito de sonhar pequeno. Objetivos de longo alcance, que possam ser comuns e congregar a União e os estados, os estados e os municípios, o setor público e o setor privado, todos os partidos - a despeito de suas divergências quanto ao como fazer, todas as classes sociais - embora possam manter alguns interesses divergentes. Metas que sejam a um só tempo amplas, inspiradoras, multiplicadoras e portadoras de futuro. Metas que levem este País - suas elites, imprescindivelmente - a pensar estrategicamente, projetando sua inserção no mundo do século XXI. ◆

Considerações Pessoais sobre a Seleção e a Formação de Magistrados em Portugal e França *

RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA

Diretor Adjunto da Escola Nacional da Magistratura e Professor de Direito Constitucional da Faculdade “Milton Campos” de Belo Horizonte - MG.

1. **Introdução** - Quando exerci, com muita honra, o cargo de Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 1973 a 1977, assisti várias vezes à seguinte cerimônia, ou melhor, à seguinte **falta** de cerimônia: o Juiz novato, que acabara de tomar posse, em ato simples e rápido, perante o Presidente do Tribunal, no segundo andar do Palácio da Justiça, descia comigo para meu gabinete. Ainda atônito, tomava um cafezinho e me perguntava: “E agora, Ricardo?” Ou então: “O que você tem aí de material para me ajudar quando eu entrar em exercício **amanhã** na minha Comarca?”

Como Diretor do Tribunal e como Professor de Direito Constitucional, sempre estranhei que aquele bacharel, prestes a exercer a função mais indelegável do Estado - qual seja a de distribuir a Justiça a fim de solucionar conflitos na busca de uma almejada paz social - não tivesse a menor assistência no início dramático de sua nova e enorme missão.

2. **Preocupação** - Penalizado com a pessoa do homem-juiz e preocupado com a situação do juiz-autoridade, passei a fazer alguns cadernos contendo aquilo que pudesse ser útil para o iniciante na Magistratura. Evidentemente que isso era muito pouco.

Falei dessa minha preocupação ao então Juiz de Direito da Comarca de Betim, Doutor **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, e vi que ele pensava também assim.

* Texto redigido a partir de gravação de conferência realizada em Curitiba - PR, na 7ª Reunião de Diretores de Escolas de Magistratura do Brasil, em 23.07.96 e repetida no I Fórum Nacional de Debates sobre o Poder Judiciário, realizado em Brasília, em 13.06.97.

Conversamos com o notável Desembargador **Edésio Fernandes**, então Presidente do Tribunal, e fizemos, com sua autorização e seu grande apoio, alguns cursos experimentais, com Juízes novos e Juízes do interior, que tiveram boa aceitação e simpática repercussão.

3. **Ação** - No dia 13 de agosto de 1977, o Desembargador **Edésio Fernandes**, no último dia de seu mandato presidencial, baixou a Portaria nº 231, pela qual este expositor foi designado “para proceder aos estudos preliminares, visando à implantação e organização em Minas Gerais da Escola Judicial”, destinada à seleção, à formação e ao aperfeiçoamento dos magistrados mineiros.

Logo que designado, comecei a pesquisar tudo o que havia no mundo sobre formação de Juízes. Descobri, entre outras instituições, na Espanha, a **Escuela Judicial**, existente desde 1944, e, na França, a **École Nationale de la Magistrature**, funcionando desde 1958. Soube que, em Portugal, já então vivendo a democracia decorrente da Revolução de 25 de Abril de 1974, começavam os estudos para criação de uma escola de magistratura.

Desde então, tenho dedicado grande parte de minha vida a este assunto apaixonante.

Conseguindo bolsas de estudo e ajuda de custo como Professor de Direito Constitucional ou na qualidade de Diretor Adjunto da Escola Nacional da Magistratura, tenho tido a oportunidade de visitar diversas Escolas de Magistratura na Europa, na América do Norte e na Ásia, todas elas com suas respectivas peculiaridades.

Em decorrência dessas visitas, cheguei à conclusão de que duas instituições deveriam ser as mais estudadas, a fim de que, no futuro, viessem a ser modelos para as Escolas de Magistratura brasileiras, guardadas as devidas particularidades e necessidades.

Tais instituições seriam e são o **Centro de Estudos Judiciários**, de Portugal, e a **École Nationale de la Magistrature**, da França.

4. **Portugal** - A Escola da Magistratura portuguesa é o **CEJ - Centro de Estudos Judiciários**, órgão do Ministério da Justiça, dotado de ampla autonomia administrativa e financeira.

Criado em 1979, em decorrência de estudos feitos logo após a “Revolução dos Cravos Vermelhos”, de 25 de abril de 1974, o CEJ está instalado

em Lisboa, no Largo do Limoeiro, ao pé do Castelo de São Jorge, em antigo edifício que já fora palácio real e penitenciária.

Seu primeiro Diretor foi o Dr. Álvaro José Brillhante Laborinho Lúcio, Procurador Geral Adjunto da República, que deixou a direção da Casa para ser Ministro da Justiça. O atual Diretor é o Dr. **Armando Acácio Gomes Leandro**, Conselheiro (equivalente ao nosso Ministro) do Supremo Tribunal de Justiça, ex-Desembargador do Tribunal da Relação de Lisboa e ex-Juiz de Menores da capital portuguesa. Ambos são ilustres personalidades, profundamente conhecedores do assunto “**formação de magistrados**”.

O CEJ dedica-se à seleção, à formação inicial, à formação complementar e à formação permanente dos magistrados portugueses, sejam eles magistrados judiciais (Juizes de Direito) ou magistrados do Ministério Público (Promotores de Justiça).

O CEJ cuida, também, da formação especial de magistrados africanos, dos países de língua portuguesa.

Registre-se que a Escola Nacional da Magistratura brasileira, dirigida, com toda proficiência, pelo Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, mantém agora convênio com o CEJ para a freqüência de magistrados brasileiros à fase teórico-prática de seus cursos.

4.1. A Seleção dos Futuros Magistrados - A seleção inicial é feita pelo próprio CEJ, com todo o rigor, em trabalho demorado, sem qualquer tipo de perigosa correria, no qual não se pretende apenas eliminar e, sim, escolher os mais capazes, aptos e vocacionados. A idade mínima para a inscrição aos exames de seleção é de 23 anos, não sendo exigido do candidato qualquer interstício profissional como advogado, representante do Ministério Público ou em qualquer outra profissão jurídica exercida após a colação de grau.

Percebe-se que os responsáveis pela seleção dos futuros magistrados portugueses não estão muito preocupados com qualquer experiência profissional prévia. Isso porque querem escolher os mais brilhantes egressos das Faculdades, logo após a formatura, e porque o curso que os selecionados terão que fazer será de **longa duração**, como veremos adiante. Uma verdadeira preparação profissional.

O concurso é muito rígido e bem pensado, constando de provas escritas e orais sobre disciplinas jurídicas e sobre temas de cultura geral, incluindo uma redação sobre assunto de relevo no momento.

A Comissão Examinadora, presidida pelo Diretor do CEJ, é com-

posta de muitos membros, a fim de que se dê conta da correção de tantos trabalhos escritos.

Os que forem aprovados dentro do número de vagas existentes serão nomeados “Auditores de Justiça”, com o vencimento de 80% do inicial da carreira da magistratura; serão filiados à Previdência Nacional e iniciarão a **Formação Inicial**, que durará dois anos e quatro meses.

4.2. *A Formação Inicial* - Dirigindo minha exposição para a formação de magistrados judiciais, isto é, dos Juizes de Direito portugueses, passarei a descrever, resumidamente, as três fases **dessa Formação Inicial** ministrada pelo CEJ.

4.2.1. Fase Teórico-Prática - Divididos em pequenos grupos de quinze componentes, os Auditores passam a freqüentar, por dez meses, sessões de trabalho, em volta de uma aconchegante mesa, presidida sempre por um magistrado-formador. Ali, diariamente, de segunda a quinta-feira, são feitas detalhadas análises de processos das jurisdições cível, criminal, de família e menores e laboral (trabalhista).

Os magistrados convidados para ministrarem as instruções são requisitados de seus Juízos ou Tribunais, em tempo integral ou em meio-horário, conforme a carga de trabalho que vão ter no CEJ, não sofrendo qualquer prejuízo em suas carreiras. Pelo contrário, além de não perderem sua antiguidade, ganham no merecimento.

Segundo o Dr. **João Dias Borges**, Diretor de Estágios do CEJ, os “formadores” de magistrados devem ter as seguintes qualidades: conhecimento técnico, bom relacionamento, comunicação fácil, disponibilidade profissional e “capacidade de dar-se”.

Além dessas reuniões em pequenos grupos, há também atividades em conjunto. Uma vez por semana, no auditório do estabelecimento, reúnem-se todos os grupos para as aulas magníficas intituladas “O Direito e a Realidade Social”, nas quais os Auditores discutem com magistrados experientes a aplicação da lei ao caso concreto.

Outro detalhe ao qual se dá grande importância na escola portuguesa são as simulações de audiências e de julgamentos, feitos em vídeos e “ao vivo”.

No tocante aos julgamentos criminais, há um sistema curioso, de que participei quando lá estive em estágio de um ano: os Auditores recebem a incumbência de ler um determinado livro, um romance, não um livro jurídico. No meu tempo, foi a obra “Baal”, de **Bertolt Brecht**, em cujo enredo

figura um homicídio e outros crimes envolvendo fatos muito complexos. Em várias sessões com o Diretor do CEJ, Dr. **Laborinho Lúcio**, discutimos o texto **literário** do livro. Até que um dia, foi marcado um grande julgamento simulado no Tribunal da Boa Hora (varas criminais de Lisboa). Nesse julgamento, cada Auditor, colhido de surpresa, recebeu, por sorteio, um papel a desempenhar: os Juizes, o Promotor, o Assistente de Acusação, o Defensor, o Escrivão, o Oficial de Justiça, os réus, as testemunhas e até o Jornalista (papel que, felizmente, coube a mim).

Ainda nessa fase teórico-prática da formação inicial, o CEJ realiza e valoriza seminários e conferências esparsas sobre, entre outros assuntos, Medicina Legal, Psiquiatria Forense, Direito Comunitário (este cada vez mais importante por causa da União Européia), Direitos Humanos, Controle de Constitucionalidade.

Aulas de francês e de inglês também são ministradas aos interessados nesse período inicial.

O CEJ dispõe, ainda, de um Departamento Cultural que cuida da formação geral dos magistrados, incluindo literatura, história, cinema, teatro, pintura e música.

4.2.2. *Estágios de Iniciação* - Passada a fase de formação inicial, ainda dentro do período de dois anos e quatro meses, entra-se para a fase de estágios de iniciação. Durante dez meses, os Auditores, futuros Juizes, vão se limitar a observar o trabalho de magistrados escolhidos com muito rigor pelo Conselho Diretor do CEJ, num critério que o Des. **Cláudio Vianna**, ex-Diretor da EMERJ, chamaria de “despotismo esclarecido”. Esses magistrados assim escolhidos são designados “Orientadores de Estágio”, recebendo remuneração por esse serviço “extra” que terão de realizar acumulando com o movimento forense de seus Juízos ou Tribunais. Tais estágios são feitos em Lisboa e em várias outras Comarcas do país continental ou das ilhas atlânticas (Arquipélagos da Madeira e dos Açores).

