

ISSN 1415-4951
(versão impressa)



Revista da **EMERJ**

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Vol. 8 - Nº 30 - 2005



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 8 - n. 30 - 2005

Abril/Maio/Junho

Rio de Janeiro

© 2005, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes; Min. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); *Editoração:* Valéria Monteiro de Andrade e Wagner Alves; **Editoração website:** Jaqueline Diniz; *Capa:* André Amora; *Revisão ortográfica:* Suely Lima, Thereza Andrade e Wanderlei Lemos.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Tiragem: 5.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -
ISSN 1415-4951

V. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.

Número Especial 2004. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

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

Rio de Janeiro:

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: (21) 2588-3400 / 2588-3471 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860

www.emerj.rj.gov.br - emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Murilo Andrade de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação e da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira



EMERJ

APRESENTAÇÃO

Quando a **Revista da EMERJ** atinge o seu 30º número, é justo imaginar-se um clima de festa, ainda que festa quase profissional, dos que se dedicaram até agora a lançar cada um de seus números, dentro do programa de ensino e de divulgação das atividades da Escola da Magistratura. Estamos a cada trimestre transferindo também ensino para os 800 estagiários, que confiam nos métodos e na habilitação de nossos mestres. Para eles, se prioriza a distribuição dos exemplares que nos chegam da gráfica, desde o primeiro deles em abril de 1998.

Assim, quando avançamos nos trabalhos deste número 30, podemos notar, de fato, alguma festa no coração de muita gente envolvida na missão de fazer surgir sem atraso, sem falhas, cada um de suas novas edições, cumprindo uma tarefa árdua, mas que sabemos acaba por encher de júbilo os que colaboram com ela e nos enviam seus artigos, bem como os que trabalham nela, preparando-a até encaminhá-la à gráfica.

Apesar de nos empenharmos com afincos, naqueles primeiros dias do nascimento da Revista, sinceramente, não pensávamos vê-la nos meios jurídicos do Rio de Janeiro de hoje e de tantas instituições interessadas também de fora do Rio, já na trigésima de suas edições trimestrais. Tudo em circulação regular, sem atropelos, mantendo o ritmo das edições com a dedicação de funcionários da ESCOLA, do setor de Publicações, com a mesma aparência e o mesmo nível cultural que lhe emprestam os nossos prestimosos colaboradores.

Assistimos e admiramos ao grande esforço e a persistência dos que tiveram esta publicação como meta, ou seja, o 1º Diretor-Geral da EMERJ, o Desembargador CLÁUDIO VIANNA DE LIMA, que concebeu a idéia sem lograr editar a Revista em sua gestão, e o Desembargador MANOEL CARPENA AMORIM, que possibilitou a saída de suas primeiras edições, até os que ainda trabalham com ela desde então, na revisão, editoração, programação de capa, dis-

tribuição etc. Para isto, não lhes faltou também o apoio e o incentivo de Diretores que se seguiram, o Desembargador SERGIO CAVALIERI FILHO, que da EMERJ saiu para galgar a Presidência do Tribunal de Justiça e o Diretor atual, Desembargador PAULO ROBERTO LEITE VENTURA.

Agora é hora de revigorarmos as forças e o interesse de manter os trabalhos desenvolvidos até hoje. Já tínhamos aberto espaço para colaboradores de fora do Rio e só crescemos com isto.

Tem sido de grande valia para nós o interesse de amigos e colegas dos estados que insistem em fazer assinaturas ou adquirir números avulsos. Contudo, não logramos, ainda, criar aquele sistema de distribuição. Tem sido grande o número de artigos que encaminhamos via Correio eletrônico, inclusive de números atrasados, a pedido de estudantes ou leitores do interior. Continuamos a remeter exemplares da Revista para bibliotecas jurídicas, Faculdades de Direito e Tribunais de todos os estados. Além disso, os estagiários da ESCOLA e magistrados em geral do Estado do Rio de Janeiro, também recebem cada número, desde que logramos elevar a nossa circulação para 5.000 exemplares.

Décio Xavier Gama

Coordenador da REVISTA DA EMERJ

SUMÁRIO

A Justiça e os Bancos

17

Ministro Nelson Jobim

Presidente do Supremo Tribunal Federal.

1. Confiança. 2. Desconstitucionalização da reforma financeira. 3. A Justiça e o crescimento econômico. 4. Taxa de Juros. 5. Precatórios. 6. Função Institucional.

A Criança, o Adolescente e a Família

25

Paulo Roberto Leite Ventura

Desembargador do TJ e Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

O Fórum Permanente da Criança e do Adolescente da EMERJ. Temas mais importantes. As causas de desgaste e desvios de comportamento. Os desajustes da família e as classes sociais que nivelam por baixo. As crianças inquietas, que são rotuladas de TDHA, as quais são induzidas ao consumo de RITALINA, droga que não cura e não educa. As crianças vítimas de famílias abandonadas. Há os que bradam por punição desmedida, como a redução da idade para fins de responsabilidade penal, ou pela adoção da pena de morte. A inocuidade da pena solta no Código como forma de reprovação e prevenção do crime. O fenômeno do medo e do descrédito na lei. Os milhares de rostos que querem viver, querem justiça, querem ser gente. Urge uma solução! O papel do Estado em matar-lhes a fome e sarar suas feridas. A educação para todos como tema central dos debates no Fórum. A EMERJ pronta a colaborar com todos os componentes do Fórum, na esperança de ver brotar as sementes hoje lançadas com critérios indicativos para solução de tantos e sérios impasses.

Criminalidade: Qual o Endereço? (Contributo da Sociologia Criminal)

31

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador do TJ/RJ - Presidente do Fórum de Execução Penal da EMERJ

1. A Sociologia criminal e a Antropologia criminal. A gênese da criminalidade. Os fatores biológicos no processo de disfunção evolutiva. As teses de Lombroso a respeito. As degenerações e desvios individuais a provocar a violação da ordem social. A definição para Sociologia Criminal de Crispigni, Gemelli e a ação defensiva da sociedade que não deve ser só retributiva, mas também re-educativa. A crise dessa ciência na Itália e enriquecimento do tema na França e no pensamento americano. A Sociologia que ape-la para outras ciências e disciplinas, coordenadora de várias ciências particulares, cria seu sistemático quadro de conceitos. O enfoque econômico de Thomas More, Montesquieu, Aristóteles e Rousseau. A teoria do fator preponderante já superado e a trilogia dos fatores: o singular, o de série e o de massa. O caso individual e os fatores psíquicos em interligação com fatores sociais. Crime e criminalidade não são sinônimos. A extensão do delito e as transformações sociais. Os motivos e os objetivos do autor. “O crime, e não o transgressor, é que é o ponto de partida e de retorno da política criminal”. O método socialista da teoria do delito. Marx e os dois tipos de impulsos e apetites humanos: os constantes e os relativos. As necessidades de dinheiro. A pobreza como causa do delito. A teoria da desorganização social, a da transformação social e a das associações diferenciais. As teorias do conflito social estão na análise da teoria da subcultura da violência.

Manifestações Orais Extemporâneas são Processualmente Ilícitas

57

Nagib Slaibi Filho

Desembargador do TJ/RJ - Prof. da EMERJ e da UNIVERSO

A alegação de conhecimento fático e jurídico, que deveria ser levado em conta segundo advogados, em “embargos auriculares”, violadores do princípio da publicidade constitucional. O caso concreto com o direito invocado pelo advogado (Lei 8.906 de 4/7/94, art. 7º).

O Novo Regime Legal do Interrogatório **62**

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça do MP/RJ e Professor Universitário.

As alterações da Lei nº 10.792/2003 na disciplina legal do interrogatório com a permissão de as partes participarem do ato. Antes, matéria discutida quanto à sua natureza jurídica, o interrogatório não merecia tanta ênfase. O silêncio do réu não importava em motivo para sua absolvição, como por sua confissão não haveria o Juiz de condená-lo. Antes, pela CF, tinha o colorido de ato de defesa e, agora, com a nova lei, um importante meio de prova. A intervenção legítima do MP no interrogatório. A presença do defensor do réu no interrogatório. Interrogatório do réu em sala própria do estabelecimento prisional. O direito à entrevista do réu com seu defensor antes do ato. A previsão do art. 186 do CPP. A inovação do art. 188 da Lei. O que dispõe o art. 212. A eventual confissão e o princípio da verdade real. O art. 191 e a pureza da prova. A vedada intercomunicação entre réus e testemunhas (art. 191). A revogação do art. 194. O requerimento fundamentado de novo interrogatório (art. 196). A defesa efetiva e a deficiente. A citação pessoal (art. 360).

Violência Urbana e a Responsabilidade Civil do Estado **82**

Asclepiades Rodrigues

Desembargador do TJ/RJ e membro do Conselho de Vitaliciamento.

A violência urbana no século XVIII, em Londres, onde as pessoas evitavam sair às ruas à noite. A violência no Século

XX nos EEUU. A violência no fim do Império e início da República, no Rio, Recife e Salvador e as maltas de 10 a 100 indivíduos com paus, navalhas, que provocavam arruaças, em correrias à frente de préstimos carnavalescos.

A Ideologia da Propriedade Intelectual: A Inconstitucionalidade da Tutela Penal dos Direitos Patrimoniais do Autor

89

Túlio Lima Vianna

Professor de Direito Penal da PUC-MG - Mestre em Direito.

1. A invenção da propriedade intelectual. 2. A questão da escassez. 3. O novo paradigma da tutela jurídica do trabalho intelectual. 4. O velho paradigma da tutela penal da propriedade intelectual. 5. À guisa de conclusão.

Escusabilidade e o Erro-Vício no Código Civil de 2002

109

Luiz Paulo Vieira de Carvalho

Defensor Público de Classe Especial junto ao TJ/RJ. Ex-Procurador-Geral da Defensoria Pública do Estado. Professor da EMERJ.

1. O art. 138 (art. 86 do CC/16) e o novo requisito para anulação do negócio jurídico. 2. A má-fé é elemento integrante da caracterização do erro-vício, com inspiração no art. 422 do CC/2002. 3. O art. 138, 2ª parte do CC brasileiro, cuja redação não é idêntica à do art. 247 do CC português. 4. Os art. 1.428 e 1.431 do CC italiano. 5) O enunciado nº 12 na sistemática da 1ª Jornada do Dir. Civil e o art. 138 do CC/2002. 6. O comentário a respeito de Roberto Rudggiero sobre o art.1.428 do CC italiano, fonte do art. 138 do CC/2002. 7. O art. 150 do CC/2002, quando há dolo de ambas as partes.

Cumulação de Pedidos e Formulação de Pedido no Processo de *Habeas Data* **114**

José Eduardo Nobre da Matta

Juiz da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro – Prof. de Direito Constitucional e Mestre em Direito.

1. Diretriz hermenêutica para o *habeas data*. 2. Conceito e modalidades de *habeas data*. 3. Cumulação de pedidos e formulação de pedido seqüencial.

Os Quinze Anos do Código de Defesa do Consumidor. Uma Vitória que Merece ser Comemorada **122**

Alexandre Guimarães Gavião Pinto

Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. Um Sistema de normas e princípios de proteção do consumidor hipossuficiente. 2. Jurisprudência que se criou em torno da Lei nº 8.078/90. 3. Lei de função social e de ordem pública. 4. Princípios básicos de boa-fé objetiva, transparência e confiança. 5. A adoção do risco do empreendimento. 6. As diferenças entre o fato do produto e o do serviço. 7. O acidente do consumo e o produto defeituoso. 8. O fortuito externo como excludente do dever de indenizar. 9. O consumidor por equiparação e a inversão do ônus da prova.

Princípio da Separação dos Poderes **129**

Emerson Garcia

Promotor de Justiça do Rio de Janeiro

1. Delimitação do plano de estudo. 2. A Constituição como elemento polarizador da separação dos Poderes. 3. Atos Administrativos e atos de Governo. 4. A legitimidade do Poder Judiciário na aferição das omissões administrativas. 5. O Regime Jurídico dos direitos sociais. 5.1. Direitos subjetivos. 5.2. Mandados Constitucionais endereçados ao legislador. 5.3. Princípios Diretores. 6. A Sindicação Judicial dos

direitos sociais à luz do paradigma liberal: o modelo americano. 7. A Sindicação Judicial e a efetividade dos direitos sociais à luz do modelo social.

Processo Judicial e Efetividade da Função: Algumas Reflexões **168**

Adolpho C. Andrade Mello Jr.

Juiz de Direito do TJ/RJ

1. Considerações iniciais. 2. Acesso à Justiça: conceitos e requisitos fundamentais. 3. Processo Judicial, dinâmica e estrutura. 4. Função de cognição – efetividade e julgamento justo. 5. Estabilidade e confiança como contributos da efetividade do processo e conseqüente julgamento justo. 6. Considerações finais.

Agravo de Instrumento: Considerações Históricas Comparativas e Reformadoras **200**

João José Custódio da Silveira

Juiz de Direito do TJ/SP - Professor de Direito Processual Civil da UNIVAP-SP

1. Delimitação do tema. 2. Histórico e Direito Comparado. 2.1. Origens do Instituto; 2.2. Evolução na legislação brasileira. 2.3. Sistemática estrangeira. 3. O agravo na atualidade. 3.1. Brevemente: conceito, incidência e formas. 3.2. Anacronismo do agravo de instrumento. 3.2.1. Processamento e julgamento. 4. Alterações possíveis. 4.1. Vedação ao agravo regimental. 4.2. Redução equacionada dos momentos de interposição. 5. Aspectos conclusivos.

Responsabilidade Civil na Gestão da Qualidade: Uma Estratégia Multidisciplinar de Prevenção do Dano **215**

Luizella Giardino Barbosa Branco

Advogada e Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC.

Carlos Afonso Leite Leocádio

Advogado, Professor da Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes.

Edgard Pedreira de Cerqueira Neto

Consultor em Gestão da Qualidade e Normas ISO 9000.

O surgimento da *International Organization for Standardization* (ISO) e o esforço para padronização dos modelos de gestão da qualidade em diversas áreas. Pelo atual modelo, as normas oferecem o argumento do caso fortuito, ou de força maior. Contudo, no Brasil, face à atual legislação civil, não será tão simples aceitar-se aquela gestão. Surgiu, então, a tecnologia da qualidade com responsabilidade. A qualidade, a análise de risco e a responsabilidade civil estudadas isoladamente. Proposta de conjugação de competências profissionais para disciplinas conexas e complementares com o objetivo de proteção contra danos a terceiros.

O Código Civil de 2002 e o Código de 220 Defesa do Consumidor

Lísia Carla Vieira Rodrigues

Juíza de Direito do TJ/RJ – Professora da EMERJ e do Curso de Pós-Graduação da UNESA.

I - Introdução. 1. Aspectos Gerais da Proteção ao Consumidor. 2. Aspectos Gerais do novo Código Civil. 3. A Constituição Federal, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. II - Conclusão.

Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo no MERCOSUL. 268

Eduardo Antônio Klausner

Juiz de Direito do TJ/RJ, Professor de Direito Empresarial da EMERJ e da Escola de Administração Judiciária do TJ/RJ, Professor de Direito Empresarial e de Direito Internacional Privado da Universidade Estácio de Sá, Professor Substituto de Direito Internacional da UERJ.

1. Introdução. 2. Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo no MERCOSUL. 2.1 Sugestões para uma nova redação para o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição em Matéria de Relações de Consumo.

COLABORARAM NESTE NÚMERO

- Adolpho C. Andrade Mello Jr., 168
Alexandre Guimarães Gavião Pinto, 122
Álvaro Mayrink da Costa, 31
Asclepiades Rodrigues, 82
Carlos Afonso Leite Leocádio, 215
Edgard Pedreira de Cerqueira Neto, 215
Eduardo Antônio Klausner, 268
Emerson Garcia, 129
João José Custódio da Silveira, 200
José Eduardo Nobre Matta, 114
Luiz Paulo Vieira de Carvalho, 109
Luizella Giardino Barbosa Branco, 215
Lísia Carla Vieira Rodrigues, 220
Nagib Slaibi Filho, 57
Nelson Jobim, 17
Paulo Roberto Leite Ventura, 25
Sergio Demoro Hamilton, 62
Túlio Lima Vianna, 89



A JUSTIÇA E OS BANCOS*

Nélson Jobim

Ministro Presidente do STF

Há que se perguntar: o sistema judiciário e as instituições financeiras têm algum ponto em comum? Creio que sim. A confiança.

Não há outra atividade na economia que dependa tanto da confiança quanto a bancária. Embora a era seja da globalização e da tecnologia de informação, a confiança continua no centro das instituições e do sistema financeiro, tudo como na antiga era do padrão-ouro:

1) depositantes e poupadores precisam acreditar que seus recursos estão no caixa dos bancos;

2) os investidores, que seus recursos estão aplicados em fundos.