4.2.3. *Estágios de Pré-Afetação* - Segue-se período importantíssimo, no qual o futuro Juiz será submetido a um estágio chamado de “pré-afetação” pelo período de oito meses. Nessa fase, os Auditores passam a despachar, relatar e **decidir**, sob a vigilância direta do Juiz Orientador. Esse estágio de pré-afetação também é realizado na capital portuguesa e nas demais comarcas importantes do país.

Estarão aí completados os dois anos e quatro meses, aos quais me referi no início desta exposição.

Durante todo o período da formação inicial, o Auditor é avaliado através de trabalhos, provas e entrevistas e, ao término, ele se submete a exames finais eliminatórios. Aprovado em tudo, é nomeado Juiz de Direito e designado pelo Conselho da Magistratura para um determinado Juízo.**

4.3. Formação Complementar - Dentro dos primeiros cinco anos de seu efetivo exercício na magistratura, o novo Juiz é convocado ao CEJ, por um período de três meses consecutivos ou não. Ele será, então, “reciclado” nas matérias das quatro jurisdições referidas no item 4.2.1. desta exposição e também, com muito destaque, para tomar conhecimento de modificações legislativas eventualmente ocorridas no período. A Direção do CEJ considera também muito válida essa “reconvocação” ao estabelecimento para indagar aos Juizes, ainda iniciantes, sobre sua opinião a respeito da validade do curso de formação inicial e sobre suas sugestões para possíveis mudanças e adaptações que porventura devam ser feitas.

4.4. Formação Permanente - A formação permanente dos magistrados portugueses é feita, como nos Estados brasileiros, através de conferências isoladas, ciclos de conferências, seminários, colóquios e encontros de estudos realizados pelo CEJ em sua sede lisboeta, nas quatro grandes regiões judiciárias de Portugal continental (Lisboa, Porto, Coimbra e Évora) ou nos arquipélagos do Atlântico. Os Juizes portugueses nunca são convocados para essas atividades de formação permanente e, sim, convidados. Tais atividades sendo facultativas, às vezes trazem algum problema para os seus organizadores: a presença eventualmente muito pequena dos Juizes participantes, conforme ouvi de um dos responsáveis por esse tipo de formação no CEJ. Se forem obrigatórios tais eventos, com os magistrados convocados mediante o pagamento de diárias de locomoção, terão a vantagem de se contar com uma “platéia” garantida, recompensando o esforço feito para sua realização e, o que é principal, retribuindo a presença do professor ou expositor convidado.

4.5. Investigação Científica - O CEJ tem dado muita importância e dedicação à investigação científica de todos os aspectos relacionados com a prestação jurisdicional. Dispondo de um Gabinete de Estudos próprio, o

** Nos termos da Lei nº 16/98, de 08.04.98, a fase de atividades teórico-práticas passou para seis meses e meio na sede do CEJ, doze meses nos tribunais e quatro meses e meio novamente na sede do CEJ, num total, agora, de vinte e dois meses destinados à formação inicial.

CEJ faz sérias pesquisas não só no campo do Direito, mas muito, também, na realidade social em que vive o Juiz e atua o Judiciário. As publicações editadas por esse gabinete, como os “Cadernos do CEJ”, são enviados a todos os magistrados portugueses.

4.6. *Intervenção no Sistema* - Segundo me disse o Conselheiro **Armando Leandro**, Diretor da Casa, o CEJ, através de comissões especiais, vem se dedicando, mais recentemente, e com muito empenho, à intervenção no sistema político-legislativo de Portugal, por meio da elaboração de anteprojetos de lei, de esboços de decretos e de sugestões de resoluções, enviadas, respectivamente, ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário nacionais, tudo destinado a melhorar as condições da prestação jurisdicional em terras portuguesas.

4.7. *A Filosofia do CEJ* - Pode-se sintetizar a filosofia do CEJ - Centro de Estudos Judiciários de Portugal com as palavras do próprio Dr. **Laborinho Lúcio**, ex-Diretor da instituição:

“O CEJ está dedicado à procura de meios de seleção e de formação que realizem os objetivos de uma verdadeira formação judicial, familiarizando os candidatos com os Juízos e os Tribunais, mostrando-lhes que a técnica não resolve tudo numa função que não atua em abstrato, mas sempre atua num vasto quadro de intervenção de outros homens.”

5. **França** - A ENM - **École Nationale de la Magistrature**, onde tive a honra de fazer três estágios intensivos, é a instituição encarregada de realizar, na França, a seleção, a formação inicial e a formação contínua dos magistrados judiciais (“*magistrats du siège*”) e dos magistrados do Ministério Público (“*magistrats debouts ou du parquet*”).

Funcionando desde 1958, a ENM tem sua sede principal em Bordeaux - bela e culta cidade francesa, a quarta em importância no país, a três horas e vinte minutos de Paris, no rumo sudoeste pelo TGV - e uma filial importantíssima em Paris, em plena Île de la Cité, coração histórico da Capital francesa.

Também vinculada, como o CEJ de Portugal, ao Ministério da Justiça, a ENM tem, do mesmo modo, inteira autonomia administrativa e financeira.

Através de sua unidade parisiense, a ENM trata, ainda, e com muito destaque, do aperfeiçoamento de magistrados estrangeiros, especialmente os da África francófona.

Assim como já referido na parte relativa ao CEJ de Portugal, a Escola Nacional da Magistratura brasileira firmou convênio com a ENM francesa,

a fim de que magistrados brasileiros possam ali freqüentar cursos especiais destinados a juízes estrangeiros.

A magnífica sede da ENM, em Bordeaux, situa-se em moderno e funcional prédio, que contrasta harmoniosamente com as torres medievais do antigo castelo-prisão que permanecem na parte de trás do pátio interno (mais uma semelhança, esta, física, com o CEJ português, também localizado em antigo palácio-penitenciária).

5.1. *A Seleção dos “Auditeurs de Justice”* - A seleção para ingresso na **École** é super-rígida, sem qualquer pressa, como nos relatou, em 1955, **Guy Canivet**, então Presidente da Comissão Examinadora, envolvendo provas de conhecimentos gerais, exames jurídicos escritos e orais e até provas de aptidão física!

Os requisitos de admissão são curiosos: a idade *máxima* para inscrição a seleção é de 27 anos (com exceção para os candidatos já funcionários públicos nacionais e municipais) não se cogitando de idade mínima. Não é necessário que o candidato seja bacharel em Direito (a imensa maioria o é) podendo ser diplomado em outro curso superior, como medicina, economia, administração de empresa, administração pública e outros. É bom lembrar que o curso de formação inicial, a ser realizado pela **École**, de longa duração, como veremos a seguir, vale mais que muitos cursos de direito convencionais.

5.2. *Formação Inicial* - A formação inicial realizada pela **École Nationale de la Magistrature** tem a duração de dois anos e sete meses, dos quais dois anos e um mês são dedicados a uma etapa que os franceses chamam de “*generaliste*”, composta das seguintes fases:

5.2.1. *Aclimação* - Logo após aprovados nos exames de admissão e nomeados, os “*Auditeurs*” passam uma semana de “aclimação” na sede da **École** em Bordeaux. Nesse curto período, conhecem-se uns aos outros, são apresentados aos “*maîtres de conférences*” (designação dada aos juízes-formadores do curso), tomam conhecimento dos regulamentos rígidos da instituição, do programa de atividades e do seu próprio estatuto de Auditores de Justiça.

5.2.2. *Estágios Exteriores* - Os dois meses e três semanas seguintes são dedicados aos “estágios exteriores”, quando os futuros juízes irão estagiar junto a órgãos da administração pública, a grandes empresas privadas e a importantes veículos de comunicação como jornais, emissoras de rádio e redes de televisão. Tudo isso a fim de que os futuros julgadores, passando pelas três áreas, entrem em contato direto com a realidade da vida no serviço

público e na atividade particular e da influência da mídia.

5.2.3. *Fase Teórico-Prática* - Nos oito meses seguintes, os Auditores voltam à **École** em Bordeaux, onde terão aulas práticas ministradas pelos “*maîtres de conférence*” nas quatro jurisdições da justiça comum francesa: civil, família e menores, penal e laboral.

Os “*maîtres*”, como em Portugal, são juízes requisitados em tempo integral para o serviço da Escola. Os magistrados de Bordeaux e redondezas podem ser requisitados em meio-expediente. E o sistema adotado é o mesmo de Portugal que, aliás, se baseou no sistema francês: as aulas são dadas “em cima” de processos verdadeiros. Nesse período, os Auditores são submetidos a provas parciais avaliadoras de seu aproveitamento.

5.2.4. *Estágios Jurisdicionais de Observação* - Terminados os oito meses da fase teórico-prática, os Auditores, como observadores, vão fazer os chamados “estágios jurisdicionais”, durante quatorze meses, mediante rodízio, em varas judiciais (“*tribunaux de premier degré*”), em gabinetes do Ministério Público e em grandes escritórios de advocacia, devidamente credenciados pela Escola.

5.2.5. *Estágios de Especialização Jurisdicional* - Terminada a fase “generalista” que tomou 25 meses do curso, todos os Auditores retornam a Bordeaux por um mês, durante o qual receberão aulas bem especializadas nas quatro jurisdições (civil, família e menores, penal e trabalhista) e dali partirão para comarcas especialmente selecionadas por seu movimento forense, por sua organização e por seu Juiz titular, que passará a ser um “*correspondant*” da **École**, na orientação dos seus futuros colegas. Em 1995, tivemos a oportunidade de visitar com Mme. **Isabelle Jégouzo**, Diretora Internacional da **École**, a Comarca de Pontoise, a 40 km de Paris, e vimos ali o funcionamento do referido estágio na jurisdição civil, com Auditores das turmas de 1993 e 1994. Nesse tipo de estágio, o futuro Juiz fica por cinco meses, variando de jurisdição e já agora decidindo sob a orientação do “*correspondant*”. É a fase pela qual mais anseiam os “Auditores”, pois ali já se sentem julgadores.

5.2.6. *Exames Finais* - Terminados todos esses meses de trabalhos intensos em Bordeaux e de viagens freqüentes por todo o território francês, os Auditores de Justiça são submetidos a exames finais eliminatórios e, então, nomeados “*Magistrats du Siège*” para os Juízos de primeiro grau. E aí há uma curiosidade: a legislação francesa exige do novo Juiz um compromisso de prestação de serviço de pelo menos dez anos como contraprestação

ao investimento que nele foi feito pelo governo francês através da **École**. Segundo fomos informados, até hoje não houve um caso sequer de quem quisesse sair antes dos dez anos. Já houve, sim, quem fosse afastado antes dos dez anos ...

5.3. *A Formação Permanente* - Em excelente artigo intitulado “Problemas e Soluções na Prestação da Justiça”, integrante de seu livro “Temas de Direito Público” (Del Rey, 1994), o ilustre Ministro **Carlos Mário da Silva Velloso** chama a atenção para o fato de que a **École Nationale de la Magistrature** francesa continua a cuidar diretamente dos Juízes franceses pelo espaço mínimo de oito anos após a sua nomeação, ministrando cursos de informática, problemas econômicos, relações de trabalho, medicina legal, direito penitenciário, direitos do homem, estatuto dos estrangeiros, biologia, biotecnologia, direito comunitário, etc.

5.4. *A Filosofia da ENM* - Como já o fizemos com o Centro de Estudos Judiciários de Portugal, vamos trazer aqui, a título de síntese, a filosofia da Escola Francesa, na palavra abalizada de seu ex-Diretor **Christian Deveneaux**: “Desde suas origens, a Formação de Magistrados se debate entre dois imperativos contraditórios: a formação de alto nível nas técnicas jurídicas e o conhecimento aprofundado da sociedade que cerca o Juiz e dos problemas que o afligem”.

6. **Conclusão** - Das visitas demoradas que fizemos às duas instituições - o **CEJ - Centro de Estudos Judiciários**, de Portugal, e a **ENM - École Nationale de la Magistrature**, da França - e de tudo que temos lido sobre as duas, verifica-se que ambas são instituições de grande eficiência e de alta respeitabilidade em seus respectivos países, consideradas mesmo como já imprescindíveis. Basta ver que nos dois Estados, a política de seus Governos semipresidencialistas têm inclinado ora para a direita, ora para a esquerda e, no entanto, as duas escolas de magistratura continuam firmes na sua missão, gozando mais que tudo de autonomia moral.

Ambas servem perfeitamente de modelo para as escolas de magistratura do Brasil, com as devidas adaptações.

Claro que temos pleno conhecimento de que Portugal e França são estados unitários, permitindo, pois, a existência, em cada um deles, de somente uma escola nacional de magistrados que, por si, são todos também nacionais.

Sendo o Brasil um Estado federal, o modelo francês ou o português

serviriam para cada Estado da federação, com suas justiças estaduais, ou para cada região da justiça federal, ficando a Escola Nacional da Magistratura brasileira reservada para a discussão de altos temas jurídicos, para a propositura e discussão de nova legislação, e para coordenar o trabalho das escolas estaduais e regionais e **não** para subordiná-las. As escolas estaduais e regionais cuidariam da seleção, formação inicial e formação permanente e a Escola Nacional somente da formação permanente.

Seguindo tais modelos ou outros, achamos que às escolas brasileiras cabe inculcar no Juiz a seguinte filosofia: “Dar consciência aos futuros magistrados do **poder** da ação judiciária: o poder é enorme, mas, ao mesmo tempo, precisam eles verificar que esta função, que tem tanto poder, se destina a uma finalidade social que limita esse próprio poder”.

Estamos certos de que se trata de meta **difícil** de se atingir, qual seja a mais perfeita forma de seleção e de formação dos magistrados, porém, no dizer do grande **Norberto Bobbio**, “se não nos propusermos uma meta, não estaremos nem ao menos a caminho dela”. ◆

Adoção Internacional

ALYRIO CAVALLIERI

Ex-Juiz de Menores; Secretário da União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro; Vice-Presidente da Associação Internacional de Magistrados da Juventude e da Família.

Em 1970, uma senhora sueca, viúva, que morava no Rio, freqüentava o orfanato Romão Duarte, onde, como voluntária, ajudava com as crianças. Um dia, procurou o juizado e me disse que tinha pena de crianças que jamais eram visitadas por parentes, enquanto na sua terra, a Suécia, casais queriam filhos e não conseguiam. Conversei com o curador Araújo Jorge e a assistente social Julieta Pires. Vamos experimentar? Mas não havia nenhuma lei, nem jurisprudência, nem prática anterior conhecida. Inventamos três condições: 1. vamos pedir a lei de lá, para saber se nossas crianças não seriam pessoas de segunda classe naquele país; 2. vamos pedir um estudo da família, como exigimos dos brasileiros aqui e 3. só vamos mandar criança que não tenha nenhuma possibilidade de obter família brasileira. Fizemos os processos, tudo certo, o estudo das famílias era uma beleza, com exames, testemunhos e até recomendação do cônsul brasileiro de lá. Mandamos 7 crianças.

Vinte anos depois, pessoal da NIA, que trata de adoção no governo sueco, vem ao Rio. Pedi para localizarem os brasileiros que tinham ido para lá. Recusaram-se. Mas botei no bolso de um deles uma lista com nomes e endereços das famílias. Dois meses depois, vem uma carta: haviam encontrado seis. Entrei em desespero. Que bobagem havia feito: e se algum estivesse preso, miserável, sei lá. Passaram-se mais dois meses e vieram os relatórios. Telefonei para a TV-Globo. O resto já sabem: o Fantástico fez aquela reportagem. Maria Lundim é professora de dança clássica. Julie Nordvall trabalha em clínica de idosos. Marcos é enfermeiro. Fátima, que fora com 9 anos, perdeu o pai e herdou algum dinheiro. Lourdes é secretária e joga golfe. David é alpinista e faz o serviço militar. Passam-se 5 anos e chamam-me no consulado. Havia faltado um. Mostram-me a foto, numa revista, de um rapaz que parece astro de cinema: é o Matias. É guia de turismo. Levou um grupo à Turquia, o ônibus pegou fogo, Matias salvou muitos, e hoje é um herói sueco.

Em junho de 1996, Maria e Julie vieram ao Brasil com suas mães.

Visitaram a Romão Duarte várias vezes, queriam conhecer a casa de onde saíram. Choravam o tempo todo. Trouxeram malas de presentes para as meninas de lá. Almoçaram lá em casa. Comeram feijão com farofa e beberam guaraná. São morenas e lindas e só falam inglês e sueco. Eu estava tão emocionado que fingi que almocei. Cantaram uma canção sueca que falava que nosso encontro já estava escrito, há muito tempo. Não é uma história bonita? Aquelas três regrinhas, citadas lá em cima, inventadas no Juizado do Rio, há tantos anos, hoje fazem parte de leis, tratados, convenções e até do Estatuto da Criança e do Adolescente, no meio de muita impropriedade que está nele. São puro bom senso. Mas teriam funcionado sem algo que não está na lei, o amor? ◆

Repercussões da Emenda Constitucional nº 19 sobre os Concursos para Provimento de Cargos e Empregos Públicos

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Juiz de Direito de Entrância Especial e Conferencista de Direito Administrativo na EMERJ. Colaborador da Enciclopédia Saraiva do Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

1. **Introdução** - A Constituição da República de 1988, em seu art. 37, II, fez depender de concurso público o provimento de cargo ou emprego público. Inovou em relação à Carta Política anterior porque não distinguiu a que investidura há de aplicar-se a exigência - se apenas à primeira. Daí o Supremo Tribunal Federal haver assentado que a maioria dos modos secundários de provimento de cargo ou emprego (acesso, progressão, transposição) tornou-se incompatível com o novo regime, perante o qual qualquer provimento depende da competição seletiva pública, excetuada a promoção e desde que para cargos ou empregos organizados em carreira, em que o ingresso mediante concurso é exigível apenas para o primeiro degrau.

A aparente rigidez da norma do art. 37, II, combinada com vedações expressas em outras disposições da Constituição, relacionadas com a adoção de discriminantes nos respectivos editais de concurso, defrontava a Administração Pública com dificuldades para o provimento de cargos ou empregos cujas características demandassem critérios de avaliação à primeira vista inconciliáveis com as regras constitucionais. Sucederam-se às centenas - quiçá aos milhares, se considerados todos os entes federativos - as demandas judiciais, muitas chegando ao Excelso Pretório, acerca de editais de concurso que, nada obstante o texto constitucional, impunham aos candidatos restrições tidas como discriminadoras e, destarte, atentatórias ao princípio da isonomia.

A Emenda Constitucional nº 19, publicada no DOU de 05.06.98,

introduziu, no inciso II do art. 37, ressalva tendente a viabilizar maior flexibilidade no tratamento da matéria. O sentido e o alcance da modificação são o objeto dos comentários que se seguem, sem perder de vista a historicidade do direito, mais uma vez reafirmada na evolução de institutos jurídicos.

Eis a nova redação do art. 37, II, da CF/88: **“a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”**

2. Historicidade e Constitucionalidade do Tema - Porque o dever de eficiência vive implícito na administração pública do Estado contemporâneo, a qualificação dos servidores públicos deve ser alvo de atenção permanente, a começar pelo fato da investidura nos cargos, empregos e funções ocorrer mediante processo seletivo de conhecimentos e aptidões. Todavia, a eficiência do serviço, agora explicitada como princípio pela Emenda 19 (art. 37, *caput*), não é a *ratio* histórica da via concursal para o provimento desses cargos e empregos. O princípio poderá, quando muito, contribuir, doravante, para acentuar a competitividade dos concursos públicos, imprimindo-lhes racionalidade e objetividade crescentes, bem assim repercutir sobre o exercício das funções de confiança e o provimento dos cargos em comissão, que o inciso V reservou, com a redação da Emenda 19, para servidores de carreira.

A origem do concurso público, como rota obrigatória de acesso aos cargos e empregos públicos, é outra, como ensinam Jean Marie AUBY e Robert DUCOS-ADER, professores da Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Bordeaux: “Le principe d’égale admissibilité des citoyens aux emplois publics trouve son fondement dans l’article 6 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789, selon lequel ‘tous les citoyens sont également admissibles à tous les emplois publics sans autre distinction que celle de leurs capacités et de leurs talents’... Ce principe d’égale admissibilité a pour conséquence essentielle d’interdire à l’autorité administrative de se refuser à recruter un candidat en raison de ses opinions religieuses ou politiques” (*Droit Administratif*, págs. 74-75. Ed. Dalloz, 1967).

Era a reação ao absolutismo monárquico, que somente admitia ao

serviço do Estado os que se alinhassem aos interesses dos detentores do poder político ou a eles não se opusessem, o que não diferia, em essência, do que se praticava, em matéria de recrutamento de agentes públicos, desde a antiguidade clássica.

A história consigna pelo menos sete modos de provimento de cargos públicos: hereditariedade, venalidade, arrendamento, sorteio, eleição, nomeação direta, nomeação mediante concurso. Não há sociedade que, se havendo politicamente organizado, não adotasse um desses caminhos para recrutar os que exerceriam as funções públicas. Cada qual com suas conveniências e inconveniências em função dos valores e vicissitudes sócio-econômico-culturais prevalescentes em dado contexto histórico.

No berço helênico de nossa civilização, a via da hereditariedade. “Em quase todos os Estados gregos, a população se dividia em várias tribos; seus exércitos eram compostos de regimentos tribais, e as tribos tinham um papel importante na administração civil ... O fato de se basearem as divisões no parentesco, dependendo, em teoria, a participação numa tribo, da descendência direta na linhagem masculina do herói tribal original, poderia ter suas inconveniências na prática, sendo perceptível que em muitos Estados, embora em datas diferentes, considerou-se necessário modificar a base das tribos, de parentesco para localidade, unindo na mesma tribo os que viviam numa determinada área, quer para melhorar a estrutura do exército, quer para simplificar a administração em época de paz. Mesmo depois desse reagrupamento, a participação na nova tribo poderia ainda continuar sendo hereditária, como em Atenas, onde um homem não mudava de tribo se mudasse de residência - um tributo à permanente importância da noção de parentesco” (LLOYD-JONES, Hugh. *O Mundo Grego*, pág. 32. Ed. Zahar, 1965, trad. Waltensir Dutra).