A posição é a mesma dos acionistas: donos de empresas sem verem a cor do papel de suas ações.

O banco moderno, como o banco medieval, continua dependendo da confiança, e o maior fiador da confiança dos bancos são as instituições.

Poderíamos falar em teorias do direito. Outros poderiam falar em modelos de economia, mas, ao fim e ao cabo, é a confiança que vincula as instituições, em especial, o sistema judicial e o sistema financeiro.

Por certo, o sistema judicial tem inúmeros problemas e merece crítica. Tanto é assim, que se processa sua reforma.

Em termos institucionais, a função do Poder Judiciário é atuar com imparcialidade e eficácia, assegurar a aplicação adequada e equilibrada da lei, proporcionar credibilidade aos instrumentos fi-

*PALESTRA PROFERIDA NO SEMINÁRIO "SISTEMA FINANCEIRO E DESENVOLVIMENTO NACIONAL", REALIZADA EM COMANDATUBA (BA) - 31/03/2005.

nanceiros, induzir confiança aos agentes econômicos: tanto poupadores como investidores.

DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DA REFORMA FINANCEIRA

Há que se examinar a evolução das instituições brasileiras. Veja o tratamento constitucional do sistema financeiro nacional; houve situações extremas, mas o bom-senso imperou, a Assembléia Constituinte acolheu uma utopia, estava no art. 192, depois, reconheceu-se o equívoco.

O Congresso em 2003 eliminou a matéria.

A mudança de texto e de atitude mostrou o discernimento do Legislativo. Por outro lado, foi decisiva a maturidade do Judiciário.

A Constituição de 1988 inovou ao criar um capítulo dedicado apenas ao sistema financeiro nacional.

O Poder Judiciário nunca exigiu a aplicação de normas, no mínimo, estranhas às finanças da era moderna. Esse foi o caso típico da constitucionalização do limite máximo da taxa de juros em 12% a.a.

Tal decisão resultou de um estranho acordo entre os extremos: de um lado, a direita endividada; e, de outro, a esquerda utópica. Foi o consenso de pretensões distintas. O Judiciário assegurou o bom-senso.

O Supremo entendeu que tal medida só poderia ser aplicada no bojo de uma reforma maior do sistema financeiro. A partir daí, foi crescendo a idéia de que não seriam resolvidos "por decreto" os problemas do sistema financeiro do país. Aliás, como de resto, de todas as demais matérias.

Em 2003, a Emenda 40 suprimiu os incisos e parágrafos do artigo 192 da Constituição Federal e remeteu as definições para leis complementares. Foi a primeira emenda constitucional aprovada no governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. A primeira proposta fora, antes, do então Senador José Serra. A referência a esses nomes ilustra o grau de consenso sobre a matéria. Volto a insistir: na origem dessa decisão, está o Judiciário, que tratou com coerência e equilíbrio a pretensão dos constituintes.

Faço um parêntesis.

Há que se fazer um paralelo entre o sistema financeiro e o tributário. Quiçá, nenhuma reforma tenha atraído tantos desejos e tantos projetos como a tributária. Ao lado disso, nenhuma outra reforma é

tão difícil como a tributária. Todos a querem como sujeito abstrato. Na definição dos conteúdos é só dissenso. As regiões sul e sudeste, por exemplo, com pretensões conflitantes com as regiões norte e nordeste: os estados produtores - superavitários na sua balança comercial interestadual - não abrindo mão de tributar, pela cobrança na origem do ICMS, a poupança consumida nos estados consumidores.

Há muito defendo a solução dada ao art. 192: desconstitucionalização. Não há no mundo constituição tão extensa e detalhista, em especial sobre tributação. Todos querem ir para a constituição. O fisco, para cobrar mais. Os contribuintes, para pagar menos. Todos querem ganhar, e o texto constitucional, com a divergência, incha. As questões estruturais do sistema não são combatidas, em especial, os danos da carga tributária para a competitividade dos produtos nacionais.

Mantenho o que já disse. Precisamos de uma "lipoaspiração" no capítulo constitucional do sistema tributário.

JUSTIÇA E CRESCIMENTO ECONÔMICO

Senhoras e Senhores.

Em qualquer economia, a preocupação com o crescimento é sempre predominante. No Brasil, os desafios estruturais do combate à pobreza, e às desigualdades sociais, se somam às frustrações com o baixo crescimento nas últimas décadas.

Vencida a inflação, os debates econômicos se voltam cada vez mais para a carga tributária e o nível elevado das taxas de juros.

O desafio é este: como reduzir tributos e juros?

A ânsia de respostas e de busca de culpados produz teses que o Judiciário não cumpre, de forma adequada, as suas funções. Acusam o Judiciário por taxas de juros elevadas e por menores níveis de crédito. Refuto, desde logo, a idéia de que o Judiciário falha como instituição. Refuto a idéia de que tenha ele peso expressivo para a definição das elevadas taxas de juros. Por certo, que a justiça precisa ser reformada. Para tanto, trabalhamos num processo de modernização desse poder. Advirta-se.

A justiça brasileira não precisa ser reinventada.

Sua estrutura é compatível com uma democracia plena. Ninguém pode ter dúvida de que o Brasil é um Estado de direito. A últi-

ma transição presidencial foi marcante. A alternância de poder se deu entre presidentes de posições radicalmente divergentes. A transição gerencial produziu-se no mais alto grau de civilidade. Na origem desse processo, esteve presente a Justiça Eleitoral, que teve a oportunidade histórica de comandar durante a última eleição nacional. Ela garantiu, e garante, o valor mais importante da democracia - o voto.

A justiça é o fiel retrato desse país de enormes complexidades e disparidades. O mesmo poder, que é uma ilha de eficiência e produtividade na realização das eleições, também apresenta um processo arcaico, quase rudimentar, no tratamento de muitas outras áreas. A morosidade é o traço mais conhecido.

São inegáveis os problemas no processo judicial, mas ninguém pode falar em crise na instituição, a estrutura é sólida. A independência e harmonia com outros poderes não é só figura de retórica, é prática consistente.

Não consigo compreender, muito menos aceitar, teses e idéias que querem imputar ao Judiciário o que é problema de outros poderes ou autoridades. Falo, em especial, da macroeconomia.

Não é lícito apontar o Judiciário como o responsável principal:

- a) pela escassez de crédito;
- b) pelos juros persistentemente altos;
- c) pela carga tributária excessiva;
- d) pelo gasto público crescente.

TAXA DE JUROS

Vejamos a taxa de juros.

Quero pontuar algumas questões:

A primeira, histórica.

Nem é preciso citar números.

A memória dos presentes é bem viva.

O nível dos juros reais, desde a segunda metade dos anos 80, é muitíssimo superior ao das duas décadas anteriores. Entre as décadas de 60 e 70, o ingresso de novos processos no Supremo foi praticamente estável. Apresentou um ligeiro decréscimo.

O total de ingressos, na década de 60, era da ordem de 78 mil processos. Na década de 70, foi de 72 mil.

Já na década de 80, o total de processos cresceu cerca de 127%. Na década seguinte, de 99%, o que representou um ingresso de 326 mil processos. Entre 2000 e 2005 este número já totaliza 567 mil processos. Em 5 anos houve aumento de 74% em relação à década anterior.

Não acredito que alguém possa afirmar que o Judiciário funcionava melhor no regime militar e que, por isso, as taxas de juros brasileiras fossem menores.

Outra comparação pertinente é com a taxa de juros de outros países. Hoje o Brasil é um dos primeiros em taxa de juros elevada¹.

Não consigo enxergar no que o nosso Judiciário seja pior que em outras economias, em especial as emergentes. Em janeiro último, a taxa de juros real, no Brasil, era de 11,8% ao ano. Dez vezes maior que a taxa média de 1,1% observada em 40 economias. Mesmo tomando apenas as economias emergentes, nossa taxa é cinco vezes superior à média de 2,1% ao ano.

Não conheço jurista, político ou especialista que mencione ou demonstre ser o Judiciário brasileiro inferior ao da China. Lá - na China - a taxa de juros real é de 2,2% ao ano.

Em visita à China, ouvi que o Judiciário local responde ao "centralismo democrático leninista".

Na Rússia, por sua vez, a taxa é de 2,0% ao ano - a mesma da Suécia.

Em Cingapura, os juros reais são de 0,8% ao ano. No Chile, de 0,1% ao ano. Na tão falada Venezuela, será que é o relacionamento especial do Presidente Hugo Chavez com a Suprema Corte que faz com que o juro nominal seja igual à inflação (taxa de juro real zero)?

Perdoem-me os números e a ironia. É importante acertarmos o foco. Não é pertinente ou adequado atribuir ao Judiciário a elevada carga de juros e a baixa oferta de crédito na economia brasileira.

Vamos à nossa memória.

Desde a década de 80 até hoje o Brasil passou por inúmeros planos econômicos: tivemos o Plano Cruzado I, em fevereiro/86. Em junho/87, o Cruzado II. Em janeiro/89, o Plano Verão I. Em maio/89, o Verão II. O Plano Collor I, em março/90. Em janeiro/91, o Plano

¹ Fonte: Consultoria GRC.

Collor II. A transição para o real, em agosto de 1993, e o Plano Real, em julho de 1994.

Os planos econômicos suscitaram inúmeras questões até então inexistentes. Sobre elas, não havia precedentes.

Ora se excedia na ousadia dos planos, ora se falhava ou faltava a regulamentação adequada.

O aparato teórico dos economistas, acrescido de sua criatividade contínua, gerou estruturas regulatórias conflitantes.

E tudo, ainda, somado à baixíssima técnica legislativa que perpassava os textos legais produzidos pelo restrito círculo de formuladores. Sobrou para o Judiciário a responsabilidade de arbitrar sobre situações não previstas e absolutamente inesperadas:

- a) a grande variedade de índices de preços;
- b) a mudança de câmbio fixo para flutuante;
- c) a presença da correção monetária, sua exclusão e seu retorno.

Todas estas são decisões econômicas com amplos impactos contratuais. O Judiciário foi convocado para dirimir tais conflitos. O aumento da demanda no Judiciário foi e é eloqüente. Do início da década de 90 até hoje, dos cerca de 894 mil processos que deram entrada no Supremo, em torno de 180 mil foram referentes a planos econômicos, ou seja, 20% do total.

Em 2000 e 2001, tal proporção chegou a atingir mais de 50% do total de processos. As questões eram novas. As teses ainda precisavam ser analisadas, mas a urgência social era iminente. Um bom exemplo da importância de respostas rápidas do Judiciário foi a concedida à legislação que regulamentou o problema do setor elétrico ao final de 2001 - o apagão obteve pronta resposta do Supremo.

Repito:

Rechaçamos a idéia de que o Judiciário seja o principal responsável pelo chamado custo Brasil. Aceitamos e enfrentamos o desafio de melhorar o custo e a eficiência do Judiciário. O fio da meada está nos prazos. O grande intervalo temporal entre a entrada do processo no tribunal e sua decisão final produz situações de inconsistência temporal.

As decisões são tomadas fora do contexto social e econômico que as deram origem. Tal fato poderá levar - como leva - à formulação inadequada de teses.

Fazemos aqui nossa *mea culpa* pela morosidade, mas registramos que o excesso de processos também é explicado por uma estrutura legislativa detalhista e intervencionista. Ainda mais por conta das políticas econômicas "criativas" dos anos 80 e início dos 90.

O objetivo dos planos econômicos, das mudanças de regime de preços e de câmbio, certamente, foi o equilíbrio macroeconômico para o país. No entanto, a inconsistência entre as fórmulas de cada plano, decorrentes de distintas teorias econômicas - algumas vezes heterodoxas, outras ortodoxas - produziu conflitos jurídicos.

O tempo jurídico dos contratos era um, o tempo econômico dos planos era outro. Restou ao Judiciário a tarefa de dirimi-los. Vou a uma metáfora.

O Judiciário teve que fazer "omelete" e - eis o drama - os ovos já estavam quebrados.

A insegurança jurídica estava ínsita nas formulações legislativas.

Os mesmos que a criaram atribuem, hoje, a culpa a quem tem o dever constitucional de solvê-la - o Judiciário. Os contratos é que foram impactados pela criatividade macroeconômica dos planos. O exercício da memória, inclusive, elenca nomes... Registro que nem sempre a pesquisa econômica empírica confirma a hipótese de que o Judiciário influa no nível dos juros. A maioria dos casos aponta evidências de que variações na segurança jurídica influem mais no volume ofertado de crédito, não no preço do capital em si, ou seja, na taxa de juros.

Estudo do Banco Mundial² não observa desproporção entre o Judiciário brasileiro e o de outros países que justifique a pujança da nossa taxa de juros.

Sabemos da importância da segurança jurídica em relação ao volume de crédito ofertado.

Tanto que o Judiciário desenvolve esforços para assegurar a satisfação dos créditos por ele reconhecidos.

PRECATÓRIOS

Refiro-me aos precatórios. Levantamentos iniciais apontam para um estoque acumulado em torno de 40 bilhões entre estados e

² "Making Justice Court: Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil"

municípios. Ao que tudo indica, o montante pode ser muito maior que tal cifra. Precisamos - ou não - oferecer aos credores do poder público uma opção para securitizarem suas dívidas? Eis um debate.

Devemos, ou não, transformar um crédito sem maiores registros em uma dívida transparente?

O objetivo seria:

- 1) o equacionamento dos créditos;
- 2) sua compatibilização com a receita corrente líquida dos estados e municípios;
- 3) a criação de um mercado para os papéis;
- 4) o aumento da segurança do credor.

A proposta de securitização de precatórios é uma boa oportunidade de ampliação do mercado financeiro nacional, ao mesmo tempo, ajudaria a equilibrar e melhor controlar o endividamento do setor público.

FUNÇÃO INSTITUCIONAL

Para encerrar, afirmo que o sistema financeiro brasileiro deve, à nação, a ampliação do nível do crédito no país. Assim cumprirá com sua função institucional: garantir uma expansão sólida de investimentos e crescimento econômico sustentado. Entender de forma diversa é concluir que as instituições financeiras nada devem ao país.

É o país que lhes assegura lucros e rentabilidade.

É aqui - nessa terra - que elas crescem e auferem ganhos.

No Brasil, o crédito na economia é ainda muito baixo. Isto foi repetido nesta reunião. O Judiciário continuará sendo uma instituição sólida e cumprirá com sua função.

Que o sistema financeiro nacional cumpra com a sua. Obrigado. ☞

A CRIANÇA, O ADOLESCENTE E A FAMÍLIA*

Paulo Roberto Leite Ventura

*Desembargador do TJ/RJ e Diretor-Geral da
EMERJ.*

O tema deste primeiro Simpósio do Fórum Permanente da Criança e do Adolescente, titulado "A CRIANÇA, O ADOLESCENTE E A FAMÍLIA", nos leva a uma reflexão profunda sobre o conceito básico de educação e seu alcance, com reflexos lógicos na atuação preventiva e de orientação, que deve ser direcionada como um todo para a família que, também deve ser educada, e, em particular, para a criança e o adolescente.

Neste campo, os importantes e providenciais temas deste Simpósio nos concitam a meditar sobre a regra preventiva que nos projeta para uma eficaz atuação sobre causas de desgaste e desvios de comportamento, com finalidade de evitar, mais adiante, os efeitos que delas decorrerão fatalmente, sempre que não combatidas a tempo e a hora, com eficácia, coragem e recursos necessários.

Pois bem. Todos os dias, pelas variadas formas de imprensa, vivemos uma crescente inquietação social em face de crimes cometidos contra menores, jovens e adolescentes. Vivemos atônitos, outras vezes, sem saber qual a diretriz a ser tomada, caímos perplexos diante de notícias que veiculam práticas de atos análogos a crimes cometidas por menores. Lemos notícias de jovens que matam jovens. Crianças que trabalham a serviço do tráfico de drogas. Jovens que matam seus próprios pais. Jovens que se desagregam, tornando-se párias da sociedade e, quem sabe, muitos deles possuidores de um potencial de energia acumulada plenamente aproveitável em benefício deles próprios e da sociedade em que vivem.

*PALESTRA PROFERIDA PELO AUTOR, POR OCASIÃO DA ABERTURA DO PRIMEIRO SIMPÓSIO SOBRE "A CRIANÇA, O ADOLESCENTE E A FAMÍLIA", REALIZADO NA EMERJ EM 21/03/2005.

Diante deste quadro, as classes sociais se igualam por baixo face ao tamanho desajuste da própria família. Pobres famílias. Às vezes penso, nos meus momentos do mais absoluto descrédito para com as autoridades constituídas, que estou legitimamente autorizado a concluir, de forma definitiva, que são raras as famílias ainda não atingidas pela tragédia da droga ilícita, do álcool e do crime. A tragédia do desajuste total dos valores morais dos seus jovens. Surgem, então, o desespero, a vontade incontida de deixar tudo para o lado, o abandono da vigilância. Aparecem as crianças agressivas, estimuladas por brinquedos que fazem a apologia do crime e da guerra. A agressão se instala de forma definitiva na consciência delas, quando o momento exige ponderação, exemplo e reflexão. Sobrepõe-se a tudo a ação. Ação sem reflexão. A sede de ganhar da máquina. Crianças que, sem perceberem, alheias aos princípios básicos de educação e conduta preventiva por parte dos pais, são dominadas totalmente por ação do instinto. Acesso descontrolado aos variados canais da Internet. Surgem, então, em pouco tempo, crianças inquietas, rotuladas de TDHA, destinatárias da indústria farmacêutica ao consumo de RITALINA. Droga condenável sob o ponto de vista médico e social, porque não cura e não educa, apenas instala na criança uma terrível e incontornável dependência. Droga que despersonaliza e aniquila.

Crianças hiperativas, desobedientes, sem parâmetros e limites. Crianças vítimas de famílias abandonadas. Crianças não tratadas, não acudidas, não orientadas, não educadas.

De todo esse desencontro que nos incomoda, diante de tanta falta de assistência, brota a revolta acirrada pelo clamor público, logo aparecendo os teóricos improvisadores que, se intitulado o sal da terra, descortinam conclusões variadas para a solução da problemática, bradando por punições desmedidas, pela redução da idade da responsabilidade penal, pela pena de morte. Surge, então, a tragédia das opiniões, esquecendo-se eles de que ainda é possível tirar da dor algum aprendizado. Contudo, na dor não se deve e não se pode ensinar, pois diante da dor, da angústia e da revolta não há luz capaz de clarear idéias e não há, por conseguinte, caminho a ser encontrado para uma caminhada serena.

Então, sob o impacto do horror ou do desespero, vozes bramam absolutamente descompassadas de qualquer valor ético ou moral. Todas apontam o caminho do cárcere para estas crianças ou adolescentes, todos crescidos sem família e sem o mínimo amparo do Estado. Crianças, quantas delas, que, ao abandono, passam diuturnamente por ruas das variadas favelas e vêem cadáveres como parte do seu trajeto. Insensíveis aos mínimos parâmetros da harmonia social, integram o roubo no rol do seu entretenimento ou como meio de sobrevivência. Instala-se uma sociedade desigual, desumana, corrompida pelo consumismo imoderado e vil. Cheirar cola ou ingerir bebida alcoólica é ritual adequado e perfeito para provocar a sua alegria. A droga é o caminho mais curto para se ascender ao domínio político da comunidade em que se vive. As armas representam o ornamento do poder e da emoção para a conquista desse mesmo poder. Miséria e pobreza, fome e doença compõem o cotidiano de uma vida vazia. Criança e adolescente sem futuro. A promiscuidade corrompe o seu caráter, porque não nutre qualquer valor pela vida. Vida sem sentido, sem ideal, sem esperança. Para esta criança, o Estado só aparece no momento da repressão e o Juiz só lhe é apresentado para tirar-lhe a liberdade ou condená-la, na sua concepção ignorante, para viver segundo outros padrões, para os quais jamais foi preparada, porque desconhecia a si mesma.

A pena, solta dentro do Código, como forma de reprovação e prevenção ao crime, vem se mostrando de todo inócua, pois se pensarmos só na pena, em pouco tempo veremos as cadeias ainda mais superlotadas e, mesmo assim, continuaremos reclusos em nossas casas, perplexos e medrosos dentro dos nossos carros blindados.

Instalou-se em nós, definitivamente, o fenômeno do medo e do descrédito na lei. O homem se torna um espectro diante do mais absoluto caos social, perplexo com a sua insegurança, sem rumo e sem coragem.

Impõe-se solução. Necessário se torna que, urgentemente, se rompa toda esta multidão contemplativa e aflita para uma ação em favor daquele que quer viver, que quer justiça, que quer ser gente. São milhares de rostos que gritam para nós a mesma mensagem. Todos batem às portas da Justiça em busca de socorro, amparo e solução. Esses rostos não nos pedem contemplação, displicência ou

descaso. Pedem ação. É preciso que o Estado lhes mate a fome, lhes sare as feridas, lhes devolva o brilho da humanidade pela dignidade e pelo serviço. Quantos são os rostos que nos olham e nos interpelam, nos seguem e nos suplicam? Rostos de crianças e adolescentes subnutridos, de jovens desorientados, de mulheres desfiguradas, de excluídos.

E é num momento histórico como o presente que hão de surgir, neste dia, providenciais debates e meditações sobre temas tão relevantes, apontando rumos, traçando conceitos, tudo para minimizar os problemas que afetam a Criança, o Adolescente e a Família.

Creio, prezado Des. Liborni Siqueira, honrado e diligente Presidente deste Fórum Permanente, que o tema central dos debates há de se resumir na educação para todos.

E a educação? Como enfrentá-la? Como conceituá-la? Quem educará? Quando e como educará?

Sabemos nós que o ser humano não é naturalmente bom nem é naturalmente mau. Um ser humano difere de outro, por ser um feixe de emoções em conflito, de poderes em confronto. Porém há alicerces básicos em seu comportamento, comuns a qualquer latitude ou longitude do ser humano. Partindo-se, pois desta premissa, educa quem os fortalece, quem é capaz de dar proteínas, vigor e confiança ao lado humano do amor, muito mais forte do que o do ódio, tanto que permite a vida do homem sobre a face da terra. E só quem educa transforma, por mais que as pessoas se iludam com o resto.

Educa quem for capaz de fundir os ontens, o hoje e os amanhãs, transformando-os num presente onde o amor e o livre arbítrio sejam as bases. Educa quem for capaz de dotar os seres humanos dos elementos de interpretação, para poder compreender a razão dos vários "presentes", que lhes surgirão, repletos de "passados" em seus "futuros".

Um velho sonhador na área da educação já afirmou alhures que educar é perder, sem se perder. É ameaçar o estabelecido. É atacar princípios. É viver as perplexidades das mutações. É conviver honradamente com angústias e incertezas. Educar é ir dormir cravado de dúvidas, mas, no dia seguinte, acordar com sensibilidade bastante para distinguir, no ato de educar, o que muda do que é

apenas efêmero, o que é permanente do que é retardatário. É isso mesmo, dormir assim, cheio de dúvidas, mas acordar no dia seguinte renovado totalmente pelo trabalho interior, e desta forma, poder devolver ao aluno, ao filho, ao amigo, enfim a quem a educação se dirige, a segurança, a fé, a confiança no porvir, formas éticas de comportamento, seus deveres sociais consigo mesmo, com o próximo e com a sociedade, a parte que lhe cabe no esforço comum.

Educamos nós, hoje e aqui, com este Simpósio. Educa a velha professora de quem nos lembramos, num momento como este, em que sua lembrança não tinha razões aparentes para vir à tona, como o velho e querido tio, o pai, a mãe, que voltam do passado com aquele olhar, aquela observação, aquela ponderação sobre o verdadeiro sentido da vida, quem sabe por nós, à época, julgados absurdos ou despropositados. Educa, pois, aquele que só entendemos muitos anos depois e, quando o entendemos, o espírito se libera de antiga pressão, também chamado de remorso enrustido.

Educa quem nos exigiu forças de que julgávamos desprovidos. Esforços de que nos acreditávamos incapazes. Educa quem nos leva a confrontos íntimos e dos quais quase sempre fugimos e tantas desculpas menores encontramos para não nos defrontar. Educa quem integra, sempre e sempre, pedaços de uma realidade eternamente mais ampla do que nós. E só quem educa, em qualquer nível ou atividade, merece viver integralmente as paradoxais intensidades de que é feita a vida. E só quem ama é capaz de educar.

Que surjam os percalços, que brote o cansaço, que venham as contestações, que todos os esforços possam nos levar ao nada. Vamos sofrer juntos. Mas vamos educar.

A EMERJ estará sempre alerta para emprestar sua contribuição, visando ao aprimoramento jurídico dos operadores do Direito.

Certos de que todos aqui estamos transbordando de amor e de coragem, agregados compromissadamente a esta legião de desbravadores, vamos abrir os nossos corações para que a temática deste simpósio possa tocar no mais profundo da nossa sensibilidade humana, na esperança sincera de que possam brotar, da semente hoje lançada em terra fértil, os critérios indicativos para a solução dos sérios impasses. Estamos, aqui na EMERJ, no nosso posto de comba-

te. Se um cai, outro se levanta, pega a bandeira e marcha para frente, pois haverá sempre juízes e educadores enquanto houver Deus, uma bandeira e uma pátria.☰

CRIMINALIDADE: QUAL O ENDEREÇO?

(CONTRIBUTO DA SOCIOLOGIA CRIMINAL)

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador do TJ/RJ. Presidente do
Fórum de Execução Penal da EMERJ.*

A Sociologia Criminal, em suas origens e formulações, se confunde com os conceitos da Antropologia Criminal.¹ Buscou a gênese da criminalidade nos fatores biológicos, nas anomalias do desenvolvimento craniano, nos processos de disjunção evolutiva. No conceito original de reversão hereditária e constitucional do delinqüente, não hesitou em reconhecer a grande influência que o meio ambiental exercia e o próprio Lombroso sustentou a existência de um nexos de causalidade entre as características físicas do homem e suas ações, chegando a considerar o delinqüente como parte de uma tipologia antropológica especial, partindo da observação direta e imediata do indivíduo, acabou por constatar a importância daqueles fenômenos sociais, que demonstram que em cada sociedade existem categorias de indivíduos cuja atividade está em evidente contraste com os padrões sociais estabelecidos. Nas últimas formulações do pensamento lombrosiano, faz-se presente, não apenas a constatação das degenerações e desvios individuais, como fatores provocadores da violação da ordem social, mas também a estrutura econômica e política, que poderia modificar os indivíduos, tornando-os desajustados, indesejosos para uma ordem social.

¹ W. Chambliss, "The State, the law and the Definition of Behavior as Criminal or Delinquent", in D. Glaser, **Handbook of Criminology**, Chicago: Rand Mc'Nally College Publishing Company, 1974.

Admitimos a tese da *polifactoriedade* na causação do delito, pretendendo que causas concorram para a gênese da criminalidade no mundo social. Fatores de natureza econômica, social, religiosa, biológica e moral concorrem, evidentemente, na promoção da atividade delitiva. Já escrevia Von Liszt em seu **Tratado de Direito Penal** que “*A influência das circunstâncias sociais e, sobretudo, econômicas sobre a vida dos indivíduos, começa muito antes do seu nascimento. A miséria econômica e seu cortejo: o esgotamento, a doença, o alcoolismo prejudicam o germe antes de se tornar fruto. Não é a pobreza que acarreta essa circunstância, mas a desigualdade e a circunstância é que resistem à distribuição dos bens econômicos.*”

Para Grispiigni, a Sociologia Criminal é a ciência que estuda o fenômeno social da criminalidade. Assim, de um lado, tem por objeto um fenômeno social, indicando o **genus proximum** no qual se reintegra (ciência social particular), pois haveria em comum a natureza e o método; e de outro, argüindo que o fenômeno social estudado é a criminalidade, indica a diferença específica no confronto com as outras ciências sociais, visto que o objeto de estudo - *criminalidade* - é exclusivo ou específico desta disciplina.

Acrescenta que a Sociologia Criminal é “*a ciência que estuda a sociedade do ponto de vista dos fenômenos que nela se verificam*”, e, dessa forma, seu *objeto* é a *sociedade*, a qual se apresenta como um fato poliédrico, sendo estudada em vários aspectos da ciência social singular, que, por abstração, isolando os diversos aspectos entre a Sociologia geral que estuda a sociedade em sua unidade e complexidade. Portanto, o que caracterizaria a Sociologia Criminal seria ser “*scienza della Società nelle sue manifestazioni criminose*”. Chama atenção para o *conceito de sociedade* e o *conceito de fato social*.²

Posteriormente, em sua **Criminology**, concluiu que não há pessoas delinqüentes, no sentido do nascimento, ou quiçá predestinadas à delinqüência, embora existam seres anormais que mais facilmente poderiam estar predispostos à conduta delitiva “*como se fossem congenitalmente*”. Para ele, a conduta delitiva é, como qual-

² Cf. Grispiigni, **Introduzione alla Sociologia Criminale**, Torino, 1928, 2-5.

quer outra classe de conduta, o resultado da cooperação de fatores internos na determinação do proceder humano com forças do meio ambiente, sendo necessário estudar os fatores internos e externos do meio ambiente.

Para concluir uma primeira compreensão do fenômeno sociológico do delito, tornou-se necessário um amadurecimento do pensamento criminal, como aquele expresso, em posições colaterais, mas distintas, por Ferri e por Colajanni. O primeiro postulou os fundamentos da problemática da criminogênese, pelo estudo positivo do delito, considerado como *fato social negativo* e a oposição aos padrões considerados válidos pelo grupo, capaz de provocar a reação defensiva da sociedade. A posição, a postulação de Ferri, levou a um processo de revisão do conceito de responsabilidade penal dos métodos de repressão e prevenção.

Colajanni vê a Sociologia Criminal tendo como objeto o estudo do delinqüente, do ambiente, da reação e da prevenção social. O aspecto subjetivo é mais acentuado, porque o homem criminoso, e não o delito, como esquema abstrato, é que é estudado. As contribuições de Garofalo, de Morselli e de Angiolella tendem mais a analisar o delinqüente como objeto de estudo da ciência antropológica, reforçada por uma série de elementos de Etnografia e Antropologia, antecipando, de certo modo, o moderno conceito de Antropologia cultural, de Kardiner e Benedickt. Coube a Gerland, Bonger e Köhler sustentar a *autonomia* da Sociologia Criminal, entendida mais como estudo do delito do que como fenomenologia criminal.

Crispigni estabeleceu as linhas mestras da Sociologia Criminal peninsular com sua concepção sobre a criminalidade, bem mais exata do que a de Ferri. E, se muitas de suas formulações estiverem num meio-termo entre a Biopsicologia e a Sociologia, isto se deve ao fato da ausência de uma terminologia exata, por parte de uma Psicologia, que deve ser entendida, em sua essência, como verdadeiramente social. Partindo da premissa de que os fatos sociais são resultantes de componentes positivos e negativos, Crispigni compreendeu a criminalidade como um *fato de patologia social*, no que tange à normalidade da filosofia de uma sociedade, concebendo, dentro deste prisma, o delito como fato de oposição às normas da convivência social estabelecida. Paralelamente, assinalou o valor

sintomático do delito, quando em relação a uma série de fatores causais, sejam de origem endógena ou exógena. Pode ser considerado como a única contribuição dogmática de uma Sociologia Criminal, na Itália, visto que nele também estão presentes os delineamentos de uma metodologia própria que o liberta e o afasta das construções eminentemente psicológicas e criminais.

Gemelli escreve em **La Criminologia e il Diritto Penale** que a Criminologia oferece um potente subsídio ao Direito Penal e aos métodos de execução da pena, sustentando que a ação defensiva da sociedade não deve ser só *retributiva*, mas *reeducativa*, a fim de que o delinqüente venha a se tornar um novo membro ativo e válido. O Direito Penal tradicional mantém uma metodologia excessivamente dogmática, lógico-abstrata, tendo suas portas fechadas aos novos movimentos criminológicos e teológicos, que direta ou indiretamente têm uma incidência dinâmica evolutiva nas coordenadas fundamentais do Direito e da justiça.

Nos dias atuais, a Criminologia e o Direito Penal podem e devem contribuir para o *desenvolvimento* social, sem olvidar nem exagerar o respeito ao desenvolvimento individual. O Direito Penal, para contribuir para o desenvolvimento social, deve *reconstruir* democrática e cientificamente seus mecanismos sobre a delinqüência, a realidade social normal, o delinqüente (sujeito de direito e não objeto ao serviço de uma classe dominante) e os controles sociais. Para que o Direito Penal possa obter a reconstrução radical de suas estruturas, deve intensificar seus relacionamentos científicos com a Criminologia contemporânea (crítica) e a Teologia. A relação interdisciplinar com a teologia deve evitar toda a *"moralização"* do Direito Penal, respeitando a unidade de cada ciência. O desenvolvimento social pode ser considerado, não somente como um *but*, mas igualmente como *source* do Direito Penal. A Criminologia e a Teologia são dois fatores, mas também dois produtos de emancipação do povo e de sua cultura. Os controles sociais devem ser instituídos em cada sistema democrático. O *Direito Penal é um instrumento extremamente dócil nas mãos do poder*. A realização da justiça e do bem comum é no sentido de fornecer a manifestação do grupo dominante, pela violação dos direitos fundamentais da pessoa humana nos seus domínios político, social, cultural e econômico.