Eleições decididas pelo poder econômico, nomeações segundo a confiança da autoridade, e o sorteio sucederam, em Roma, o critério da hereditariedade, que, no entanto, continuava subjacente na discriminação decorrente da classe de que provinha o servidor, em organização social fortemente hierarquizada. Na narrativa de MATOS PEIXOTO (desnecessário, para os fins destes comentários, que se distingam os períodos históricos, como consta do original):

“A revolução... promovida pelo patriciado e pelo exército, aboliu a realeza romano-etrusca e substituiu-a por uma república aristocrática ...Os dois cônsules, **eleitos** anualmente pelo povo em lugar do rei vitalício,

encarnavam a magistratura suprema; a soma de seus poderes englobava atribuições militares, administrativas e judiciárias ... Substituíam os cônsules, quando ausentes da cidade, um preposto, o *praefectus urbi*, **escolhido pelo cônsul** que deixava por último o território urbano; e, no caso de vacância do consulado, um membro do senado por este **eleito**, o *interrex*, que exercia o poder até cinco dias, findos os quais lhe sucedia outro senador, por ele **designado** por igual prazo; e assim sucessivamente ...

“... tendo aumentado consideravelmente a receita pública, foram criados dois questores para administrar o erário, receber as dívidas ativas do Estado, pagar-lhe as dívidas passivas e resolver as questões correlatas. **Nomeados** a princípio pelos cônsules, passaram os questores do erário, pouco após a lei das XII Tábuas (451-450), a ser **eleitos** pelo povo... Seguiu-se pouco depois a censura, instituída a princípio... como magistratura quinquenal e, depois, como magistratura intermitente, **eleita** de cinco em cinco anos, para servir apenas dezoito meses ...

“Sila criou mais dois pretores...; enquanto, segundo o sistema anterior, dos seis pretores **eleitos** dois eram **sorteados** para a capital e os demais para as províncias, pela reforma de Sila os oito pretores passavam o primeiro ano em Roma ...

“Cônsules, tribunos consulares, censores, pretores, edis e questores são magistrados patrícios ... A plebe, além de excluída dos cargos públicos, achava-se, na maior parte, economicamente escravizada aos capitalistas patrícios, em consequência de dívidas contraídas em condições vexatórias, quer para atender ao serviço militar **gratuito e oneroso** (pois o conscrito devia adquirir à sua custa o armamento e equipamento), quer para promover os trabalhos agrícolas que as guerras freqüentes desorganizavam ...

“... os progressos da plebe se acentuaram rapidamente; dentro de cinquenta anos, magistrados plebeus ocuparam a censura, a pretura e a edilidade... Enfim, pelo meado do século seguinte (254), o plebeu Tibério Coruncânio foi **eleito** sumo pontífice... Somente algumas dignidades de pouca importância continuaram inacessíveis aos plebeus... A antiga oposição entre patrícios e plebeus foi substituída por nova demarcação social - a *nobilitas*, nobreza patrício-plebéia, constituída pelos que contavam entre seus antepassados um magistrado curul, isto é, que tinha direito a usar a *sella curulis* (ditador, cônsul, tribuno consular, *interrex*, pretor, censor, edil)...

“Comícios eram as reuniões do povo em ordem para votar. Havia

três espécies de comícios: os comícios por cúrias, baseados no princípio da **genealogia**; os comícios por centúrias, baseados no princípio da **riqueza**, e os comícios por tribos, baseados no princípio do **domicílio** ... A reforma de Sêrvio Túlio, tomando por base a riqueza territorial, dividiu a população ... em dois grupos: a *classis*, compreendendo os que pagavam imposto e prestavam serviço militar, e os *infra classem*, que eram isentos desses encargos. Essa reforma não alterou a organização política fundada na **aristocracia de sangue**: somente o patrício podia fazer parte das trinta cúrias, votar e ser senador...

“... Por esse mecanismo, as deliberações dependiam das centúrias mais ricas, que podiam, sempre que o quisessem, excluir as classes inferiores. Os comícios por centúrias baseavam-se, pois, na **aristocracia do dinheiro**, do mesmo modo que os comícios por cúrias se baseavam na aristocracia do sangue” (*Curso de Direito Romano*, tomo I, págs. 27-52. Ed. Renovar, 4º edição, 1997).

O arrendamento, também conhecido pelos romanos, sobretudo nas funções de arrecadação de impostos nas províncias anexadas ao Império, consiste em ceder o cargo público ao particular, por prazo determinado, mediante participação percentual nos valores arrecadados. Alcançou prestígio no período medieval, mas foi abandonado na medida em que declinou, até o desaparecimento, o sistema feudal, com o qual guardava evidente afinidade. Nada obstante, não estaria longe do perfil conceitual do proscrito instituto a forma de provimento que, até dez anos atrás, era a adotada, no Brasil, para suprir a titularidade dos tabelionatos registraes, em que, por ato de nomeação direta e discricionária do poder público, alguém passava a tabelião, exercendo função pública delegada, remunerada pela própria arrecadação das custas dos atos notariais, devendo recolher ao Estado uma parte do arrecadado. A diferença - em desfavor deste “arrendamento” - estava em que o da antiguidade e medievo era por prazo determinado, enquanto que o brasileiro era vitalício. Foi a Constituição de 1988 que, no art. 236, § 3º, exigiu o concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro.

A venda de cargos públicos, introduzida em França nos fins do século XV, “cingia-se ... aos cargos do Tesouro ..., mas passou pouco a pouco às funções da judicatura e acabou por se estender aos cargos militares e até a empregos na casa real ... Sob o reinado de Henrique IV, para acudir às aperturas do erário, propôs-se que os cargos públicos, até então vitalícios,

passassem a patrimoniais, hereditários e alienáveis, mediante o pagamento anual de um direito, a que se deu a denominação de *droit Paulet*, ou *la Paulette*, do nome de Charles Paulet, secretário do rei, que concebeu a alteração ...A Revolução aboliu formalmente a venalidade dos empregos públicos ...” (GUIMARÃES MENEGALE, J., *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. I, págs. 145-146. Editora Borsoi, 1950).

O sorteio - forma hierática de provimento, porque se considerava de inspiração divina (na antiguidade pré-clássica, os egípcios o praticavam) - sobrevive na administração pública moderna pelo caráter democrático de que se reveste, já que submete à álea a escolha para o cargo, que pode, assim, recair em qualquer um, afastadas discriminações de qualquer natureza. Por isto mesmo, no mundo greco-latino, o sorteio “podia ser de duas espécies: puro e simples ou condicionado. Puro e simples era o sorteio que se aplicava, indistintamente, a pessoas que passavam, *a priori*, pelo crivo de um processo seletivo. Condicionado era o sorteio aplicado a pessoas que reuniam determinadas condições apreciáveis dentre as que podiam ser escolhidas para os cargos públicos” (v. CRETILLA JUNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*, pág. 498. Ed. Forense, 3^o edição, 1978). Ainda hoje, o sorteio é utilizado como forma de provimento, mormente para o exercício de funções sem vínculo profissional permanente com o serviço público, como, por exemplo, na escolha dos jurados, nos tribunais do júri.

Chega-se à democratização do acesso ao serviço público progressivamente, após a Revolução Francesa. Ganham terreno e se estabelecem, nos Estados nacionais organizados a partir do século XIX, a eleição e a nomeação mediante concurso. “Ainda que o postulado de ampla democratização da administração pública seja um reforço da idéia democrática conseqüente ao desaparecimento de poderosas monarquias, cumpre não esquecer que as monarquias constitucionais admitiram até certo ponto a democratização de funções administrativas. Opera-se, nesta matéria, uma como transação de princípios e, em última análise, a restrição que, no regime democrático, se opõe à administração democrática, representa a persistência de um princípio autocrático” (MENEGALE, op. cit., pág. 149).

A escolha dos agentes públicos sempre foi questão política relevante, e continuará sendo, porque importa à definição do sistema e do regime de governo, influenciando nas relações entre a Administração e os administrados. Dentre todos os temas administrativos de que se ocupa a Emenda 19, este será o mais genuinamente constitucional. Esteve presente em todas as nossas

Constituições. Implica opção que deve estar resolvida no Documento Político Fundamental. Em Estado de Direito, o concurso público é instrumento democrático porque, estimulando o critério do mérito, garante igualdade de acesso aos cargos e empregos do Estado para quantos se comprovem habilitados mediante procedimento seletivo, aberto a todos os que preenchem os requisitos mínimos fixados nos respectivos atos convocatórios.

Do ponto de vista da natureza das funções, o constitucionalismo brasileiro esposou, em síntese esquemática, a via da eleição, para a nomeação dos agentes políticos, e a do concurso, para a nomeação dos servidores técnicos, formando a burocracia estatal. Exceção à Constituição Imperial de 1824, cujos parâmetros de nomeação para cargos e funções públicos ainda eram o “talento e a virtude”, o que os revestia da mais subjetiva discricionariedade, insuscetível de controle. Revendo-se as disposições que nossas Cartas Políticas dedicaram à matéria, percebe-se gradual evolução nesse sentido.

3. O Concurso da Constituição de 1988 - A Constituição de 1988 fez do concurso público a via exclusiva de investidura em cargo ou emprego público. A ponto do Supremo Tribunal Federal haver decidido que a maioria dos modos derivados de investidura (mudança de cargo mediante procedimentos internos, tais como acesso, transposição, progressão) não foi recepcionada pelo novo regime, estando, pois, proibida. A exegese é peremptória: “não mais restrita a exigência constitucional à primeira investidura em cargo público, tornou-se inviável toda a forma de provimento derivado do servidor público em cargo diverso do que detém, com a única ressalva da promoção, que pressupõe cargo da mesma carreira; inadmissibilidade de enquadramento do servidor em cargo diverso daquele de que é titular, ainda quando fundado em desvio de função iniciado antes da Constituição” (RE nº 209.174-0, rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU de 13.03.98). Na ADIn nº 1.150-2, rel. Min. Moreira Alves, o Pretório Excelso confirmou a “Inconstitucionalidade da expressão ‘operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes’, contida no § 2º do art. 276 da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul, porque essa transposição automática equivale ao aproveitamento de servidores não concursados em cargos para cuja investidura a Constituição exige os concursos aludidos no art. 37, II, de sua parte permanente e no § 1º do art. 19 de seu ADCT” (DJU de 17.04.98).

A exceção à exclusividade do concurso é a promoção, e desde que

aplicada a cargos organizados em carreira, porquanto se a lei definir determinado cargo como de provimento isolado, neste tampouco se admitirá a investidura mediante promoção, ainda que esteja situado no topo de uma carreira linear (como no caso dos cargos de delegado de polícia e de professor titular de universidade, que, na aparência, coroarão as carreiras policial e do magistério superior; no entanto, se as respectivas leis de regência estabelecerem, como de ordinário o têm feito, que são de provimento isolado, impõe-se o concurso público, inviável que agentes policiais, no primeiro caso, e professores adjuntos, no segundo, venham a ser neles investidos por promoção).

O STF vem de reiterar o entendimento no RE nº 201.010, rel. Min. Moreira Alves, cuja ementa esclarece que “O art. 206, V, da atual Constituição não proíbe que, no magistério público superior, a legislação infraconstitucional estabeleça carreira até o cargo de professor adjunto e considere como cargo isolado o de professor titular, fazendo depender o ingresso nele de concurso de provas e de títulos. Assim, não se pode pretender que a legislação ordinária anterior à Constituição de 1988, que, em última análise, dispunha sobre a carreira até o cargo de professor adjunto e tinha como cargo isolado, por imposição do sistema constitucional anterior, o de professor titular, exigindo para o ingresso nele concurso de provas e de títulos, haja sido revogada pela atual Carta Magna” (DJU de 20.03.98).

Assentado que o concurso público de provas, ou de provas e títulos (vedado o concurso apenas de títulos), é a via exclusiva de acesso a cargos e empregos públicos de provimento efetivo, inúmeras questões ficam pendentes relativamente à extensão dos princípios que modelam o procedimento seletivo, notadamente o da igualdade entre os candidatos - o cerne de toda competição. Isto porque entre os matizes, variáveis ao infinito, que singularizam cada concurso, está a diversidade de tarefas e funções a que corresponde o exercício do cargo ou emprego em disputa. À Administração cumpre fixar, no respectivo edital, as condições e exigências que os candidatos deverão atender, levando em conta também as peculiaridades do cargo ou emprego que necessita prover. Como fazê-lo sem incidir em discriminações lesivas do princípio da igualdade, é a indagação que gera incontáveis demandas judiciais.

4. Isonomia x Discrimen - Nossos Tribunais - incluindo a Suprema Corte, posto que o tema, sendo constitucional, chega até o seu exame pela

via do recurso extraordinário - são chamados a verificar da legalidade de editais de concursos públicos que estabelecem discrimens, destacando-se, como os mais frequentes, idade, sexo, nível de escolaridade, características antropométricas, caráter eliminatório de avaliações médicas e psicológicas. Na raiz das restrições previstas em editais de concursos públicos está, invariavelmente, a conciliação, ou inconciliação, do discrimen com a isonomia, que atenderia, ou não, ao interesse público. Mormente porque a Constituição, na redação original do art. 39, § 2º, estendera aos servidores públicos algumas das garantias que estabeleceu, no art. 7º, em favor dos trabalhadores em geral, entre as quais a que proíbe diferenças de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Os conflitos decorrentes do confronto entre o discrimen e a isonomia podem ser tormentosos e cindirem as interpretações pretorianas e doutrinárias. Por isto a Emenda 19 entendeu de alterar a redação do inciso II do art. 37 para evidenciar que, tratando-se de cargo ou emprego público, o regime jurídico do acesso há de ser temperado de modo diverso do regime de admissão a empregos privados, ainda que mantido, na espinha dorsal de ambos, a prevalência do princípio da igualdade, com o qual não se compadecem discriminações, como regra geral.

A nota distintiva do concurso para o provimento de cargo ou emprego público, em comparação com a admissão a emprego privado, está na natureza e na complexidade dos primeiros, comprometidas com a satisfação do interesse público. Se o servidor, nada obstante aprovado em concurso, não for apto ao exercício do cargo em razão de faltar-lhe algum atributo específico, sofrerá o interesse público, já que a Administração terá ao serviço da sociedade quem não estará em condições de bem desempenhá-lo.

Ao afirmar que a natureza e a complexidade do cargo ou emprego são elementos que importam na efetivação dos concursos públicos, a Emenda 19 nada mais faz do que transpor para o texto constitucional a solução que a Corte Suprema consagrou. Aqui, o reformador foi prudente. Aguardou que se sedimentasse a orientação no laboratório sócio-cultural da jurisprudência, para, só então, transplantá-la para o texto da Constituição, na estrita medida do enunciado geral, remetendo para a lei, que é norma impessoal e abstrata, e para os tribunais, que a aplicarão para compor os casos concretos, a definição do que pode ser validamente discriminado nos atos convocatórios de concursos públicos.

Observa-se alguma contrariedade entre a proposta que consta na exposição motivos da Emenda, supra transcrita, e a alteração efetivamente introduzida no inciso II do art. 37. Ao que se deduz da Exposição de Motivos Interministerial nº 49/95, a intenção original era a de criar procedimento seletivo simplificado, como alternativa ao concurso público para o provimento de cargos específicos. A legislação que disporá sobre a natureza e a complexidade dos cargos e empregos públicos, para fins de provimento, poderá referir-se a tal especificidade, porém não parece que a Emenda haja autorizado a instituição de procedimento seletivo alternativo ao concurso de provas, ou de provas e títulos. Ao contrário, parece claro que a natureza e a complexidade do cargo ou emprego a prover constituirão os limites da discricão administrativa na formulação dos critérios e exigências de aprovação, mas não com o fim de dispensar a aferição mediante provas, ou provas e títulos.

A lei a que se refere a Emenda não será a de normas gerais, de edição privativa da União. Será a lei, federal, estadual ou municipal, que dispuser sobre a natureza e a complexidade dos cargos e empregos a serem providos, conforme se situem em cada uma das esferas federativas. A administração de pessoal é matéria tipicamente inserida na autonomia que o art. 18 da CF/88 assegura a cada ente federativo, seguindo-se que dispor sobre os concursos públicos, para o provimento dos cargos e empregos de suas respectivas administrações direta e indireta, incumbirá à União, a cada Estado-membro, ao Distrito Federal e a cada Município. Na ADIn nº 1.326, rel. Min. Carlos Velloso, o STF proclamou que “Servidores públicos estaduais estatutários: ao Estado-membro cabe legislar, observados os princípios constitucionais federais relativos ao serviço público. Impertinência da invocação da competência legislativa da União inscrita no art. 22, I e XVI. Pode o legislador, observado o princípio da razoabilidade, estabelecer requisitos para a investidura em cargo, emprego ou função pública. Inocorrência de ofensa ao princípio da isonomia no fato de o legislador estadual ter exigido, para o provimento dos cargos de auditor interno, escrivão de exatoria, fiscal de mercadorias em trânsito, exator e fiscal de tributos estaduais, que os candidatos fossem diplomados em direito, administração, economia ou ciências contábeis. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (*in* Boletim Informativo do STF, nº 79/97).

Não soa razoável que a Administração venha a ser autorizada, por essas leis, a modificar, acrescentar ou suprimir tarefas e atividades de seus car-

gos e empregos a cada concurso, como que direcionando critérios segundo interesses contingentes ou personalizados. O edital de cada concurso é que deverá atender aos critérios previamente estipulados na lei de regência, em cada esfera administrativa, sob pena de romper-se com os princípios da igualdade e da moralidade em razão de surpreenderem-se os candidatos com requisitos improvisados, variáveis a cada concurso. Não se consagra a imutabilidade, porém é necessário que qualquer modificação de critérios legais seja justificada pelo interesse público.

É de presumir-se, ademais, que haja relação de adequação e pertinência entre os requisitos previstos na legislação e aqueles que serão lançados no edital, tendo como referência a natureza e a complexidade do cargo ou emprego a prover. Caso contrário, estar-se-ia diante de nova ameaça à isonomia entre os candidatos, sujeitos ao arbítrio caprichoso da administração, sem nexos com o interesse público.

5. Casuística - A elaboração dessas leis decerto que levará em conta a casuística encontrável no repertório jurisprudencial, da qual vale a pena conhecer as questões mais freqüentes, todas gravitando em torno da principiologia constitucional e da relação discrimen-isonomia, variando a solução segundo circunstâncias factuais comprovadas em cada caso. Segue-se breve resenha.

Primeira questão - cabe, em face do princípio da presunção de inocência inscrito no art. 5º, LVII, da CF/88, eliminar candidato a cargo de delegado de polícia que, nada obstante aprovado em todas as provas e já titularizar outro cargo público, esteja a responder a ação penal ou inquérito policial ?

Possível e desejável, em tese, a conciliação entre o princípio da presunção de inocência e a restrição editalícia que obsta o deferimento da inscrição definitiva de candidato que responda a ação penal. Sobretudo em concurso que almeja o provimento do cargo de delegado de polícia, é conforme à razoabilidade e à proporcionalidade, atendendo ao interesse público, que o ato convocatório instrumentalize a Administração de molde a evitar o ingresso de pessoas denunciadas por envolvimento em crime.

Pela correção da tese responde o seu fundamento, qual seja o de que, sendo, como são, autônomas as instâncias administrativa e criminal, pode ocorrer que não se configure a conduta atraente da reprovação penal, porém subsista resíduo administrativo que baste para incompatibilizar o servidor, ou o candidato a servidor, com os valores morais e funcionais que devem

pautar o exercício da função pública. Todavia, a jurisprudência e a doutrina têm uniformemente advertido para o fato de que dita autonomia cessa, passando a prevalecer a força preclusiva da coisa julgada, quando o motivo da restrição ou da sanção administrativa foi, exclusivamente, o mesmo da ação penal e esta vem a concluir pela inocência do acusado, seja porque recusada a autoria ou o próprio tipo penal em que capitulada sua conduta.

Outra será a configuração jurídica do problema se não houver resíduo administrativo a considerar porque, na esfera administrativa, resultou de processo regular a inocentação do servidor, acusado do mesmo ilícito gerador da denúncia que inaugurou a ação penal, tendo sido, inclusive, promovido, em ressarcimento de preterição. Nessas específicas circunstâncias, o princípio inscrito no art. 5º, LVII, da Constituição da República deve laborar em favor do servidor-candidato.

À falta de pronunciamento judicial definitivo e de resíduo administrativo, o acusado se presume inocente. É a única perspectiva que se coaduna com os atos das autoridades da mais elevada hierarquia administrativa, que, confiantes na inocência do servidor, o promoveram e nomearam para cargo comissionado, nada obstante ser réu em ação penal.

Todavia, a Administração, ao indeferir a inscrição definitiva e eliminar o servidor do concurso, nada mais fez do que cumprir as regras editalícias, que a vinculam tanto quanto os candidatos, em homenagem ao princípio da igualdade entre os competidores. Se, em tese, o edital pode estabelecer restrição ancorada na existência de antecedentes criminais ou de ação penal em curso, sem, só por isto, transgredir o princípio da presunção de inocência, indagar-se-ia, de modo pertinente, como seria lícito às autoridades do concurso escusarem-se de aplicar, em caso isolado, ditas normas editalícias sem vício de legalidade.

“A norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público (CF, art. 7º, XXX, c/c art. 39, § 2º), não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em consequência, a estipulação de exigência de ordem etária quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido” (RDA 199:153 e 195:65). A Excelsa Corte assim proclama a relatividade da proibição do tratamento discriminatório, reconhecendo que a isonomia convive com o fator discriminador quando este inequivocamente contribua para o superior atendimento a razões de interesse público.

No campo dos concursos para provimento de cargos e empregos

públicos, haverá critérios de aferição (fator discriminante) compatíveis ou incompatíveis com o princípio da igualdade que deve prelacionar entre os candidatos. O *discrimen* será inconciliável com a isonomia quando submeter os candidatos a critério diferenciador irrelevante para o fim de interesse público, que, cuidando-se de concursos, será o adequado desempenho das funções inerentes ao cargo ou emprego que se quer prover. O *discrimen* compor-se-á com a isonomia quando estabelecer critério imprescindível ao exercício adequado dessas funções. Extraia-se, pois, a lição de que discriminação não é sinônimo necessário de violação da isonomia, dado que esta não porta caráter absoluto em face do interesse público, variável segundo as circunstâncias de cada caso.