O ponto central da *nova* defesa social é o encontro do equilíbrio entre a proteção da sociedade contra o crime e o respeito dos direitos do delinqüente. Este é o traço da fronteira entre os dois pólos em que se medem os participantes e os adversários da defesa social. A *nova* defesa social vê a sanção penal como um meio de ressocialização e de reinserção social do delinqüente. Fundamentalmente oposta à pena de morte, o sistema considera a pena privativa da liberdade como peça matriz da sanção.

Uma tendência começa a tomar vulto em todo o mundo: a proposta da *redução das tipificações penais*, como uma maneira de excluir do campo punitivo todo o elenco de atos anti-sociais, para os quais a pena privativa da liberdade não é fundamentalmente necessária. Tal endereço se coaduna com a idéia de que o Direito Penal é a *ultima ratio* da ordem social necessária, não devendo ser convocado senão nos casos onde se torne *indispensável* diante da inutilidade dos demais mecanismos coercitivos.

Em Veratti, encontramos a finalidade de evidenciar o conteúdo filosófico e moral do Direito Penal, enquanto as geniais pesquisas de Lombardi representam uma relevante contribuição de caráter historiográfico, em que o relacionamento analítico da civilização e das manifestações de criminalidade, especialmente coletivas, se tornam o núcleo de seu trabalho. O enfoque de Niceforo por meio de percepções psicológicas e sociais está indiretamente voltado para o tema, visto que a análise do ambiente cósmico, dos fatores relativos à sociedade, das crises sociais, das condições econômicas, é vista como parte de uma concepção de delito, aceita como ciência unitária e sintética, englobando a totalidade e a totalização das variabilidades dos aspectos psicológicos, antropológicos e sociológicos da criminalidade e do delito.

Enquanto as perspectivas e as concepções sobre a Sociologia Criminal entravam em crise, na Itália, o mesmo não ocorria no pensamento americano e no francês, que enriqueciam o tema, em questão, como contribuições notáveis. Parmelee, influenciado por Lombroso, lançava a hipótese da criminalidade e do delinqüente, inclusive como expressão de outros subtipos, levando a solicitar reformas, endereçada na ampliação da expressão delinqüente, que deveria compreender, e levar em conta todas as situações pré-cri-

minais e anti-sociais. Sutherland, numa perspectiva sociológica, desenvolvia um estudo, estabelecendo relações entre a delinquência e a ausência de assimilação cultural, assim como sobre as causas do desajuste social (o estudo da *associação diferencial*).

Por sua vez, Durkheim e Fauconnet utilizavam a Psicologia Social, no estudo do delinqüente, e demonstravam que os fatores biológicos e sociológicos podiam coexistir ou até prevalecerem, e que, pela motivação dos atos delituosos, pode-se estabelecer fatores morais e sociais, verdadeiro "*contra-instinto*" imposto ao convívio humano, produzindo espontaneamente o *ego social*.

A posição fundamental dos Glueck coloca o fenômeno da criminalidade como produto de multiplicidade de fatores, de natureza biológica e de caráter, social e cultural, que se inter-relacionam e se multiformam. Não é possível dizer-se qual a causa da origem do delito, com uma fórmula válida para todos os casos. Percebe-se a influência do ambiente, sendo um mecanismo estritamente sociológico, mormente quando negam uma predestinação ao delito.

Uma visão-síntese dos resultados desta evolução, no pensamento sociológico geral, nos confirmará tantas lacunas e tantas incompreensões, que criarão falsas conclusões no campo da Criminologia.

A moderna Sociologia, desde o estudo concreto da complexa fenomenologia social, estabelecerá formulações fundamentadas em conceitos cuja natureza das instituições sociais, cujos sistemas, estruturas, situações, equilíbrio "*estático*" e dinâmico, se totaliza, se sumariza numa interpretação, necessariamente, definitiva da vida individual e coletiva. Hodiernamente, podemos falar, portanto, de um verdadeiro e contínuo contato entre os fenômenos sociais estudados e o enfoque dos fenômenos naturais, estabelecendo a real essência do desenvolvimento da vida social.

O problema entre a organização da vida individual e social é visto, nesta perspectiva, como uma coordenada, como um equilíbrio da sistemática social, como ação individual, mediante uma série de processos paralelos que acomodam o ser humano às necessidades coletivas, numa correspondência de "*eu-nós*".

Cooley estabelece a noção dos grupos primários, em que as relações interpessoais são diretamente globalizadas numa ação con-

junta, que é o próprio grupo. O indivíduo e a sociedade acabam sendo aspectos de uma única realidade psíquica. Elwood C. A. dirá, baseado nisto, que o espírito do homem é parte de um todo, bem mais vasto, pois, o contexto, o suporte das consciências, é uma resultante da herança e do meio ambiente social. Mc Dougal usará do comportamento para determinar, como já foi dito, os instintos fundamentais da nossa espécie que, para ele, são a afirmação lógica e natural do próprio espírito, visto e entendido, como consciência.

A evolução do pensamento sociológico no seu acidentado caminho, apesar das diversas tendências, parece convergir para conceitos que se encaminham para concepções decisivas. Referimo-nos à reconhecida interdependência objetiva, existente entre as relações antropológicas e as estruturas sociais, assim como a fixação da dimensão, da dinâmica coletiva na totalidade dos fatos sociais, na composição da antítese homem-sociedade, na projeção dos elementos psicológicos, na visão integral do homem social com o aprofundamento das análises dos fatores de coesão social.

A posição bioorgânica e que se sintetiza em *etno-antropologia* valoriza as leis da evolução natural e valoriza, também, a heterogeneidade das etnias e os vários elementos sociais que as cercam. Tarde e Sergi criticam esta elaboração, achando que a *etno-antropologia* se mostra insuficiente como também o é aquela biológica, quando quer explicar a problemática da luta social, através da competição e da seleção.

Os *organicistas* procuram a especificação dos fatos sociais na demonstração de que o grupo social é uma realidade distinta e nunca uma simples justaposição de indivíduos. No que se refere à *teoria da imitação* de Tarde, constitui-se numa tentativa de inculcar o sentido da *Psicologia individual* à Sociologia.

Insuficiente é a posição sócio-geográfica, que está presente em Spencer e Montesquieu, aliada à cooperação do caráter social com o caráter do ser humano. Para a corrente tecnológica, o evoluir técnico seria o fator estrutural da essência da própria sociedade. Entretanto, a inter-relação economia e socialização, riqueza monetária e distribuição comunitária, paralelas ao tecnologismo, não são inevitáveis sintomas de influência, em virtude de uma dinâmica criada pelo sistema econômico.

A Sociologia de nossos dias, refletindo a variabilidade científica existente e a complexidade social, elaborou sociologias particulares. O estudo das estruturas somente pode ocorrer pelo exame de singulares fenômenos sociais, de uma sociologia, portanto, particular, cujo corpo se insere nos princípios e nas proposições da geral.

A Sociologia, em seu plano geral e particular, embora apele para outras ciências e disciplinas (História, Filosofia, Política, Ecologia), não consegue, com elas, discernir seus objetivos. Isto pode dar a errônea impressão de ela ser uma mera ciência social síntese; porém, as formulações próprias apagam esta idéia, visto que lhe dão uma autonomia que lhe é inerente.

A Sociologia não deixa de ser, concomitantemente, uma disciplina central, coordenadora das várias ciências particulares, ligadas a sistematizações das estruturas, transformações sociais, verificação das leis sociais e terapia social.

Cria, dentro da sua autonomia, pelo relacionamento com outras ciências sociais, seu quadro sistemático de conceitos, que inclui a interação, comunicação, cooperação, integração, personalidade, estabilidade, dinâmica dos grupos, classes sociais, anomalias, comportamentos desajustados, atitudes anti-sociais, periculosidade e **status**.

Esta visão síntese da Sociologia Geral, no momento atual, nos permite abarcar, sob um aspecto novo, o específico problema da criminalidade. O uso dos novos conceitos da Sociologia Geral contemporânea, que recusa ser "*postulado de contínuas idéias*", mas consciente aplicação de conceitos, tornará mais sólida a visão da problemática questionante.

A busca das respostas ao interrogatório etiológico, em que se coloca o delito como fenômeno social, é bem enfocada na investigação criminógena. Os primeiros trabalhos se situam no início da concepção determinista na gênese do delito e mais particularmente com os estudos realizados por Quetelet em 1820, originando-se uma atividade que se denominou de "*física-social*".

Nasce a tendência de que o delito era uma manifestação típica e própria do meio social em que se produzia e também um reflexo das condições ambientais que o determinaram (estavam as de ordem natural como a geografia, clima). Ao lado, iniciou-se a pes-

quisa das relações entre os membros do grupo global, a dos grupos sociais entre si e a incidência que teriam certos fatores econômicos. Não se pode olvidar que já Tomás More, Montesquieu, Aristóteles e Rousseau haviam feito o enfoque econômico. Por coincidência histórica, esta orientação no estudo científico do delito ocorreu contemporaneamente com as primeiras manifestações das lutas de classe com o maquinismo e a revolução industrial. O materialismo histórico e a crítica do capitalismo como sistema de produção causando as injustiças sociais, também atribuíram ao delito uma estreita relação de dependência.

É anacrônico considerarmos o delito como fenômeno de massa em oposição ao fenômeno individual, visto que há uma adequação de fatores sociais, no que concerne à sua intensidade, em interligação com a atitude individual do autor. Uma visão da criminalidade como fenômeno exclusivo de massa cria um óbice à compreensão dos casos individuais e sem inserimento no processo social, na reciprocidade social e, conseqüentemente, na gênese do delito. Não olvidamos os “*casos-limites*” (v.g., homicídios, delitos sexuais por alienação psíquica ou por ação de pessoas anormais, em que os estímulos do meio circundante lhes é indiferente) ou quando as condições sociais reforçam os estímulos, aumentando a fragilidade do poder individual de censura, envolvendo seres normais. Se nesta hipótese buscamos a preponderância do “*ato individual*”, do singular sobre o coletivo, faríamos reviver a teoria do fator preponderante, inteiramente superado pela Sociologia moderna, que recusa a unidade do elemento, colhendo na variabilidade da realidade social o conjunto de componentes e os conseqüentes tipos de comportamento, com reflexos profundos na infra-estrutura social.

Por questões metodológicas, são admitidos três grupos de fatores: o *singular* (o delito relacionado com a personalidade); o *de série* (análise de casos singulares com relação a situações análogas) e o *de massa* (dados estatísticos gerais e particulares), que traduzirão *indicadores na medida da criminalidade*. Todavia, isoladamente, num exame etiológico, sentiríamos que a simples observação da massa, visto que o plural eliminaria o individual, seria inútil, porque não pode ser excluído em sua caracterização, no quadro geral da delinqüência. Os fenômenos observados na sua multiplicidade são ape-

nas compreensíveis quando não são incluídos no “*caso individual*”. Um exame singular do autor e, conseqüentemente, do delito não fornece dados necessários para detectar aspectos típicos, sendo necessário operarmos com a trilogia de fatores apontados sem perdermos, num método, o indicador de reciprocidade.

A Sociologia estuda o fenômeno delitivo através de dois aspectos essenciais: quantitativo (soma de singulares individuais), qualitativo (resultante nas noções intersubjetivas, exame do comportamento da massa, sua ação de contexto sobre a individualidade). Por outro lado, é impossível uma visão dos problemas delitivos sem que o analista tenha como pontos de referência: fatores psíquicos em interligação com a coesão social, que podem estimular ou não as causas ou anticausas da ação delitiva; fatores ambientais em conexão; finalmente, transformações sociais e das condições sociais com o exame do dado estatístico e dinâmico da situação delinqüencial.

CRIME E CRIMINALIDADE NÃO SÃO SINÔNIMOS

O controle social deve ser compreendido na relação de interação e nas concepções institucionais de uma sociedade. Todo comportamento é uma estrutura fundamentada num valor, que é o seu próprio ponto de partida. Sendo o controle social um reflexo integral da estrutura, o Direito, neste aspecto, se torna a pedra angular, a começar pelo fato de que o relacionamento social é regulado na medida em que o homem interfere no processo social. A causalidade e a liberdade de situação tornam a legalidade vulnerável e, se estabelecemos uma tipologia normativa da conduta enveredando por um endereço naturalístico, diluiremos o conteúdo moral. O princípio da livre vontade só faria sentido se prevalecesse o conceito de imputabilidade e antijuridicidade.

A Criminologia “impõe” a substituição do comportamento delitivo pelo ajustado, com graus e intensidade de periculosidade, incluindo as condutas anti-sociais. Suas propostas se fixam no estudo das motivações gerais em relação à imputabilidade e aos processos psicossociais, à insegurança do *status*, à personalidade e ao amadurecimento social do indivíduo. Também volta-se à *ecologia social*, na distribuição da criminalidade nos centros urbanos e rurais, em relação ao sexo, e aos conflitos de normas e culturas oriundas de

certas situações que levam a comportamentos positivos, negativos ou desajustados. Não podemos esquecer as *concausas da criminalidade*, num critério multifatorial, condicionado o infrator pelo desenvolvimento das exigências da vida, até a prática do delito.

A extensão do delito e a variedade dos grupos sociais nele envolvidos refutam a tese de que pode ser explicado por generalizações causais ou resolvido com o planejamento econômico. Há necessidade de encará-lo como um conjunto das transformações sociais, da estrutura da população geral, da estabilidade da organização política e dos valores político-sociais. É evidente o caráter *sociopolítico*. Diz López-Rey³ que, com a nova dimensão, o crime individual e a Criminologia clínica não podem ser encarados como pontos de partida para as generalizações criminológicas.

Quando se estuda o comportamento delitivo devem-se observar os *motivos* e os *objetivos* do autor, que não são únicos fatores, diante da proteção do ordenamento jurídico. Para o citado escritor, “o crime, e não o transgressor, é que é o ponto de partida e de retorno da política criminal, assim como da Criminologia e da Penologia.”

As manifestações de inconformismo podem gerar ou não condutas delitivas, sendo que um indivíduo que se opõe à discriminação, numa sociedade de discriminação, pode ser considerado desajustado e até autor, quando está perfeitamente ajustado a um sistema de valores políticos e sociais mais altos.

A decisão final quando se trata do problema do crime não é do âmbito de um processo de causalidade, mas de avaliação em concordância com valores fundamentais incorporados à ordem legítima. Existem, para tanto, no que se refere à Criminologia, as teorias causais do delito, ainda não podendo fornecer uma explicação científica e segura do autor, quer como ato individual, quer como fenómeno geral, o caráter neutro da ciência, visto que nenhuma experiência deveria ser usada sem ser observado o respeito aos direitos humanos; o sistema de valores não é imutável, provando, historicamente, ser mais seguro do que as descobertas e teorias de Criminologia *científica*.

³ Manuel López-Rey y Arrojo, **Criminologia**, Aguilar, 1978.

O estudo do delito, do delinqüente e do sistema de justiça penal é secular, e algumas de suas descobertas do passado são válidas, sendo que muito do que é apresentado como “novo” já era conhecido há muitos anos.

A teoria de que o delito é conseqüência da desorganização social tem em Sutherland seu maior representante, ao sustentar que a origem e a persistência dos conflitos culturais, relacionados com os valores expressos pela lei e pela *associação diferencial* que é baseada nos conflitos culturais, são devidas à desorganização social. O conflito cultural é um aspecto específico da desorganização social e, num sentido, os dois conceitos são nomes para pequenos e grandes aspectos da mesma coisa. Sem falar no tipo de organização que poderia evitar o crime, sugeriu a substituição do sistema individual pelo comunismo. O problema da consciência humana é tratado por Marx, afirmando que “*não é a consciência dos homens que determina sua existência, mas, pelo contrário, sua existência social lhes determina a consciência*”. O fato é que o homem não produtivo não ingressa nas relações sociopolíticas. A produção de idéias, de conceitos de consciência, é, a princípio, mesclada com atividade material e as relações materiais do homem - *a linguagem da vida real*.

A doutrina materialista, ao contrário da opinião de Marx, referente à mudança das circunstâncias e da educação, esquece que as circunstâncias são modificadas pelo homem e que o próprio educador tem de ser educado. Tal doutrina tende a dividir a sociedade em duas partes, cada uma das quais é superior à sociedade.