No campo mesmo da discriminação etária, variadas têm sido as soluções dadas pelo STF, ora considerando que se justifica a restrição, ora não, de acordo com a natureza das tarefas próprias do cargo em disputa concursal. O que se ilustra com decisão proferida no RE nº 164.872, rel. Min. Moreira Alves, assim ementada: “O Plenário desta Corte, ao julgar os recursos em mandado de segurança 21.033 e 21.046, firmou o entendimento de que, salvo nos casos em que a limitação de idade possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, não pode a lei, em face do disposto nos artigos 7º, XXX, e 39, § 2º, da Constituição Federal, impor limite de idade para a inscrição em concurso público. No caso, tratando-se, como salienta o acórdão recorrido, de concurso para cargo burocrático - técnico do Tesouro Nacional -, a limitação de idade não se justifica pela natureza das atribuições desse cargo, razão por que esse limite se apresenta como discriminatório e, portanto, vedado pelos dispositivos constitucionais” (DJU de 13.03.98).

A mesma inteligência preside o decisório do STF quanto a exigências editalícias concernentes a dados antropométricos de candidato. Assim: “Em se tratando de concurso público para agente de polícia, mostra-se razoável a exigência de que o candidato tenha altura mínima de 1,60m. Previsto o requisito não só na lei de regência, como também no edital de concurso, não concorre a primeira condição do mandado de segurança, que é a existência de direito líquido e certo” (RE nº 148.095, rel. Min. Marco Aurélio. DJU de 03.04.98).

Na admirável síntese de RUY BARBOSA, sufragada por todos os compêndios sobre isonomia, esta consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem. Se, de um

lado, é possível estabelecer discrimen que veda a inscrição em concurso público e a nomeação para cargo público de candidato que responde a ação penal, de outro turno é necessário verificar-se em que medida dita ação penal constitui óbice conciliável com o princípio da igualdade e em face do princípio da presunção de inocência. É possível imaginar-se hipótese em que, em tese, não seria razoável a restrição. A possibilidade tem cabimento graças ao caráter relativo das discriminações diante do interesse público, aferível casuisticamente.

Há a ação penal. O crime imputado ao servidor é inabilitante para o exercício das funções inerentes ao cargo de delegado de polícia. Mas há, também, a inocentação em sede administrativa e o investimento da Administração no servidor que lhe parece treinado e apto tanto para a função policial quanto para cometimentos de confiança. Como harmonizar o interesse da Administração que, de um lado, inocenta, premia e confia, com o interesse da Administração que, de outro, vê-se na contingência de aplicar restrição validamente inserta em edital de concurso público? O candidato serviria ao interesse público como titular de outro cargo, mas não serviria como titular do cargo de delegado de polícia?

Em questões de isonomia, é imperioso que o intérprete seja capaz de ver além das fórmulas genéricas, que a doutrina francesa, sob a permanente inspiração do seu peculiar sistema do contencioso administrativo, tem rotulado, censurando, de *passee par tout*, porque repetem enunciado formal genérico onde cabem situações díspares, sem distinguir os motivos próprios de cada situação, tal como se encontra nas exigências referentes à inexistência de ação penal em curso, constante de todos os editais de concursos públicos para o exercício das chamadas funções de Estado.

Para ver além do corriqueiro é preciso saber divisar as circunstâncias do caso concreto, não para exercitar exame meritório, privativo da Administração, mas para cumprir verdadeiro controle de legalidade quanto aos motivos (razões de fato e de direito que justificam e legitimam o agir da autoridade, devendo ser materialmente existentes e juridicamente adequadas para produzir o resultado pretendido - v. Lei nº 4.717/65, art. 2º, p. único, “d”, a contrário senso). Saindo-se da generalidade da fórmula e esquadrihando-se as singularidades do caso concreto, verifica-se que, em verdade, se trata de figuras jurídicas distintas, em sua natureza e conteúdo: o direito à investidura, conseqüente à aprovação e classificação no concurso público; e a medida administrativa de cautela configurada no afastamento temporário

do exercício do cargo. Esta não tem a virtude de elidir o direito de fundo, que também não pode ser atacado pela pendência de processo criminal inconcluso. Deve a Administração dar conseqüência normal à aprovação e classificação do candidato, sem prejuízo do acatamento a eventual decisão judicial condenatória superveniente.

Em face do interesse público e da Administração, o fato do candidato responder a ação penal, sem que a isto se alie qualquer resíduo de ilícito administrativo, e sendo certo que a Corporação a que pertence o tem por inocente da mesma imputação, bem assim a Administração superior, não constitui motivo idôneo para barrar-lhe a aprovação no concurso para o provimento do cargo de delegado de polícia, cujas provas e exames ultrapassou.

Se a investigação social contra-indicou o candidato exclusivamente em razão desse mesmo fato, e não constituindo ele motivo adequado, segue-se a ilegalidade do ato de inabilitação. O vício que se aponta contamina o motivo do ato eliminatório, que, como os demais requisitos que conformam a estrutura morfológica de todo ato administrativo (competência, forma, objeto e finalidade), sujeita-se ao controle judicial. Se, titularizado no cargo de delegado de polícia, o candidato viesse a ser condenado na ação penal, a própria dosagem da pena inerente ao crime bastaria para levar à demissão.

Segunda questão - cabe indeferir pedido de inscrição em concurso para provimento de cargo militar a candidato que conta idade superior ao limite estabelecido no edital ?

Tal pleito busca amparo nos arts. 7º, XXX, e 39, § 2º (que passou a 3º, alterado pela Emenda 19) da Constituição Federal, dos quais exsurgiu o entendimento, consolidado em sede doutrinária e jurisprudencial, de que a vedação, que a primeira dessas disposições estatui com respeito ao fator idade como discriminante para o acesso a emprego, estende-se, por força da segunda, aos concursos para o provimento de cargos públicos, cujos editais, em conseqüência, não a poderiam acolher sem ofensa à ordem constitucional.

Tratando-se, porém, de cargo militar, a Constituição define-se de modo discrepante da orientação que fixara para o acesso aos empregos e cargos em geral, públicos e privados. Seu art. 42, que identifica como servidores militares dos Estados os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares, denota a diversidade em dois de seus parágrafos: o 9º, que incumbe a lei de fixar “os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade”; e o II,

que estende aos servidores militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII e XIX.

O § 9º do art. 42 constitui exceção, no pertinente aos servidores militares, às normas gerais de aposentação e estabilidade de que cuidam os arts. 40 e 41, quanto aos servidores civis. Mas poder-se-ia objetar, com boa razão, que os limites de idade referidos no § 9º são conexos à transferência para a inatividade, e, não, à incorporação aos quadros da carreira militar. Daí que tais limites especiais não se ajustariam à hipótese sob exame.

O § 11 resolve a questão. Contrariamente ao que se verificava no artigo § 2º do art. 39, com relação aos servidores públicos civis, que a estes estendia expressamente a regra do art. 7º, XXX, o § 11 do art. 42, ao estender aos servidores militares algumas das disposições do mesmo art. 7º, exclui o inciso XXX, indicando que, sendo militar o servidor, a lei poderá adotar fatores discriminantes, entre eles o limite de idade, na seleção do pessoal que integrará as Corporações militares, após habilitação em concurso público.

O Supremo Tribunal Federal traçou diretriz geral que recomenda o critério da razoabilidade para aferir-se se a limitação da idade concilia-se, ou não, com o princípio da isonomia, nos concursos para provimento de cargos públicos: “A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental da igualdade (CF, art. 5º, *caput*), que se estende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares - CF, art. 42, § 11), a todo o sistema do pessoal civil ...” (RE nº 157.888-2 - RGS, rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU de 11.05.95).

Como aponta o STF, o provimento dos cargos militares recebeu tratamento diferenciado na Constituição da República, cujo art. 42, § 11, ao relacionar os direitos dos trabalhadores assegurados aos servidores militares, excluiu o do inciso XXX do art. 7º, precisamente o que proíbe a discriminação em função da idade para o ingresso na carreira. Vale dizer que, nos concursos para o provimento de cargos de natureza militar, a Carta Magna confere discricção ao edital para estabelecer a limitação etária que reputar compatível com a índole da função militar.

Mercê da Emenda 19, o novo § 3º do art. 39 também ressalva, acompanhando a inovação do inciso II do art. 37, que a lei poderá estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir, vale dizer, cargo civil, porquanto os cargos militares sujeitam-se a regime que já era, e continua sendo, especial por força das disposições do art. 42.

Disto não se infira que o fato de ser militar o cargo a prover-se justificaria que os respectivos editais de concurso pudessem estabelecer exigências ao nuto da Administração, segundo valoração desvinculada do interesse público. Curiosa restrição, incluída em um desses editais, foi removida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, negado, no Superior Tribunal de Justiça, seguimento a recurso extraordinário que pretendia vê-la reapreciada pelo STF: “A circunstância de ser o candidato responsável pelo pagamento de pensão alimentícia não pode ser erigida em causa de sua eliminação de curso de formação militar, após regular aprovação nos exames de admissão... O preceito que consagra o princípio da isonomia, especificamente quanto à admissão ao trabalho, veda discriminação baseada em sexo, idade, cor ou estado civil. Muita expressiva, a esse propósito, a lição de HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo, 16º edição atualizada), onde deixou consignado que ‘Quanto ao princípio da isonomia, é preciso ver que ... veda as exigências meramente discriminatórias, como as relativas ao lugar de nascimento, condições pessoais de fortuna, família, privilégios de classe ou qualquer outra qualificação social. E assim é porque os requisitos a que se refere o texto constitucional hão de ser apenas os que, objetivamente considerados, se mostrem necessários ao cabal desempenho da função pública’ ... Na linha desse pensamento, não se pode admitir que a circunstância de ser pai, com obrigação alimentar, possa representar obstáculo impeditivo de realizar curso de formação de sargento do Exército Brasileiro” (STJ, MS nº 3.839-7-DF, rel. Min. Américo Luz. DJU de 22.09.95).

Terceira questão - cabe atribuir, em edital de concurso público, caráter eliminatório à etapa de avaliação psicológica do candidato?

A matéria comporta árdua discussão, encontrando-se, nos Tribunais Superiores, decisões que ora se inclinam pela inconstitucionalidade de qualquer lei ou norma editalícia de concurso público que atribua índole eliminatória a exame psicológico, ora a toleram com ressalvas.

Há de ponderar-se que, não sendo a Psicologia ciência exata, expondo-se a interpretações que variam ao infinito, segundo a linha de formação do psicólogo (e as há em número insuspeitado), admitir-se caráter eliminatório à avaliação psicológica equivale a emprestar-lhe índole totalitária, avessa ao controle e comprometedora das franquias democráticas do Estado de Direito, porquanto daria valor absoluto e incontrastável a opinião técnica que passa a atuar como discrimen, com possível violação do princípio da isonomia.

Como visto na primeira questão, retro, a isonomia convive com o fator discriminador quando este inequivocamente contribua para o superior atendimento a razões de interesse público.

Se o cargo que se quer prover implica o exercício de função policial militar, inevitável é a adoção de *discrimen* que instrumentalize o Estado a selecionar candidatos especificamente aptos ao seu desempenho, exigente de equilíbrio e autocontrole da agressividade em combinação proporcional à intrepidez e à energia que desafiam o cotidiano desses agentes da segurança pública. A avaliação psicológica é indispensável e deve, mesmo, ser eliminatória, para que se reduza o mais possível o risco social e pessoal que representam policiais despreparados emocionalmente para os misteres de seu peculiar ofício, ou dotados de perfil de personalidade com estes inconciliáveis.

O Estado, ao selecionar seus policiais, deve acautelar-se para evitar o ingresso, por exemplo, de portadores de psicopatias desqualificadoras para o exercício das correspondentes funções, ou de pessoas que, conquanto não portem anomalias psíquicas, tenham personalidade inadequada para as incumbências do trabalho policial. A presença de exame psicotécnico, ainda que de caráter eliminatório, não constitui, por si só, violação do princípio da igualdade se o candidato, tendo acesso assegurado às razões da eliminação, puder provocar o controle judicial pela via processual adequada, que não pode ser a do mandado de segurança, exigente de prova pré-constituída. É certo que, para terceiros, impõe-se o sigilo dos motivos da inaptidão por razões de ordem ética e que preservam o próprio candidato.

Se, conhecidos os motivos da contraíndicação, verifica-se, em face do inteiro teor dos laudos atinentes à avaliação psicológica individual do candidato, que, a par de existentes, ditos motivos são idôneos para a produção do resultado, resultam afastadas a sua invalidade e a alegada ilicitude do ato administrativo eliminatório (v., analogicamente, art. 2º, p. único, alínea “d”, da Lei nº 4.717/65). Se, na personalidade do candidato são encontradas características (não patologias) que desaconselham o ingresso na carreira policial, justifica-se (quanto ao motivo) e legitima-se (quanto ao interesse público) a eliminação, seja do ponto de vista do Estado e da Sociedade, seja sob o prisma da preservação do candidato, cuja estrutura emocional não se mostra em condições de suportar os desafios da função policial militar.

Se o prognóstico do laudo indica que o candidato, embora intelectualmente bem dotado, tem características de personalidade incompatíveis

com o ofício policial, esclareça-se que o nível de inteligência não assegura melhores condições para bem servir ao interesse público, bastando lembrar que os anais da criminologia registram numerosos casos de delinquentes de altíssima inteligência, infelizmente direcionada para condutas anti-sociais, o que ilustra a verdade científica de que não há nexos necessários entre inteligência e vocação para tal ou qual atividade específica. Por isto mesmo, a Administração deve dispor de discriminação para estabelecer os critérios de admissão a cargos públicos e para aferi-los segundo métodos cientificamente reconhecidos, como o é o da avaliação psicológica da personalidade, inviável que esses critérios, desde que fixados no edital de modo pessoal e isonômico, possam ser revistos em sede de controle judicial, posto que pertinentes ao mérito do ato administrativo.

Compatibilizado com o princípio da isonomia, o exame psicológico eliminatório, para revestir-se de legalidade, deve estar expressamente previsto no edital, que é a lei interna do concurso a que se destinam suas regras. E também há de ser ensejada ao candidato eliminado a ciência pessoal e reservada dos fundamentos de sua contra-indicação psicológica, mediante requerimento, o que garante o respeito devido ao direito fundamental inscrito no art. 5º, inciso XIV, da Constituição da República. Tal a orientação do Supremo Tribunal Federal: “Exame Psicotécnico. Entrevista carente de rigor científico. Eliminação de candidato... Quando a lei do Congresso prevê a realização de exame psicotécnico para ingresso em carreira do serviço público, não pode a administração travestir o significado curial das palavras, qualificando como exame a entrevista em clausura, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia. Não é exame, nem pode integrá-lo, uma aferição carente de qualquer rigor científico, onde a possibilidade teórica do arbítrio, do capricho e do preconceito não conheça limites.” (Agr.Inst. nº 161.275-4-DF, rel. Min. Néri da Silveira. DJU de 05.12.96).

Quarta questão - é conforme à isonomia impor a eliminação de candidato que, submetido a avaliação médica, seja portador de doença, diagnosticada pela banca examinadora e que o edital define como inabilitante, se o candidato apresenta atestados de clínicas privadas com diagnóstico diverso?

Não se vislumbra ilicitude na eliminação de candidato tido por inapto no exame de saúde, se a banca condutora deste verificou que padece de doença que prova pericial, produzida sob o pálio da jurisdição, veio confirmar ser grave, irreversível e de prognóstico imprevisível, exigente de condições de trabalho que se adaptem às restrições decorrentes da doença, sendo

certo que se inclui entre aquelas enumeradas em lei como ensejadoras de aposentadoria por invalidez.

As normas que presidem os concursos para o provimento de cargo público sempre condicionam a nomeação dos candidatos habilitados a aprovação em exame de saúde. A higidez da saúde há de ser plena ao ingressar-se no serviço público. Porque severa, irreversível e imprevisível, impondo restrições, a patologia diagnosticada não se encontra entre as deficiências que constituem exceção autorizativa do aproveitamento de seu portador, arroladas na legislação aplicável.

Inacolhíveis os atestados firmados por clínicas privadas porque admiti-los equivaleria a dispensar ao candidato, à margem da legislação de regência e da gravidade da doença, tratamento privilegiado em relação àquele conferido aos demais candidatos, todos submetidos à banca do concurso, o que vulneraria o princípio da igualdade entre os concorrentes, a par de comprometer o princípio da moralidade administrativa, dado que o candidato ingressaria no serviço público para, a seguir, ser aposentado por invalidez ou readaptado para função conciliável com suas limitações de saúde.

Por outro lado, é uniforme o entendimento pretoriano quanto a ser cabível o controle judicial de legalidade dos concursos públicos, vale dizer, controle sobre a observância dos princípios e normas agasalhados nos respectivos editais, sendo porém defeso ao Judiciário rever provas ou resultados declarados pelas bancas examinadoras, o que, mais uma vez, vem de ser enfatizado em recente aresto do Superior Tribunal de Justiça (“A competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, vedado o exame de questões das provas e de notas atribuídas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora. Segurança denegada.” -MS nº 5.415-DF, Rel. Min. Anselmo Santiago. DJU de 23.03.98).

Quinta questão - observa os princípios da igualdade e da moralidade, e consulta o interesse público, estipulação editalícia determinante da eliminação de candidato que não vence um dos testes de capacitação física previstos porque acidentado, embora já aprovado nas provas de conhecimento?

Se o candidato não alcança o índice mínimo que o ato convocatório do concurso fixou para um dos testes de capacitação física, e o regulamento atribui caráter eliminatório a todos os testes dessa prova, a consequência do insucesso só pode ser a eliminação.

Irrelevante o fato de que o candidato, à época da prova, estivesse em recuperação de acidente de trânsito, que lhe comprometia a capacidade física, se o regulamento também previa a eliminação do candidato que se acidentasse. Induvidoso que o candidato não venceu o teste, desinflante o motivo, a consequência é a eliminação.

Trivial o conhecimento de que o edital é a lei interna dos certames públicos, vinculando a seu exato atendimento tanto os concorrentes quanto a Administração, pela singela razão de que suas regras asseguram igualdade de tratamento aos participantes, que sabem, previamente, os critérios de julgamento que serão aplicados pela banca examinadora, daí ser a esta defeso afastar-se desses critérios, sob pena de violação da isonomia. Se o candidato quer que lhe seja propiciada segunda oportunidade para superar o teste, inviável seria atendê-lo sem quebra da igualdade, em face das normas editalícias. Demonstrado que a Administração cumpriu estritamente o edital, o candidato nenhum direito titulariza a realizar o teste pela segunda vez.

6. Conclusão - A Emenda Constitucional nº 19 não terá sido feliz em determinadas modificações, que introduziu nos princípios e normas que presidem a atividade administrativa estatal sem atentar para a evolução dos institutos, medida no labor doutrinário e jurisprudencial. Mas, no que respeita à conciliação entre a isonomia e a discriminação, em favor do interesse público, que resulta da fórmula “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”, insulada na nova redação do art. 37, II, a Emenda 19 levou em conta a experiência do dia-a-dia das relações humanas e os conflitos que suscitam, tudo indicando que assentou definição portadora da perenidade que justifica sua presença na Constituição, ao menos do ponto de vista jurídico.

Como ensina JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, Professor de Direito antes de eminente Ministro da Suprema Corte, “Nas ciências sociais, ao contrário do que ocorre nas físicas, o estudioso não pode provocar fenômenos para estudar as suas consequências. É óbvio que não se pratica um crime nem se celebra um contrato apenas para se lhes examinarem os efeitos. Portanto, quem se dedica às ciências sociais tem o seu campo de observação restrito aos fenômenos espontâneos, e o estudo destes, na atualidade, se completa com o dos ocorridos no passado. É por isso que, se o químico, para bem exercer sua profissão, não necessita de conhecer a história da química, o mesmo não sucede com o jurista” (*Direito Romano*,

vol. I, pág. 2. Ed. Forense, 10ª edição, 1996).

Ao inserir na Constituição certas modificações - que não vem a pêlo indicar neste trabalho -, a Emenda 19 terá agido como o químico, fazendo da Constituição um laboratório, o que se lamenta. Ao remodelar o inciso II do art. 37, a Emenda agiu com a prudência, por isto acertando, do cientista social, merecendo reconhecimento. ◆

Direito Civil Constitucional

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Na substanciosa monografia “Uma Introdução Histórica ao Direito Privado” (p. 204), Van Caenegem, Professor da Universidade de Gand, anota: “a crítica histórica mostra que, na maior parte das vezes, a evolução do direito não tem sido uma questão de qualidade (*“Qualitäts frage”*), mas, ao invés, o resultado de uma luta pelo poder entre interesses particulares, uma *“Interessenjurisprudenz”*”.

Essa inquietante observação pode ser dirigida ao Projeto de Código Civil, mesmo porque a indagação sobre se o código em vigor deveria ser atualizado, como nos parece, ou substituído por outro, não perdeu interesse.

É verdade, como ponderou Orlando Gomes, em seu penetrante estudo, a respeito das raízes sociológicas do Código Civil, que esse, em virtude das delongas a que foi submetido, surgiu desatualizado, por força das transformações econômico-sociais, às quais o Brasil não poderia ser indiferente, mas, também, é indiscutível a solidez de sua arquitetônica jurídica, embasada na didática do Código Alemão, que não seguiu a do Francês, nem foi seguido pelo Suíço e o Italiano.

O Projeto segue a metodologia do antecedente, adotando uma Parte Geral e uma Especial.

Todavia, modificou a segunda, colocando, em seqüência, o Direito das Obrigações, o Direito das Coisas, o Direito de Família e o Direito das Sucessões, na esteira do Código Alemão, quando o Código em vigor perfilha a seguinte ordem: Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões.

Com efeito, como registra Cicu, o Direito de Família, por suas coordenadas sociológicas e por sua própria substância, evoluiu tanto, que pode ser considerado como um Direito Público, justificando-se, pois, o critério do Código vigente, se bem que consideramos oportuno ser ele seguido pelo Direito das Obrigações, pela dinâmica das relações contratuais no mundo contemporâneo.

O fato de um código não prever parte geral não significa que o direito não a tenha.

Citando, em notável trabalho (“A Condição de Acadêmico”), a obra do Professor Franz Gschnitzer, da Universidade de Innsbruck, “*Algemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*” o saudoso e ilustre Alcino Pinto Falcão deixa claro que ela aborda a parte geral “do direito civil e não do código civil, por não ter o austríaco uma parte geral, nos termos do nosso e do tedesco”.

O Direito Civil Constitucional concentra-se nas regras de Direito Civil contidas na Constituição, apesar de todo direito, como é óbvio, encontrar suas fontes primordiais, sua “*tête de chapitre*”, na “Lex Magna”.