Marx, como vários sociólogos e psicólogos contemporâneos, acreditava que houvesse algo como uma natureza do homem, que, ao nascer, fosse como uma folha de papel em branco na qual a cultura escrevia o texto. Partiu da idéia de que o homem como homem é uma entidade identificável e verificável, podendo ser definido não apenas biológica, anatômica e fisiologicamente, mas também psicologicamente. Diante da distinção entre uma natureza humana geral e a expressão específica desta em cada cultura, Marx reconhece dois tipos de impulsos e apetites humanos: os *constantes* (desejo sexual) e os *relativos* (têm origem em certas estruturas sociais e condicionais de produção e comunicação). Cita como exemplo as “ne-

cessidades de dinheiro”, necessidade real criada pela economia moderna, concluindo que o potencial do homem é global.

O método socialista da teoria do delito baseia-se em que a filosofia marxista-leninista, que é uma declaração de materialismo filosófico, encara a evolução econômica como fator dominante que determina a estrutura social total. Assim, não só as condições de vida são determinadas pelos sistemas de produção, mas o progresso político, social e espiritual. Os dogmas - não a consciência que determina o homem, mas seu ego social que determina a consciência - fornecem contribuições acidentais à teoria do delito. Para Marx e Engels o crime era uma consequência das condições econômicas competitivas da exploração que desapareceriam na estrutura socialista da sociedade. Isto ocorreria eventualmente porque não manteríamos a ilusão abolicionista. Acreditavam no controle do conflito porque sabendo que o materialismo dialético, as transformações no campo da educação, saúde e cultura, ligados ao problema delito, trariam reflexos diretos e imediatos. Marx nunca foi favorável às concepções do mecanismo psicológico e sustentou que o homem é que produz seus próprios conceitos e que a consciência é determinada pela vida. E toda a probabilidade constitui a parte mais importante da Criminologia socialista no sentido em que opõe o desenvolvimento social aos processos naturais.

A mais sóbria definição socialista de Criminologia é encontrada em Minkowski,⁴ sabendo ele que a Criminologia soviética é uma ciência complexa que avalia os resultados obtidos para o Direito Penal através da filosofia marxista-leninista. Leksras junta a união do Direito Penal com a Criminologia, dizendo inexistir a separação entre o mundo legal e o social. Enquanto na Polônia não foi superado o campo teórico, na Hungria, Szabo advoga que o crime é um produto de condições sociais, que as características essenciais da personalidade são determinadas por tais condições e que o homem é um *gestalter*, origina possibilidades, acontecimentos e fatos. O homem é a “*causa do desenvolvimento*” de seu comportamento em geral e do crime em particular.

⁴ Cf. Minkowski, *Questions on Research and the Prevention of Delinquency*. Institut fur strafrecht, Humboldt University, 1965.

No enfoque sociológico, se a pobreza não é causa direta do delito, grande parte possuem inteira relação com as condições de pobreza existentes. E não é menos verdadeiro que nenhum conjunto de reformas socioeconômicas eliminará totalmente o crime e nenhum sistema econômico alternativo atingirá tal escopo, apenas servirá de panacéia.

Os autores ortodoxos marxistas há muito vêm tentando atribuir o delito ao capitalismo, no que foram seguidos por William Bonger num trabalho em que diz que “*as tendências egoísticas*” adotadas por tal regime geram o delito, ao contrário do que ocorreria em condições de vida sob formas cooperativas. As evidências apresentadas pelas sociedades fundadas em tal pensamento e governadas pelos princípios marxistas não demonstram que o socialismo erradica a criminalidade. Os soviéticos, logo após a revolução, eram otimistas em relação à extinção eventual da criminalidade, porém as condições de vida pós-revolucionária e a aparente necessidade da manutenção de um sistema político e social viável impediram a revisão dos projetos. A extinta URSS jamais conseguiu fazer sequer diminuir a taxa de criminalidade.

Nos dias atuais, depois da integração e desintegração comunista, o delito na Rússia é tão grave como em qualquer outro país, principalmente o delito político e o econômico. A preservação de um dogmatismo ideológico origina a formação de uma série de delitos e a sua multiplicação por uma posição oficial. A tese da desorganização social é ainda usada pelos criminólogos, ignorando o fato de que nenhuma estrutura social será mais livre de contradições, desigualdades e conflitos, quaisquer que sejam os regimes. A evolução e a renovação implicam desorganização e despojamento social e a nova organização poderá erradicar algumas fontes de crimes, porém criará novas.⁵

Taft diz que “*a mudança básica necessária à prevenção do crime seria a incorporação em nossa cultura de um ponto de vista genuinamente científico que encararia os criminosos como produtos. Tal sociedade não julgaria o criminoso individual responsável apesar de continuar a julgá-lo completamente responsável pelo pró-*

⁵ Manuel López-Rey, **Criminologia, Teoria, Delinquantia Juvenil, Prevencion, Prediccion y Tratamento**, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1975.

prio comportamento". A tese atrai muitos países em desenvolvimento que presumem que logo que a organização socioeconômica crie raízes, o delito será reduzido consideravelmente.

A *teoria da desorganização social* olvida que em qualquer estrutura social haverá contradições, desigualdades e conflitos, dando oportunidade ao surgimento de novas condutas delitivas, visto que nenhuma organização social é permanente.

Outrossim, o aspecto socioeconômico não aumenta nem diminui a criminalidade. A tese peca por ser um postulado demasiado geral, de pobre fundamento social, político, econômico e criminológico.

Diz López-Rey que os sistemas socialistas só seriam eficientes, desde que sejam livremente aceitos e mantidos; porém, como qualquer outro sistema sociopolítico, criam suas próprias formas de criminalidade.

A *teoria de transformação social*, observada sob o ângulo criminológico, é confusa e imprecisa, produto de uma *Criminologia causalística* que procura na abstração dos conceitos empíricos toda a explicação do comportamento delitivo. Dentro das áreas de conceitos íntimos surgem a industrialização, o urbanismo, a mobilidade, a anomia, a modernização, afirmando-se a diminuição de segurança social anterior e o aumento da criminalidade. A evolução histórica abordada no primeiro capítulo demonstra que em toda época a segurança individual e coletiva foi sempre relativa; o homem grego gozava de menos segurança que o contemporâneo. Ao apogeu político e cultural segue o da corrupção. Taft vê uma correlação entre a transformação social e o delito, porém elabora um equívoco no conceito subcultural: o delito está presente em todas as sociedades em transformação.

A sucessão de fatos traduz causalidade, laborando em erro pensar que as transformações sociais explicam a criminalidade, principalmente nos países de rápido desenvolvimento.⁶

Di Tullio advogava que o delito é sempre um *episódio*, consequência da falta de adaptação às exigências da vida social. Diante

⁶ A matéria foi discutida nos Congressos das Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento do delinqüente em Londres no ano de 1960 e em Estocolmo em 1965.

da desordem psíquica efetiva com a quebra da resistência individual. Afirmava que a *personalidade do delinqüente* seria o fundamento da aplicação da norma penal, havendo necessidade de serem adaptadas as leis penais à personalidade dos delinqüentes. Desta forma, o Direito Penal seria uma *instituição eficaz* à defesa social e poderia atingir a *recuperação* dos perigosos. Na sua *Criminologia clínica* diz que o estudo do delinqüente deve ser direcionado para uma concepção moderna de personalidade – num todo unitário - considerando os fatores meteorológicos, funcionais, psíquicos, espirituais e filosóficos. Todo o trabalho do criminólogo italiano é no sentido do delito ser *produto do conflito individual*, onde a constante é a personalidade do delinqüente, tornando necessária a investigação da evolução física, psicológica e a capacidade de adaptação do homem ao grupo. Os críticos do grande mestre italiano sustentam a impossibilidade da personalidade do delinqüente (modelo clínico) ser a pedra de toque da reforma do Direito Penal, que a concepção da profilaxia teria por objeto eliminar ou limitar todas as condições biopsicossociais do infrator e que indiretamente reforçaria vários fenômenos delitivos, o que se traduziria por irrealidade científica e pragmática. O chamado grupo de Rebibbia, seguindo o endereço da Psicologia, não olvida que a Criminologia não pode basear-se unicamente na personalidade.

A exigência de uma *integração* tem sido afirmada em diversas oportunidades, e Ferri já houvera definido nossa ciência como a disciplina “sintética” que incorporava e reunia a *Antropologia* e a *Biologia Criminal* (similarmente precedeu Ingenieros).

Do ponto de vista da *Criminologia* prevalentemente *sociológica*, a relação com a *Criminologia clínica* é essencial para o desenvolvimento de um método unificado e integrado no estudo científico da personalidade, do comportamento e do tratamento do delinqüente. No passado, imaginava-se que o sociólogo poderia atuar em completa “solidão”, desenvolvendo suas próprias teorias gerais e parciais sobre a estrutura social geradora de injustiças sociais, as quais por sua vez eram criminogenéticas. Com terminologias diversas se fazia referência à distribuição desigual de riqueza às diferentes classes sociais e as pressões faziam a uniformidade ou o desvio à instabilidade ecológica das “*zonas de transição*”, o conflito de valo-

res, a anomia, a estrutura diferencial das oportunidades, o conflito cultural, a subcultura dos delinqüentes e o sistema de valores de classe. A desorganização social, a patologia ou o problema do delito assumem um papel social na análise da organização geral da sociedade e, pouco a pouco, vai se dedicando um certo grau de interesse e discussão da criminalidade como instituição social. No tema investigação etiológica, existem áreas em que há necessidade imperiosa de incorporar a Criminologia clínica à sociológica, utilizando um *modelo híbrido*.

Os conceitos e as hipóteses operativas derivadas da *teoria das associações diferenciais*⁷ implicam a utilização de conhecimentos teóricos sobre a aprendizagem e outros fatores psicológicos e sócio-psicológicos. A *anomia* se considera como um fenômeno baseado na ausência ou sobre o conflito de normas introduzidas como um ser da personalidade. A percepção diferencial dos estímulos externos compreende variações de personalidade, algumas das quais se encontram fora do campo da Sociologia tradicional ou das possibilidades de investigação do sociólogo. O conflito cultural e o delito podem ter lugar, porém não existem vários indivíduos que se encontrem em circunstâncias idênticas ambientais e, não obstante, só alguns são envolvidos numa situação conflitual que entre outros não alcança. A análise subcultural - ou seja, que se tenha em nível de uma classe inferior "*como ambiente gerador da delinqüência*", ou limitada as **gangs** que rechaçam os valores da classe média, ou indicadas como subculturas conflituais, criminais ou de fuga não tem sido tão determinante para estabelecer que todos os indivíduos compreendidos ou excluídos de sua conceituação sejam igualmente envolvidos ou igualmente contrários aos valores e às normas subculturais.

É amplo o panorama de mudanças sociais, particularmente nas chamadas "*ilhas de modernismo*", permitindo um profundo exame de situações especiais de conflito entre grupos sociais que fazem presumir focos criminógenos, baseados em aparentes situações anômicas. As importantes diferenças sociais fazem pensar que a subsequente formação de subculturas autóctones dão possibilidade

⁷Já citado.

a outro estudo de fatores genéticos de desvio social. Poderíamos nos socorrer dos autores que expuseram com maior mérito as teorias sobre a origem da conduta de desvio a fim de ajustarmos nossa afirmação. Robert Merton expandiu a noção de anomia e introduziu um esquema de meios para um fim que ressalta a tensão e a força da estrutura social, as disparidades daquilo que era querido, e as metas que poderiam ser atingidas. As aspirações e a falta de obtenção são observadas não pelo ângulo da frustração social, mas de um nível muito mais elevado que apresentavam os sistemas culturais em conflito.⁸

Já Thorsten Sellin prestou atenção a estes conflitos culturais em termos de conflitos de normas “*quando estas se chocam no limite de contíguas áreas culturais*”. Falou de “*conflitos entre normas de sistemas culturais ou áreas*” e ajudou a transformar os interesses de investigação criminológica. Certo, quando afirma que “*os conflitos de cultura são inevitáveis, quando as normas de uma cultura ou área subcultural migram ou se vêem em contato com aquelas provindas de outra*”.⁹

Sellin elabora, de forma genética, a tese do delito como expressão de um *conflito de cultura* com determinadas normas de comportamento, cuja violação determina a reação dos partícipes do grupamento societário. A norma jurídico-penal seria o instrumento garantidor de interesses. Assim, o conflito entre a reação individual e as normas de conduta poderia ser evitado, segundo o autor, através de um processo de aculturação, mediante a absorção de idéias que, como elementos culturais, se incorporam na mente e se transformam em elementos da personalidade. Sustenta que a personalidade é um produto social, deliberação e hábito são respostas, sendo fator decisivo se a norma de conduta, por meio da absorção, transforma-se no seu principal elemento integrativo. Partindo do grau de absorção, desenvolve uma série de tipos que requerem investigação criminológica para efeitos preventivos e de tratamento. Tal tese apresenta um conceito limitado de cultura, tendo López-Rey, em primorosa síntese, rechaçado, objetando que a equiparação da cul-

⁸ Cf. Merton, “*Social Theory and Social Structure*”, **The Free Press**, New York, 1968.

⁹ Cf. T. Sellin, “*Culture, Conflict and Crime, Social Research Council*”, **Bulletin**, n.º 41, 1938, 63.

tura a um conjunto de idéias que se incorporam aos costumes, crenças e demais instituições sociais é carente de sistemática e conteúdo próprio. As expressões - *norma de conduta, norma penal, código de conduta, regras de grupo* - são repetidas por Sellin sem elaborar distinção. Considerar a personalidade como um produto social torna difícil considerar o seu conteúdo no processo de absorção, vital para a investigação criminológica. A construção do professor de Sociologia da Universidade da Pensilvânia é vulnerável e abstrata, se identifica com a elaboração norte-americana. O conceito básico de cultura formulado é vago para o conflito, principalmente quando trata na quarta parte do *conflict of conduct norms* após situar-se sobre a *sociological approach to study of crime causation. Num todo o delito é consequência pura de um conflito social.*¹⁰

Se analisarmos de que maneira na atualidade as teorias sociológicas contemporâneas sobre o delito e a delinquência surgem como manifestações de diversos sistemas de cultura, chegaríamos à posição de Cohen que aborda a *subcultura do delinquente*, asseverando que esta surge do conflito com a cultura da classe média, constituindo, portanto, uma série de normas, uma maneira diversa de viver, indiferente ou que está em conflito com as normas da sociedade.¹¹ Já Walter Miller pensou que, pelo contrário, as *gangs juvenis* surgiam não como uma reação às normas da classe média, senão em resposta à classe socioeconômica inferior.¹²

Também oferecem uma particular concepção etiológica Cloward e Ohlin, pois que ao distinguir as subculturas encontraram que tanto as oportunidades legítimas como as ilegítimas expandidas ao largo de uma estrutura social, permitem o acesso a metas desejadas e que, portanto, o delito pode ser um dos caminhos na ascensão social.¹³

Wolfgang em **The Subculture of Youth** sustenta que a subcultura é uma subdivisão da cultura, compreendendo capacidades,

¹⁰ Cf. López-Rey, **Criminologia**, Aguilar, 1975, 93/111.

¹¹ Cf. Cohen, **Delinquent Boys**, Glencoe Illinois, Free Press, 1955.

¹² Cf. W. Miller, "Lower Class Culture as a Generation of Gang delinquency", **Journal of Social Issues**, 1958, 14, 5 a 19.

¹³ Cf. R. A. Cloward y L. B. Ohlin, **Delinquency and Opportunity: a Theory of Delinquent Gangs**, Glencoe, Illinois, Free Press, 1960.

idéias e crenças de determinado grupo, contendo juízos valorativos ou sistemas de valores sociais. A construção do discípulo de Sellin se identifica com o todo sem nada especificar objetivamente. A tese da subcultura tem como suporte a premissa de que a cultura é desenvolvida num processo harmônico e regular, desconhecendo que mesmo nas áreas sociais uniformes há contradições. Dificilmente, pode ser afirmada a existência de um conflito com a cultura dominante ou o sistema central de valores, havendo de real, uma confusão conceitual e lógica (cultura, subcultura). Manejando, superficialmente, conceitos por identificações incorretas informam um sistema genérico e empírico. Chegam a equiparar conflito cultural ao normativo, a anomia e a subcultura da violência.