Maria Cristina de Cicco encarece a relevância “de uma renovação dos estudos privatísticos através da influência da Constituição sobre o Direito Civil, que leva a um modo novo de abordar os problemas e de raciocinar sobre a sua solução”.

Vale notar que o Direito Civil, em muitos aspectos, retoma a sua natureza romana (e, portanto, publicística), na qual era “*jus publicum stabilitum*”, mesmo porque, como frisou Hermes Lima (“Noções de Direito Civil”, p. 8), “o direito é sempre instituição social, jamais instituição privada”, não podendo o chamado direito didaticamente, rotulado de “privado”, dispensar a análise da sociedade, como um todo, em seu tecido histórico.

A Constituição tem normas inafastáveis sobre a pessoa, a família e a propriedade e, primordialmente, atua sobre o Direito Civil, cuja competência legislativa entre nós, ao contrário do México, por exemplo, é privativa da União (art. 22, I), nos artigos 1º, 5º, *caput*, e incisos XXII, XXIII, XXVII, XXVIII a XXXI e LXVII, 22, 26, 170, I e III, 182, § 2º, e 226.

Tendo a urgência das codificações surgida, a bem dizer, da experiência revolucionária francesa, apesar de honrosas exceções anteriores, como o Código Civil da Prússia, estimulado por Frederico, o Grande, cujo autor principal foi Von Cocciji, no Código Napoleão (1804), inspirou-se o Código Civil da Itália, de 1865, que coincidiu com a unidade do país e que tinha como núcleo a propriedade.

O Código de 1942, do período fascista, com algumas inovações, centrou-se na empresa e no produtivismo, encarados sob outra perspectiva pela marcante Constituição de 1948.

“Uma coisa é ler o Código naquela ótica produtivista”, assevera Pietro Perlingieri, em seu importante “*Profilli del Diritto Civile*”, que é inestimável introdução ao Direito Civil Constitucional, “outra, é relê-lo à luz de opção

ideológica jurídica constitucional, na qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana” (p. 4), consagrado, aliás, na Constituição Brasileira, enfatizando Canotilho a “preeminência normativa” das Cartas.

Reafirma o eminente professor das Universidades de Salerno e Camerino (p. 55): “Retorna-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado

Neste enfoque, não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário (deve-se assinalar que a rotulada publicização do ordenamento civil não se confunde com a real natureza dele, sem que ele deixe de ser plural e complexo, nas palavras de Junqueira de Azevedo.

A essa visão moderna do Direito Civil, que encontra guarida na Constituição Brasileira talvez não tenha sido totalmente sensível o Projeto do Código Civil (dizia, com razão, Couture que “*la redacción de un código no es una obra academica, sino una obra politica*”), apesar de seu feito globalizante do Direito Privado, o que revela influência do Código Italiano (substancialmente, houve a unificação do direito obrigacional), e de algumas valiosas inovações, como, *verbi gratia*, o enfoque da comissão, da corretagem, do direito de empresa, das sociedades, e terminando com a metafísica distinção entre negócio jurídico e ato jurídico, optando pela primeira denominação, merecendo encômios os artigos 11, que considera intransmissíveis e irrenunciáveis os direitos da personalidade, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, 1277, § 1º, que ressalta a função social da propriedade, com preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico e artístico, no regular o poder familiar (art. 1642 e seguintes), em substituição ao pátrio poder, na redução da maioria para 18 anos, na desconsideração da personalidade jurídica, no contemplar o direito de superfície e no diminuir as formalidades para testar.

Todavia, é exatamente em matéria de família que o Projeto não foi até onde a Constituição lhe permitia, sendo tradicionalista, em sede alimentar (art. 1706), o que é um retrocesso, em face de leis existentes, apesar de ter aberto um título para a união estável (artigos 1735 a 1739) e de aplicar a ela os impedimentos e as causas suspensivas constantes dos artigos 1520 e 1522, aplicáveis ao casamento, parecendo-nos insatisfatório, ainda, o conceito de concubinato, registrado no artigo 1739 (as relações não-eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar), porque pode haver relacionamento

não-casual ou acidental entre pessoas não impedidas de contrair matrimônio, sem que isso, necessariamente, implique em união estável. O Projeto, sem dúvida, perfilhou, na hipótese, uma conceituação acanhada, que briga com o uso social do vocábulo e até com o próprio léxico, entrando em descompasso com a realidade.

A Constituição tem como um de seus princípios fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, dentro de um padrão de dignidade humana, e essa é uma de suas bases orgânicas e sócio-culturais que não pode ser postergada.

O Projeto possui inegáveis qualidades, mas como lembra o professor e magistrado paulista, Euclides de Oliveira, em suas anotações sobre ele, “contém falhas e imperfeições que, possivelmente, venham a merecer consideração nos subseqüentes trâmites legislativos”. ◆

Pequenas Causas

Solução Encontrada para Conflitos de Caráter Patrimonial e mesmo Infracional

DÉCIO XAVIER GAMA
Desembargador Aposentado

Quem se dirige à cidade de GUAÇUÍ (ES) é logo advertido por placas indicativas na via de acesso ao centro da localidade, de que a “Polícia Interativa” se dispõe ali a atender à população e a encaminhar a solução de conflitos, com o apoio da própria comunidade. Trata-se de localidade situada a 220 km de Vitória e a 700 metros de altitude, porque já nas encostas da Serra do Caparaó a sudoeste do Estado do Espírito Santo.

Como seria essa *Polícia Interativa* ou como foi ela concebida? É a curiosidade natural de quem passa pelo lugar e se sente logo em terra simpática, bem cuidada, que se mostra criativa no trato de determinado serviço público. O esclarecimento veio de pronto para o viajante que se dispôs a ver melhor a cidade e a formular suas indagações ao encarregado do primeiro posto de atendimento encontrado no início da rua. Não se tratava de nenhuma Delegacia Policial e nem ali se via aspecto de repartição pública ou de cartório com o ranço de burocracia que tanto desagrada a quem procura uma ou outra.

O Soldado Cunha, de 30 anos aproximadamente, sentado em sua mesa e com a postura de quem está habilitado a desempenhar a função que lhe foi confiada, explica que o programa foi concebido pelo Capitão Júlio Cesar Costa, Comandante da Companhia da Polícia Militar, de comum acordo com as autoridades locais (Prefeito Municipal, Juiz de Direito, Promotor, Delegado), mas, sobretudo, implantado com o apoio da população. Houve reuniões e eleição de líderes de cada bairro. Tais reuniões se repetem a cada mês para o debate de questões de interesse coletivo ou mesmo individuais, bem como para discutir sempre o bom atendimento dos postos denominados Serviço de Atendimento ao Cidadão (S.A.C.).

A cidade foi dividida em cinco regiões, cada uma com o seu Serviço de Atendimento ao Cidadão. As empresas foram mobilizadas para colaborar nas despesas de instalação das salas ou lojas de atendimento, nos aluguéis, quando necessários, na aquisição de móveis e do computador, cabendo à Polícia Militar escalonar o atendente de cada um. Sem prejuízo da ronda de viaturas no policiamento da cidade nas 24 horas, o S.A.C. permanece aberto de 8 às 23 horas, sempre com a presença de um soldado que toma conhecimento do fato ou “queixa” trazida pelo morador e convoca a parte contrária, quando possível, fazendo o seu registro.

Aquele zeloso informante mostrou como registra em tempo mínimo cada caso no computador do S.A.C., com a indicação dos elementos de prova do fato para o seu desdobramento no futuro, caso não encontre um acerto entre as partes convidadas a exporem suas razões. O litígio, em maior número de caráter puramente econômico e, em regra de valor reduzido, se encerra com mais facilidade. Sabe-se que sempre há margem para negociar ou conciliar uma contenda na presença de um terceiro hábil, imbuído do espírito de pacificar as partes. O acordo é sempre melhor do que a decisão tomada sobre o caso e imposta aos conflitantes. Outros casos de caráter criminal são levados à Delegacia para o procedimento adequado. A título de exemplo citou o Soldado Cunha a queixa de um devedor contra o credor que levava o seu botijão de gás, para se pagar. Contou que havia atrasado no pagamento da dívida por dificuldade financeira. Não foi difícil a conciliação, uma vez intimado o credor para explicações. Foi ele advertido de que não poderia fazer justiça por conta própria, tanto mais que seu ato de subtrair objeto alheio implicava em infração penal. Estava ele em situação desfavorável, convindo, pois, devolver o botijão de gás do devedor de imediato, para que não ficassem o queixoso e sua família impedidos de preparar os alimentos daquele dia. Esclarecidas e acordadas as partes presentes, restituiu-se a coisa reclamada e o pagamento da dívida, sob a fiança moral da autoridade policial, se fez um mês depois, conforme ficou acordado.

Trata-se de facilitar o exercício da cidadania, ou da defesa de direitos pelas pessoas mais simples, seja na condição de consumidoras, seja nas vezes em que se vêem impotentes diante da iminente lesão de seus interesses. As pessoas sentem, nesse caso, que a autoridade se acha próxima e que a ela pode informalmente relatar os seus problemas, buscando uma solução que pode lhe ser favorável e afastando o desânimo ou o descrédito no Poder Público. É grande a possibilidade de atuação dos Clubes de Serviço

(LIONS CLUB, ROTARY) na motivação das pessoas, na participação e no apoio ao desenvolvimento da idéia inteligente do Programa concebido na Polícia Militar.

Importante, no caso, é a boa seleção dos encarregados de atender os que buscam ajuda daquele Serviço, mediante uma firme orientação quanto à forma de tratar e de aproximar pessoas desavindas. Como se viu o Soldado Cunha deu a impressão de que pode servir de exemplo. Mas, sobretudo, deve ser destacado o envolvimento da comunidade para o programa inovador e a sua aceitação pela maioria para assegurar o seu pleno funcionamento.

A cidade percebeu logo, como provou o levantamento estatístico, que foram reduzidos sensivelmente os índices de criminalidade com aquela fórmula simples de aproximar as pessoas em conflito e propor-lhes a conciliação, especialmente quando se trata de questões de reduzida expressão econômica ou de infrações de pequeno poder ofensivo, como quer a Lei nº 9099/92, que regula os Juizados Especiais.

A notícia que se tem hoje é que o mentor do programa, o Comandante Júlio Cesar da Companhia de Guaçuí, foi removido para outra localidade, por motivo de sua promoção a Major, mas a sua idéia começa a ser estudada para implantação em cidades diferentes do Espírito Santo, com inteiro apoio do Governador do Estado e do Comandante da Polícia Militar. O Ministro da Justiça, há cerca de dois anos, esteve em Guaçuí para conhecer o sistema ali adotado. Municípios de São Paulo e Rio Grande do Sul seguem tomando iniciativa semelhante. ◆

COLABORARAM NESTE NÚMERO

Alyrio Cavallieri, 203

Carlos Roberto Barbosa Moreira, 20

Décio Xavier Gama, 231

Fernando Whitaker da Cunha, 227

Gustavo Tepedino, 32

Jessé Torres Pereira Junior, 205

João Carlos Pestana de Aguiar Silva, 77

João de Deus Lacerda Menna Barreto, 98

José Augusto Garcia, 115

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, 51

Manoel Carpena Amorim, 11

Pedro de Oliveira Figueiredo, 146

Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, 192

Semy Glanz, 105

Wilson Marques, 91