Certo López-Rey quando critica, afirmando que o desprezo pela precisão conceptual e a exigência sistemática constitui um dos pontos mais frágeis da Criminologia. *Cultura* há que se entender a invenção, a criação na esfera moral jurídica, científica, artística, social e política, não podendo ser confundida com o processo científico e tecnológico, adquirindo certa uniformidade na inter-relação internacional. *Cultura*, norma e valor possuem campo próprio. O delito, a prostituição, a homossexualidade e a mendicância são aspectos normais da sociedade, sem que integrem a sua cultura, ainda que indiretamente se inter-relacionem. Há delinqüentes habituais e profissionais que não caracterizam ou identificam qualquer grupo, e por outro lado os delitos financeiros e econômicos são freqüentes nas classes não apontadas pelas características subculturais. A constante confusão conceptual conota parte da Criminologia e a introdução das *normas de cultura* (Mayer) e do *conflito de normas* (Sellin) no Direito Penal e na Criminologia traduzem uma limitação residual das unidades, ignorando a extensão da criminalidade convencional ou não-convencional. Diante da *interdisciplinaridade*, a Criminologia e o Direito Penal formam um *sistema* que varia em razão da estrutura sócio-econômica e política da sociedade dominante ou institucionalizada.

Nos dias atuais, a violência é parte integrante da sociedade de risco, o homem médio recebe na macrosociedade aberta o estímulo integrado pela violência aceita, punindo-se a resposta, quando foge aos padrões preestabelecidos. A violência está não apenas nos

crimes contra as pessoas e nos dados materiais, mas também dissimulada nos negócios comerciais, na ação política, na organização do trabalho.

A tese cultural ou subcultural carece de fundamento e politicamente implica discriminação.

Finalmente, reclamamos em Wolfgang e Ferracuti que, mediante um cuidadoso estudo de diversas situações de interação, e de acordo com tantas realidades atuais, em determinadas circunstâncias, um sistema subcultural não só utiliza a violência por impulso de estímulos agressivos instintivos ou provocados, senão que chega a exigir o uso da violência.¹⁴

Entendemos que nem os fatores criminológicos individuais, nem as condições ambientais econômicas e sociais são adequadas para justificar qualquer ação individual. Podem existir algumas circunstâncias nas quais os fatores individuais possam desempenhar um papel relacionado a um meio social específico (v.g., nos psicopatas, o impulso é mais por fatores individuais do que sociais). São as desvantagens sociais e econômicas que devem ser objeto de maior atenção. A delinqüência não é resultante só de fatores individuais, nem tampouco de um nocivo meio social, originando-se de uma resposta individual aos estímulos do ambiente sócioeconômico que a circunda. A explicação para a ausência do sucesso de uma satisfatória explicação para a etiologia criminal ressalta da necessidade de incrementar a investigação interdisciplinar, os fatores constitucionais, psicológicos e sociais. Esta investigação multipacífica é necessária para explorar totalmente a multiplicidade de fatores individuais e sociais que conduzem à criminalidade. *Nenhum indivíduo é a indireta e inevitável vítima da sociedade.* É determinante a interação entre o povo, a vontade livre individual e as pressões - ou estímulos do meio ambiente. Quanto maior é esta pressão, maior dificuldade possui o indivíduo para lutar contra ela, o qual, por sua vez, influencia o resultado desta interação (reação mútua de dois ou mais indivíduos em contato: produz e inter-relaciona pessoas, sociedades, heranças sociais, culturais distinguindo-se da mera

¹⁴ V. **The Subculture of Violence: Towards an Integrated Theory in Criminology**, Londres, Tavistock Publications, 1967, N. York, Barnes e Nole, 1967.

interestimulação). A investigação não se interessou ultimamente pela conduta criminal *per se*, mas pelo produto de variações sociais e econômicas, e, como uma parte da conduta social deve estudar as forças estruturais e debilidade social. O funcionamento dos grupos e o jogo de forças sociais que aparecem são modeladores e remodeladores de exemplos entre indivíduos dessa sociedade.¹⁵

O comportamento criminal não pode ser estudado *in vácuo* como se fora um comportamento à parte, em lugar de uma conduta ser parte de uma conduta geral e um aspecto da dinâmica das diversas forças que atuam em todas as sociedades (v.g., a possibilidade da ação delitiva varia inversamente com as probabilidades abertas a um indivíduo para a satisfação de suas necessidades por meios legítimos, estabelecendo-se uma correlação entre as inferiores condições de vida, o baixo nível de educação e o desemprego).

A Criminologia, inicialmente, estava condicionada ao campo de especulação teórica e da discussão acadêmica, somente após a II Grande Guerra Mundial passou a ter uma direção voltada para a realidade. A aparição da *patologia social* alargou sua esfera de ação desde o comportamento definido legalmente como ilícito até outras formas desviadas de convivência social e, portanto, a tarefa promocional, limitada a impedir o cometimento de fatos tipificados penalmente, se restringe a atividades preestabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Chegou-se ao reconhecimento de que o comportamento criminal é outra forma de desajuste social, difícil de empreender e controlar, a menos que se torne uma ampla esfera de males sociais. É sempre moroso o processo de modificação legislativa, não só pela complexidade da estrutura legal, mas também pela insuficiência informativa da investigação criminológica.

Uma das áreas de maior discrepância e confronto entre o *modelo clínico e cultural* é aquela concernente à *causa*. O sociólogo investiga a *causa* num sentido científico e, normalmente, busca uma confirmação estatística. O clínico, por sua vez, satisfaz-se com uma hipótese parcial e pragmática que justifica sua ação e é confir-

¹⁵ López-Rey, "Contenido y Alcance de la Criminología", in *Revista de Criminología y Política Científica*, nº 30, Santiago, Chile, 1940.

mada por resultados imediatos, mas não por manipulação estatística. A consequência, para o clínico, é a viabilidade de um critério **ex adjuvantibus**, de que o sociólogo geralmente carece e que reforça o julgamento e a segurança do primeiro em sua própria habilidade de diagnóstico e poder de manipulação. Uma definição mais clara de seus papéis respectivos e uma compreensão melhor de suas limitações respectivas no emprego de conceitos como causa, prognose e tratamento pode ajudar a desenvolver o mútuo conhecimento semântico, ao mesmo tempo que um procedimento prático efetivo, no que concerne à ação clínica e social combinada. *Causa*, para o clínico, é um termo quase desprovido de significado, a menos que implique uma ação de certo tipo, uma prognose e um tratamento. Para o sociólogo, é desprovida de significado, a menos que seja conforme a uma teoria ou sistema de teoria.

Clinard advoga em ensaio crítico sobre a criminalidade, partindo de que a Criminologia é o estudo científico do crime e que significa o emprego de métodos científicos no estudo e na análise das uniformidades, padrões, relacionamentos causais com o delito e o comportamento delinqüencial posiciona-se sob o tripé: **a)** sociologia do Direito; **b)** natureza e causas do atuar criminoso; **c)** prevenção e tratamento. Após sua exposição histórico-evolutiva sobre as teorias criminológicas, sustenta que os criminólogos que defendem uma explicação eclética ou multifatorial para o comportamento delinqüencial misturam traços da personalidade, família, pobreza, associados a problemas habitacionais e outros fatores para tentar explicar o crime.¹⁶ Aponta como *vulnerabilidades da escola do fator múltiplo*: **a)** explicações confusas por meio de fatores individuais como apenas uma teoria ou um sistema aplicável para todas as hipóteses; **b)** cada fator é creditado como contendo em si uma capacidade de produzir crime, sem determinação ou poder previsível de cada fator; **c)** a maioria dos autores que os “*maus*” aspectos da sociedade, tais como a “*pobreza*”, “*lares infelizes*”, “*más habitações*” produzem crimes; **d)** o que sustento é o tripé educação, saúde e habitação com a geração de empregos.

¹⁶ Sheldon & Eleanor Glueck, *Ventures in Criminology*, Tavistock Publication, 1964.

Sustenta que decresce o número de livros de Criminologia que encaram o comportamento criminoso sob o ponto de vista psicológico ou analítico através do *modelo médico*. Por sua vez os *fatores culturais* seriam vistos não como determinantes do comportamento criminoso conformista e sim como um contexto onde tais tendências afloram. Para o citado autor o *modelo médico* para o comportamento delitivo não é de maior validade porque o comportamento varia de acordo com as situações e papéis de o indivíduo continuar a desempenhar na vida social, bem como as explicações dos psiquiatras e dos psicanalistas sobre o comportamento criminal não teriam sido comprovadas cientificamente, visto que os experimentos foram sempre criminosos e não-criminosos.

Quando trata do controle social e da natureza do delito diz que todas as sociedades e grupos desenvolvem maneiras de lidar com todo o comportamento que sai fora da *faixa de tolerância* de uma determinada norma grupal. Tanto as sanções negativas quanto positivas são medidas de controle social, que podem, por sua vez, ser classificadas como controles formais ou informais.

Controles *informais* de comportamento podem ser observados de maneiras específicas através de mexericos, ridicularização, reprimendas, elogios, críticas, sinais, olhares de aprovação ou desaprovação, negação ou entrega de afeto, ostracismo e outros métodos. Estes controles são extremamente importantes em qualquer sociedade por serem os baluartes dos controles mais formais da lei. São extremamente eficientes em situações onde prevalecem relacionamentos pessoais primários.

Controles *formais envolvem* sistemas organizados de agências especializadas e técnicas padronizadas. Existem dois tipos: **a)** os instituídos pelas agências não-oficiais; **b)** os impostos pelo Estado político.

Selecionar e cognominar uma pessoa como um criminoso depende portanto de fatores como classe social, ocupação, base étnica ou racial, idade, vida pregressa criminal, a situação em que ocorre o comportamento, pressões da opinião pública e os recursos disponíveis para aprender a lidar com os delinquentes. Muitos dos que são enviados para a cadeia, por exemplo, são os que não puderam contratar um bom advogado, os que não tinham influência sobre o poder político, ou, em alguns países, quando são indivíduos

pertencentes a grupos minoritários discriminados. Indivíduos que entram ou são processados através do sistema judicial não constituem, portanto, em sua maioria, criminosos, ou nem são necessariamente os piores tipos de criminosos.

Não é necessário afirmar que a estrutura econômica de um país é de fundamental importância para a vida da coletividade e, por conseqüência, essencial para o estudo do atuar delinqüencial, potencializado pelas crises cíclicas que sofrem as economias dos países desenvolvidos ou em processo de desenvolvimento.

Não há necessidade de consultarmos as estatísticas para constataremos a *taxa de criminalidade* em que o bem tutelado é o patrimônio particular ou estatal. Outrossim, basta notar que a massa carcerária em todos os Estados da Federação é constituída na percentagem quase absoluta de pessoas economicamente desassistidas. Aliás, é característica de nossa microsociedade ser a população carcerária miserável social e culturalmente, chegando-se até dito popular que *“rico não vai para a cadeia”*. Já começamos a constatar a efetiva ação do Estado em relação à lavagem de dinheiro no combate à corrupção, ao contrabando e ao tráfico de drogas.

A estreita relação com as *teorias do conflito social* e da análise ecológica está na denominada teoria da subcultura da violência desenvolvida principalmente nos ensaios **Street Corner Society** de Whyte¹⁷ (*“hierarquia de relações pessoais assentes num sistema de obrigações recíprocas”*) e no livro **Delinquents boys** de Cohen. Sustentam em resumo que as áreas habitadas pela população pobre e marginalizada socioeconomicamente não se caracterizam pela desorganização ou falta de controle social, visto que existe um sistema de normas que as preside, que se diferenciam do sistema existente na sociedade dominante.

A satisfação de suas necessidades possibilita um maior uso de um *modelo* de conduta anti-social ou delitivo. Seria uma *cultura* própria dentro de uma cultura, isto é, uma *subcultura*?


A análise feita por Cohen apresenta que o ato de subtrair objetos não está diretamente só relacionado com um fim de lucro, mas é

¹⁷ W. F. Whyte, **Street Corner Society, The Social Structure of an Italian Slum**, Chicago, The University of Chicago Press (1943), 1955, 269 e ss...

uma atividade valorada ligada à fama, ao valor e à profunda satisfação do infrator perante o grupo marginal. Poderíamos citar as investigações feitas¹⁸ sobre a gênese da subcultura em relação e como evasão da cultura em geral.

Cohen, no estudo da cultura da **gang**, diz que um fator que não pode deixar de ser observado na construção da teoria subcultural é de que os problemas humanos não são distribuídos na mesma forma e intensidade pelo sistema social. Cada idade, sexo, categoria étnica, cada ocupação, estrato econômico e classe social tem seu quadro bem definido em relação e confronto com sua própria sociedade e que difere dos outros segmentos sociais. Os problemas e as preocupações do homem e da mulher são bem diferentes, seus julgamentos são distintos, seus meios de avaliação são outros, suas aspirações não são idênticas. Cohen fala em cultura do meio ambiente, em modelos próprios de cada meio, os quais estão continuamente em mudança.

Como é possível uma inovação cultural emergir dos participantes de uma cultura tão pobre em motivações e tão conformista no já estabelecido?

Eis o ponto central técnico da questão. Escreve Cohen “. . . *in effective interaction with one another, of a number of actors with similar problems of adjustment*”.¹⁹ A transmissão do modelo cultural traz importantes diferenças aos problemas de ajustamento e de motivação adquiridos por novos comportamentos. Cohen procura mostrar como o delinqüente da subcultura busca uma solução apropriada para os seus problemas em cada caso particular e para a elaboração e perpetração pelo grupo social.²⁰ 

¹⁸ Cloward e Ohlin, Sykes, Matza, Bloch e Niederhoffer.

¹⁹ Ob. cit., 59.

²⁰ Wolfgang e Ferracuti em seu clássico **The subculture of Violence** escrevem que para o suporte da tese há o seguinte corolário de proposições: **a)** *No subculture can be totally different from or totally in conflict with the society of which it is a part;* **b)** *To establish the existence of a subculture of violence does not require that the actors sharing in these basic value elements should express violence in all situations;* **c)** *The potential resort or willingness to violence in a variety of situations emphasizes the penetrating and diffusive character of this culture theme;* **d)** *The subcultural ethos of violence may be shared all ages in a subsociety, but this ethos is most prominent in a limited age group, ranging from late adolescence to middle age;* **e)** *The counter-norm is no violence;* **f)** *The development of favorable attitudes toward, and the use of violence in a subculture usually involve learned behavior and a process of differential learning, association, or identification;* **g)** *The use of violence in a subculture is not necessarily viewed as illicit conduct and the users therefore do not have to deal with feelings of guilt about their aggression.*”

MANIFESTAÇÕES ORAIS EXTEMPORÂNEAS SÃO PROCESSUALMENTE ILÍCITAS

Nagib Slaibi Filho

Desembargador do TJ/RJ

Professor – EMERJ e da UNIVERSO

Comum violação do princípio da publicidade constitucional do processo é a deletéria prática que o jargão forense prefere denominar de *embargos auriculares*, isto é, manifestações de advogados, e não raro das partes, sem contar terceiros ditos *desinteressados*, que são levadas aos magistrados mas que não deixam resquícios, pois realizadas oralmente fora das ocasiões processuais das audiências e das sessões.

Com referência à atuação dos magistrados, muitas vezes não só as partes, os advogados e, não raro, até mesmo terceiros que se dizem juridicamente desinteressados insistem em comparecer à sua presença (quando não ousam tentar a via telefônica!), sem a vigilância dos demais interessados ou da outra parte, dizendo que conhecem detalhes fáticos e jurídicos que devem ser levados em conta nas decisões judiciais.¹

Na verdade, não querem que nos autos conste a fonte de tais informações, e estes dados mesmo assim alegam que lá estão para que se distribua a melhor Justiça, devendo o juiz considerar tais informações sem que, no entanto, os faça constar na fundamentação das decisões.

Dizem que o juiz tem o dever de recebê-los a qualquer momento independentemente de designação de audiência formal, pois são partes ou advogados.

¹ *E-mail* ninguém gosta de mandar para o juiz, pois a primeira providência é imprimi-lo, despachá-lo e juntar aos autos, dando-se vista aos interessados, justamente a mesma providência que se adota quando remetem cartas assinadas ou anônimas para os autos.

No entanto, salvo caso de urgência, o juiz não tem dever de receber quem quer que seja fora de audiência formalmente designada, para ciência de todos os interessados.²

Constitui dever do magistrado, consoante o disposto no art. 35, IV, da Lei Complementar federal nº 35, de 14 de março de 1979: *tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e **atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência*** (note-se: questões de urgência!).

A lei complementar federal ascende sobre a lei ordinária e, assim, as disposições da lei federal merecem leitura de acordo com o império da urgência.

Urgência só tem um critério de apuração: o caso concreto, a situação fática submetida à cognição do magistrado e à diligência do advogado.

Também é o império do caso concreto, ou a situação que se denomina de *justa causa*, que rege a atuação do Advogado, como decorre dos direitos proclamados no seu Estatuto, a Lei federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994, art. 7º:

VI - ingressar livremente:

- a) *nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados;*
- b) *nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares;*³

² E mesmo em caso de urgência, deve o interessado trazer requerimento até mesmo manuscrito, pois o juiz não terá alternativa outra senão tomar a termo as suas declarações ou consignar, em seu despacho, que recebeu tal pessoa em seu gabinete no dia tal etc.

³ *ADVOGADO - RESTRIÇÃO NO ACESSO NA PARTE INTERNA DO CARTÓRIO - POSSIBILIDADE . NÃO CONSTITUI NENHUMA ILEGALIDADE A RESTRIÇÃO DE ACESSO DOS ADVOGADOS E DAS RESPECTIVAS PARTES ALÉM DO BALCÃO DESTINADO AO ATENDIMENTO, OBSERVADOS, CONTUDO, O DIREITO LIVRE E IRRESTRITO AOS AUTOS, PAPÉIS E DOCUMENTOS ESPECÍFICOS, INERENTES AO MANDATO. DISCIPLINAR A FORMA DE ACESSO AOS AUTOS E PAPÉIS NÃO É CERCEAR O EXERCÍCIO DO DIREITO. RECURSO IMPROVIDO.* (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, RMS nº 1.686-9-SC, Ministro Garcia Vieira, julgado em 6 de setembro de 1993). *MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 89 DO ESTATUTO DA OAB. ACESSO DE ADVOGADOS AO RECINTO DO CARTÓRIO. REGULAÇÃO POR PORTARIA JUDICIAL. A REGULAÇÃO DA LOCOMOÇÃO E ACESSO, EM DETERMINADO RECINTO, SOMENTE SE TORNA ILEGÍTIMA QUANDO CONTÉM RESTRIÇÕES QUE EMBARACEM O EXERCÍCIO DO DIREITO. APRECIÇÃO DE COMPLEXA E CAMBIANTE MATÉRIA DE FATO QUE É INCOMPORTÁVEL NA VIA HERÓICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.* (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 110036, SP, Rafael Meyer, julgado em 18 de dezembro de 1986).

c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;

...

VIII - dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada;⁴

...

X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;

XI - reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;

...

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;

...

XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;

XVI - retirar autos de processos findos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias;

...

XX - retirar-se do recinto onde se encontre aguardando pregão

⁴ É nula, por ofender ao art. 7º, VIII, da Lei nº 8.906/94, a portaria que estabelece horários de atendimento de advogados pelo juiz (STJ, 1ª Turma, RMS 13.262-SC, Ministro Humberto Gomes de Mattos, por maioria, julgado em 18 de junho de 2002).

para ato judicial, após trinta minutos do horário designado e ao qual ainda não tenha comparecido a autoridade que deva presidir a ele, mediante comunicação protocolizada em juízo.

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos XV e XVI:

1) aos processos sob regime de segredo de justiça;

2) quando existirem nos autos documentos originais de difícil restauração ou ocorrer circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório, secretaria ou repartição, reconhecida pela autoridade em despacho motivado, proferido de ofício, mediante representação ou a requerimento da parte interessada;

3) até o encerramento do processo, ao advogado que houver deixado de devolver os respectivos autos no prazo legal, e só o fizer depois de intimado.

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

Enfim, da longa transcrição destes dispositivos legais extrai-se que o advogado tem direito e dever de se manifestar por escrito e oralmente, desde que cabíveis tais providências ao procedimento ou rito processual, e for exigido pelas circunstâncias do caso concreto.

Em caso de urgência, e não obstante os termos da LOMAN, evidentemente deverão as partes e os advogados ter acesso imediato aos juízes para as providências que estes possam resolver até mesmo oralmente.⁵

Quanto aos memoriais e alegações escritas, que visam substituir ou reforçar as manifestações orais, não raras vezes os mesmos extrapolam os limites de razões jurídicas, juntando documentos, e

⁵ Certamente a urgência que autoriza a imediata atenção do juiz é aquela que não foi intencionalmente provocada pela própria parte ou por seu advogado, como já aconteceu a este magistrado; pouco antes da abertura da sessão de julgamento de agravo de instrumento, no qual não cabe a sustentação oral pelo disposto no art. 554 do Código de Processo Civil, pretendia o advogado apresentar suas razões orais em separado, no gabinete do julgador... Admoestado que aí haveria fraude à lei, o descabelado causídico disse que era melhor na sustentação oral e por isso não apresentara memoriais escritos...

até mesmo fazendo afirmações sobre fatos que não se continham nos respectivos autos.

Mais prudente, em tais casos, que nos tribunais e juízos o julgador mande juntar os memoriais aos autos, assim permitindo o controle posterior de seu conteúdo pelos demais interessados na causa. E, caso julgue com argumento extraído dos memoriais, deve o julgador dizer que o faz com fonte em tal documento, pois assim cumprirá o que lhe exige o Estado Democrático de Direito – julgar fundamentadamente de acordo com as suas convicções.☐

O NOVO REGIME LEGAL DO INTERROGATÓRIO

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

1. Com o advento da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, a disciplina legal do interrogatório judicial vem de sofrer profundas alterações ao permitir-se a participação das partes naquele relevante ato processual.

2. Antes de examinar a nova lei, impende tecer algumas considerações a respeito da natureza jurídica do interrogatório.

A matéria sempre foi objeto de tertúlia entre os estudiosos do processo penal, embora, na prática, uma vez adotado, em nosso Código, o sistema do livre convencimento do juiz (art. 157 do CPP), o tema não merecesse tanta ênfase. Não seria, assim, pelo fato de o réu quedar-se silente que o juiz iria absolvê-lo nem tampouco em função da sua confissão que o magistrado haveria de condená-lo.

Porém, sempre lavrou grande controvérsia no meio da doutrina a respeito da natureza jurídica do interrogatório, embora, repito, sem grande interesse prático.

Examinando a questão, tive a ocasião de assinalar:

*“No regime do Código, o interrogatório viu-se inserido entre os meios de prova (Capítulo III, do Título VII, do Livro I, nos artigos 185 a 196). A “Exposição de Motivos” do CPP, em seu nº VII, é expressa ao afirmar que ‘outra inovação em matéria de **prova**, diz respeito ao interrogatório do acusado...’*

Mesmo antes do advento da Carta Política de 1988 já reinava discussão no seio da doutrina a respeito da natureza jurídica

do interrogatório, não sendo poucos os doutrinadores que viam aquele ato do processo como meio de defesa do réu. Com efeito, não se pode negar que é através do interrogatório que o réu realiza, de forma mais efetiva e completa, a autodefesa. É, sem dúvida, o ato mais expressivo de defesa material. Sempre entendi que a disputa apresentava mais interesse doutrinário que prático, pois, diante do sistema da livre convicção motivada adotado em nossa lei processual, o valor do ato seria relativo, podendo o juiz apreciá-lo como entendesse cabível diante do caso concreto, pouco importando sua posição teórica a respeito da matéria.”¹

Não há como negar que nossa Constituição Federal, assegurando ao réu o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), emprestou ao interrogatório, sem sombra de dúvida, um colorido nítido de ato de defesa, que agora, com a Lei que estamos examinando, volta a perder terreno para que se vislumbre naquele ato, igualmente, um importante meio de prova.

3. A Lei 10.792/2003, como tantas outras recentemente elaboradas, não prima pela boa técnica legislativa. Com efeito, ela integra as chamadas reformas setoriais que, há muito, vêm sendo implementadas em nosso Código de Processo Penal, dando nova feição a diversos assuntos nele regulados. O novo diploma legislativo misturou matérias que não guardam qualquer relação entre si. Com efeito, seu artigo 1º está voltado para alterações da Lei 7.210 de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal), ao passo que o art. 2º trata das alterações do Código de Processo Penal relacionadas com o interrogatório em juízo (arts. 185 a 196), bem como formula nova redação aos arts. 261 e 360 do mesmo Código. Já em seus arts. 3º a 9º retoma a regulação da matéria de execução para, no art. 10, volver ao interrogatório, ao revogar o art. 194 do CPP. Como de fácil observação, trata-se de um primor de falta de técnica legislativa, ao reunir, de cambulhada, temas processuais diversos, agrupando numa mesma lei um **mélange** de atos relacionados com o processo de conhecimento com outros específicos do processo de execução. E,

¹“A disciplina legislativa da prova penal”, in **Processo Penal – Reflexões**, p. 18 e seguintes, nota 16, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

pior que tudo, cuida, inicialmente, de matéria de execução! Em outras palavras: começa pelo fim...

No presente estudo deixaremos de lado a matéria de execução, examinando, tão-somente, o interrogatório, razão de ser do presente estudo, bem como as alterações sofridas pelos arts. 261 e 360 do CPP.

4. Vem de longe o entendimento doutrinário que defendia o cabimento da intervenção do Ministério Público no interrogatório do réu à luz da Carta Magna de 1988. Em trabalho apresentado em 1992, por ocasião do XIII encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ², o Professor Walberto Fernandes de Lima salientava que o interrogatório do acusado sem a intervenção do **Parquet** seria um ato inquisitorial, já que presentes somente juiz e réu, pelo que se tornava incabível, diante do atual texto constitucional, que assegurou a aplicação do contraditório **em todos os níveis**, a ausência do Ministério Público. Baseado na tese do Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, Dr. Octavio Augusto Simon de Souza, quando da realização do 9º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Salvador – Bahia, salientava aquele douto Promotor de Justiça fluminense que o “o advogado do réu faz perguntas à vítima, e isto se ela vier a sobreviver...”, não se justificando, assim, a quebra do contraditório.

5. Passemos, após tais considerações preliminares, ao estudo da nova lei, atendo-me, inicialmente, à parte referente ao interrogatório.

O grande mérito do novo diploma legal consiste na adaptação do Código de Ritos aos ditames preconizados na Carta Política de 1988. Por outro lado, a novidade maior reside no fato de assegurar-se a participação das partes naquele relevante ato processual, ainda que a lei não se tenha esmerado em imprimir à matéria uma redação mais precisa.

O art. 185, *caput*, prevê que o interrogatório do réu se fará “na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.

² LIMA, Walberto Fernandes de, “Do cabimento da intervenção do Ministério Público no interrogatório do réu à luz da Constituição Federal de 1988”, in **Revista do Ministério Público**, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 02, 3ª fase, p. 181 e seguintes, 1995.

Em deplorável omissão, deixa de lado o Ministério Público, parte autora nas infrações penais de ação pública.

Mas é evidente que sua presença torna-se indispensável, sob pena de violar-se a Constituição Federal, que assegura o devido processo legal e o contraditório (art. 5º, LV). Se as partes vão participar do ato, que sejam ambas. Que ambas se façam presentes ao interrogatório, formulando perguntas se assim entenderem.

Por outro lado, nos crimes de ação penal de iniciativa privada, da mesma forma, deverá estar presente o advogado do querelante, pena de perempção (art. 60, III, proêmio, do CPP). No regime anterior, onde as partes não tinham ingerência direta no interrogatório, o não comparecimento do querelante e de seu advogado, segundo entendimento jurisprudencial, não acarretava a perempção³. Penso, porém, que nada impedia a presença do patrono do querelante, tendo em conta o mandamento inscrito no art. 394 do CPP.

Não chega a ser novidade a convocação dos interessados para o interrogatório. Com efeito, o art. 394 do CPP assinala como necessária a notificação do Ministério Público e, se for o caso, do querelante ou do assistente. Tal dispositivo encontra-se no chamado “processo comum” (Livro II, Título I, Capítulo I), que, como sabido, serve de subsídio para qualquer outra modalidade de procedimento.

De outra forma, merece registro que a ausência do defensor do acusado no interrogatório judicial, tanto quanto me foi dado saber, jamais foi motivo para anular qualquer processo. No sentido do texto, veja-se: STF, HC 67.609, DJU de 15.9.89, p. 14512; TACrim SP, RJTACrim SP 30/445⁴.

Na atualidade tal não se dá, tendo em vista a nova redação do art. 185 do CPP, que exige a presença do defensor do imputado, seja ele constituído, seja ele dativo.

Na redação originária do Código de Processo Penal, a regra contida no art. 394 do CPP haveria de ser entendida como indicação facultativa da presença dos interessados tão-somente para a fiscalização do ato, ao contrário do que ocorre na atualidade, em que sua

³ JESUS, Damásio E. de, *in* **Código de Processo Penal Anotado**, p. 74, Editora Saraiva, 20ª edição, atualizada, 2003.

⁴ Indicação jurisprudencial na ob. cit. *in* nº 03 dessas notas, p. 310.

atuação passou a ser participativa, pois lhes é facultado formular perguntas ao réu.

6. Outra inovação decorrente da nova lei vem contida no parágrafo primeiro do art. 185, ao permitir que o acusado preso seja interrogado no próprio estabelecimento prisional em que se encontra recolhido. Para tanto, haverá sala própria, com garantia para a segurança do juiz e de seus auxiliares, assegurando-se a presença do defensor e a publicidade do ato.

A providência, embora elogiável, dificilmente poderá encontrar aplicação na prática, dada a notória precariedade em matéria de segurança de nossos estabelecimentos prisionais, sempre às voltas com rebeliões, havendo, assim, sério risco para o juiz, para as partes e auxiliares que participarem do ato. Ela, sem dúvida, teve em mira evitar o deslocamento até o fórum de acusados portadores de grande periculosidade, objetivando impedir sua fuga ou eventual resgate por parte de comparsas, tal a audácia, como é notório, do crime organizado em nossos dias.

Talvez fosse de melhor alvitre que se estabelecesse o interrogatório por videoconferência (*"on line"*). Porém, torna-se compreensível a cautela do legislador, pois a jurisprudência, pelo menos até o momento, encontra-se dividida, havendo manifestações favoráveis ao interrogatório *"on line"* (TACrim SP, RJTACrim SP, 33/377) bem como outras no sentido da sua invalidade (TACrim SP, RJTACrim SP 33/382). Por sua vez, o STJ, chamado a manifestar-se sobre a matéria, não a vedou de todo, desde que a saída do réu do estabelecimento prisional venha a acarretar algum perigo (5ª Turma, RT 742/579)⁵.

Além das observações de ordem prática acima destacadas, haveria um fator complicador para a aplicação do parágrafo primeiro em comento. Refiro-me à publicidade do ato processual que ficaria seriamente afetada (art. 792 do CPP), pois, em regra, o juiz teria que limitar o número de pessoas que pudessem estar presentes ao ato, realizando-o a portas fechadas (art. 792, § 1º do CPP), uma vez que não seria possível permitir-se o ingresso no presídio de número indeterminado de pessoas, tal como ocorre no foro, para presenciar

⁵ Indicação jurisprudencial na ob. cit. *in* nº 03 dessas notas, p. 172.

o interrogatório. A publicidade genérica, em tal caso, deixaria de ser a regra. Esta seguiria o comando contido no parágrafo primeiro do aludido art. 792, restando, assim, mitigado o princípio da publicidade dos atos processuais.

Mais uma vez o legislador omitiu-se quanto à presença do Ministério Público, referindo-se apenas ao juiz e auxiliares e ao defensor (parágrafo primeiro do art. 185 do CPP).

Será que o legislador ignora que o devido processo legal impõe o contraditório (art. 5º, LV, da CF)? Ou, ainda mais grave, inclui o **Parquet** entre os “auxiliares” do juiz?

Também, reafirme-se, não se poderá falar em publicidade plena de um ato, como afirma a lei, que, para toda evidência, é realizada nas condições indicadas no parágrafo primeiro do art. 185, em sua nova redação. Vale a ponderação no sentido de que a publicidade ampla é a regra do processo, não somente em razão da lei processual mas, **principaliter**, por força do art. 5º, LX da Constituição Federal.

O direito de entrevista reservado ao acusado com seu advogado antes da realização do interrogatório, agora assegurado em lei (parágrafo segundo do art. 185), já era, na prática, concedido pelos juízes bons e zelosos. Vejo nele um complemento da garantia constitucional da ampla defesa. Em São Paulo, a Corregedoria-Geral da Justiça, por intermédio do comunicado nº 263/83 já recomendara aos juízes providência no sentido da “realização de entrevistas entre os réus e seus defensores antes do interrogatório judicial” (D.J.E. 10.12.83, p. 14) ⁶.

A medida, agora legal, sem dúvida salutar, veio tornar obrigatório o contato do réu com o seu defensor, ainda que não venha a ser requerido pelo interessado. A redação do dispositivo em exame estabelece que o juiz “assegurar” o direito à entrevista. Faltou, porém, uma complementação importante ao preceito em exame; refiro-me à necessidade de que aquele contato, embora reservado ao réu e ao seu defensor, se faça em local onde haja total segurança, de maneira a evitar eventual fuga ou algo mais grave, notadamente

⁶ Indicação jurisprudencial na ob. cit. in nº 03 dessas notas, p. 172.

quando se tratar de crime praticado com violência ou grave ameaça, ou quando o réu seja pessoa de alta perigosidade.

Averbe-se, ainda, que o **Estatuto da Advocacia e da OAB** (Lei 8.906, de 04.07.1994), em seu art. 7^a, III, já assegurava ser direito do advogado “comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis”.

Agora tal direito à comunicação torna-se mais amplo, podendo o advogado entrevistar-se com seu cliente, antes do interrogatório, em qualquer caso, mesmo quando se trate de réu solto. Incumbe registrar que a entrevista reveste-se de especial importância quando o acusado for assistido por defensor dativo que, de comum, ainda não teve a oportunidade de manter contato com o seu constituinte.

Como somente no momento do interrogatório é que se poderá saber se o acusado será assistido por defensor dativo, caberá ao cartório providenciar, com a devida antecedência, mediante indagação ao réu, se ele constituiu advogado ou não. No caso de defensor constituído, igualmente, se assegurará a entrevista reservada, mas ela não se apresenta com a mesma necessidade pois, normalmente, ele já conferenciou com seu cliente.

Embora a lei não o diga, convém que fique registrado na assentada respectiva que o réu manteve contato com o seu defensor antes de iniciar-se o interrogatório ou, ainda, que a defesa abriu mão da entrevista prévia. Dessa maneira, a providência ficará documentada.

7. O art. 186 do CPP consagra o direito ao silêncio, com a ressalva contida em seu único parágrafo de que ele não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Registrei, em trabalho doutrinário antigo, que a parte final do art. 186 do CPP não se vira recepcionada pela nova ordem constitucional ⁷. Embora o art. 5^o, LXIII da nossa Carta Política faça alusão somente ao preso, seria destituído de sentido assegurar o direito ao silêncio somente a ele, tanto mais que, como de trivial sabença, a regra no processo penal é a de que o réu responda solto ao processo. Por que só réu preso haveria de gozar do privilégio? A Constituição

⁷ In *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 16, p. 236 e seguintes, 2000, Rio de Janeiro.

Federal, ao referir-se ao preso, quis apenas protegê-lo de forma mais contundente sem que isto importe em limitação de igual direito ao réu solto.

Dessa forma, a advertência da parte final do art. 186 do CPP, na sua redação primitiva, contrastava com o preceito constitucional. Na atualidade, do silêncio nada se extrai, nem para o bem nem para o mal. Aliás, seria um contra-senso que a Constituição Federal assegurasse ao réu o direito ao silêncio, e a lei processual afirmasse que este mesmo silêncio poderia importar em prejuízo da própria defesa.

Inexiste no processo penal a confissão tácita. Toda confissão há de ser expressa.

Da mesma maneira, a jurisprudência do Pretório Excelso, em mais de uma oportunidade, já assinalara que o silêncio do réu não importa em auto-incriminação, não mais prevalecendo a advertência contida na parte final do art. 186 (STF, HC 75616, 1ª Turma, j. de 14-XI-97, *in* RT 748/563 e RT 753/538) ⁸.

Dessa maneira, a lei nada mais fez do que disciplinar a matéria no sentido da orientação seguida pela doutrina e pela jurisprudência do Pretório Maior.

8. O art. 187 do CPP teve sua redação alterada no *caput* e, parcialmente, em seus parágrafos. Ele está dividido em duas partes: a primeira referindo-se à pessoa do acusado (parágrafo primeiro) e a segunda voltada para os fatos (parágrafo segundo).

Entendo que as indicações relacionadas com a pessoa do réu são de relativa importância, pois o juiz não tomará por base as afirmações do acusado a seu respeito ou a propósito do seu passado penal para decidir. Tais dados deverão estar provados nos autos.

Quanto aos fatos, o Código, em sua nova redação, repete, em linhas gerais, o que já constava do antigo art. 188.

Na prática, os juízes não seguiam com rigor a ordem estabelecida no derogado art. 188 como, acredito, não deverão obedecer a seqüência ora fixada no atual parágrafo segundo do art. 187. Na realidade, os oito incisos ali enunciados servirão como mero roteiro programático para o juiz, parecendo-me, porém, que há ne-

⁸ Referência jurisprudencial na ob. cit. *in* nº 03 dessas notas, p. 173.

les certo resquício do antigo sistema das provas legais. No sistema do livre convencimento (art. 157 do CPP), o juiz não deve ficar vinculado a amarras, mas, ao contrário, perguntar o que entender cabível na ordem que lhe aprouver.

Contém, porém, a nova redação algumas impropriedades ao cuidar das provas (inciso IV) e das testemunhas e do ofendido (inciso V) como se fossem assuntos distintos. Em verdade os últimos não passam de espécies do gênero prova, bastando a referência indicada no inciso IV.

9. A grande inovação contida na disciplina legal do interrogatório vem assinalada no art. 188 ao estabelecer que, ao final daquele ato, “o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido”, ensejando a que elas formulem perguntas, se as entender “pertinentes e relevantes”.

Duas observações:

a) mantém-se o sistema presidencial quanto ao interrogatório, tal como ocorre com as testemunhas (art. 212 do CPP). Em outras palavras, é o juiz quem, por primeiro, interroga o réu, e as perguntas das partes são feitas por seu intermédio;

b) seria de bom alvitre que a lei mandasse constar do ato as perguntas acaso indeferidas, bem como as razões que motivaram a sua não-formulação ao acusado. Desde o momento em que se vai admitir a participação das partes no interrogatório, ela deve ser plena. Não ficando registro no termo, como poderá a parte alegar, no futuro, cerceamento para a acusação ou para a defesa, conforme o caso? Como está redigida a lei, a valoração a respeito da pertinência ou da relevância da pergunta formulada pela parte fica por conta exclusiva do juiz, não dando margem a qualquer protesto da parte, o que, sem dúvida, não condiz com o devido processo legal. Penso, porém, que o silêncio da lei não impede a providência alvitrada, que é a que melhor se afeiçoa com a noção de um processo democrático.

10. A Lei 10.792/2003 facultou ao interrogando, caso venha a negar a acusação, prestar os esclarecimentos que entender cabíveis, assim como indicar as provas que lhe pareçam adequadas. É mera faculdade do réu (a lei diz “poderá”) e assim deve ser. Com efeito, se o acusado tem direito ao silêncio, que dizer quando ele

nega a imputação? Portanto, poderá o réu negar, pura e simplesmente, a acusação contra ele formulada sem nada aludir em favor da sua alegação. Dessa maneira, não se admite que o juiz, no caso de negativa, exija do acusado que apresente as provas de que dispõe da sua alegada inocência ou que venha prestar maiores esclarecimentos a respeito dos motivos da sua atitude.

Diverso é o tratamento dado pela lei no caso de confissão da autoria (art. 190 do CPP). Aqui o acusado será chamado a indicar “os motivos e circunstâncias e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam”.

Justificava-se o cuidado do legislador pois, em tal hipótese, há auto-incriminação por parte do acusado. Como o juiz não está adstrito à confissão do acusado, em razão do sistema do livre convencimento (art. 157 do CPP) e do princípio da verdade real, informadores do processo penal em matéria de prova, cabe ao magistrado perquirir até que ponto aquela confissão traduz a verdade.

Demais disso, não se pode esquecer que a auto-acusação falsa é crime contra a administração da justiça (art. 341 do CP), motivando, ainda mais, a exigência legal constante do art. 190 do CPP. Reafirme-se, ainda uma vez mais, que ao Estado somente interessa a condenação do verdadeiro culpado.

O mesmo dispositivo faz alusão à “confissão da autoria”. Melhor teria dito o legislador se usasse somente a expressão “se o réu confessar” ... Explico-me: é que o reconhecimento de autoria por si só não importa em confissão. Confissão, em boa doutrina, nada mais é que o reconhecimento por parte do réu da sua própria responsabilidade. Por tal razão entendo que a chamada confissão qualificada destoa de um conceito técnico do que seja confissão e, como tal, não pode ser admitida. Volto a esclarecer meu pensamento: se Tício ao agredir Caio vem a causar-lhe lesões corporais, mas alega em seu favor que obrou em legítima defesa, causa excludente da ilicitude; ele não estará confessando, mas apenas reconhecendo a autoria material do fato.

Dessa maneira, sempre que o acusado, embora reconhecendo a autoria, sustente em seu prol qualquer fato ou circuns-

tância que exclua o crime ou que o isente de pena, ele não está confessando⁹.

Compreende-se, agora, a ressalva que se impõe à redação do art. 190 do CPP, que, por sinal, não sofreu qualquer alteração em função do novo regime legal do interrogatório, pois mantida a fórmula originária constante do Código.

11. O atual art. 191 do CPP consagra o princípio da pureza da prova. A matéria já estava prevista no art. 189 do mesmo Código em sua redação primitiva. Observe-se que a lei, em todo o decorrer da prova oral, sempre exige que ela seja colhida de maneira que a palavra de um dos sujeitos da prova oral não possa influenciar na de outro. Aqui, no interrogatório, sempre que houver co-réu, cada um deles será interrogado separadamente (art. 191, antigo art. 189). Quando da inquirição das testemunhas, a lei volta a exigir que elas prestem declarações “cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras” (art. 210 do CPP). Tal dispositivo aplica-se, por analogia (art. 3º do CPP), ao ofendido (caso haja mais de um, evidentemente), uma vez que ele foi tratado em único artigo (201) pela lei processual básica. É caso de aplicação do brocardo “*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”. Da mesma forma, ao cuidar do reconhecimento de pessoas e coisas, o Código exige a prova em separado desde que mais de uma pessoa venha a ser chamada a efetuar o reconhecimento (art. 228).

Em todos estes casos evita-se qualquer comunicação entre as pessoas chamadas a produzir a prova, de maneira que não haja qualquer comprometimento quanto à idoneidade e ao valor real que suas declarações possam merecer. Demais disso, afasta-se a influência que o depoimento de uma pessoa possa exercer sobre a fala de outra.

12. O disposto nos arts. 192 e 193 do CPP, no regime da nova lei, não apresenta qualquer alteração, pois mantém a disciplina anterior estabelecida no Código dos anos 40.

Perdeu-se a oportunidade de corrigir a defeituosa redação do art. 193 do CPP. Com efeito, a respeito do mencionado dispositivo, tive a oportunidade de tecer as seguintes considerações:

⁹ Para um exame minucioso a respeito do conceito de confissão e da distinção que existe entre ela, confissão, e mero reconhecimento de autoria, o interessado poderá encontrar algum subsídio em meu estudo “O desvalor da confissão policial”, in **Revista da AJUFE** (Associação dos Juizes Federais), ano 17, nº 59, out./dez. – 1998, p. 399 e seguintes.

“Ainda em termos de interrogatório, convém proceder-se correção à redação do art. 193 . A locução correta do texto, ao meu sentir, daria ao art. 193 a seguinte feição: ‘quando o acusado não falar a língua nacional, o interrogatório será feito pelo juiz por meio de intérprete’. Não é o intérprete quem interroga o réu, como consta da lei, e sim o juiz. O intérprete funciona como mero instrumento de que se vale o juiz naquela circunstância especial” ¹⁰

13. A Lei 10.792/2003 revogou, com inteiro acerto, o art. 194 do CPP, que perdeu sua razão de ser em função do advento do novo Código Civil. Com efeito, dispunha o texto legal em exame que, se o acusado fosse menor, o interrogatório dar-se-ia na presença de curador. Na atualidade, como o menor de 21 anos e maior de 18 não é mais relativamente incapaz, podendo, assim, exercer todos os atos da vida civil, desapareceu a necessidade da nomeação de curador, que se destinava, exclusivamente, a suprir a relativa incapacidade do menor. O novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002), que entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003, em seu art. 5º reduziu a maioria civil de 21 para 18 anos de idade, revogando, ***ipso facto***, o art. 194 do CPP. Agora, veio a lei processual em comento, estabelecendo a revogação expressa do texto legal ora examinado. Foi oportuna a modificação, uma vez que já se ensaiava na doutrina discussão a respeito da matéria, pois segundo alguns teria havido derrogação tácita da lei processual, enquanto outros entendiam que os efeitos do novo Código Civil perante o Código de Processo Penal exigiam lei nova, tendo em conta que uma lei civil não poderia interferir numa norma penal ¹¹.

¹⁰ Veja-se, a propósito, o meu estudo a respeito da “Disciplina legislativa da prova penal”, in **Revista de Direito da Defensoria Pública**, nº 16, p. 236 e seguintes, ano 2000.

¹¹ Para um completo exame do tema, consulte-se o estudo intitulado “A nova maioria civil: reflexos penais e processuais penais”, publicado na **Revista do Ministério Público**, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 17, 3ª fase, Jan-Jun 2003, p. 113 e seguintes. O trabalho em tela resultou de estudo elaborado pela “Mesa de Ciências Criminais” composta por professores do “Complexo Jurídico Damásio de Jesus”, tendo como coordenador o eminente professor DAMÁSIO DE JESUS e contando com a participação dos professores GIANPAOLLO POGGIO SMANIO, FERNANDO CAPEZ, RICARDO CUNHA CHIMENTI, VÍCTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, VÍTOR FREDERICO KÜMPFEL, ANDRÉ ESTEFAM ARAÚJO LIMA e o próprio DAMÁSIO DE JESUS.

Agora, com o advento da Lei 10.792, de 01-12-2003, *tollitur quaestio!*

14. Não apresenta qualquer registro digno de relevo o novo texto do atual art. 195. Na verdade, houve mera adaptação ao sistema legal a que ficou submetido o interrogatório. O *caput* do antigo art. 195 perdeu sentido, passando o antigo parágrafo único daquela norma legal a compor a redação da lei.

15. Mas há novidade no que respeita ao art. 196. Embora mantido o proêmio da lei anterior, acrescentou-se que o novo interrogatório possa decorrer de providência “de ofício” do próprio juiz, ou em razão de pedido **fundamentado** de qualquer das partes. A fórmula decorre do sistema adotado, em que as partes podem apresentar perguntas para o réu quando do interrogatório. Dessa forma, desde que venha a surgir fato novo que possa motivar o requerimento das partes, ou ainda em razão de que o interrogatório primitivo apresente alguma deficiência grave não constatada no momento do ato, a providência terá sentido, exigindo-se decisão fundamentada do juiz no caso de indeferimento.

Estabeleceu a lei, no meu entendimento com absoluto acerto, a necessidade de que a parte, caso venha a postular a realização de novo interrogatório, dê as razões pelas quais pretende a providência. Com tal determinação evita-se a procrastinação do feito e o uso da alicantina.

Caberá ao juiz decidir, motivadamente, se há fundada razão para que o ato seja renovado.

É evidente que o juiz não precisará do requerimento da parte para tomar a providência caso a entenda cabível.

A lei faz uso do vocábulo “pedido”, quando, na realidade, o que ali se pretende nada mais é do que um mero requerimento. Com efeito, a palavra “**pedido**”, no processo penal ou civil, reveste sentido próprio. Assim, o autor **pede** na inicial; aqui, nada mais ocorre do que um dos muitos requerimentos ocorridos no decorrer do processo.

O texto legal fez referência ao juiz, mas tal colocação não invalida a aplicação da regra constante do art. 616 do CPP, onde se possibilita a realização de “novo interrogatório”, já agora por determinação emanada do segundo grau de jurisdição, independente-

mente de requerimento da parte. Aqui, porém, impõe-se uma observação: desde que o recurso seja exclusivo da defesa, não será possível a conversão do julgamento em diligência, caso a prova a ser colhida possa redundar em prejuízo para o réu. Baixando os autos para o “novo interrogatório”, observar-se-á, no primeiro grau, a nova redação da lei, assegurando-se às partes o direito de formular perguntas ao réu caso assim entendam.

16. Afastando-se do interrogatório, o novo diploma legislativo cuidou, igualmente, de aperfeiçoar o parágrafo único do art. 261 do CPP, assim como de imprimir nova redação ao art. 360 do CPP.

Vejamos, inicialmente, o primeiro daqueles dispositivos.

O parágrafo único do art. 261 do CPP exige, expressamente, a realização de **defesa efetiva**, ao assinalar, com a nova leitura, que ela se efetive sempre “através de manifestação fundamentada”. Evita-se, com a determinação, a chamada defesa formal. A lei nem precisava registrar tal exigência, pois a Constituição Federal, ao consagrar a amplitude da defesa (art. 5º, LV), não comporta outra solução que não seja a consagrada na redação do atual parágrafo único, agora acrescentado ao art. 261 por força da Lei 10.792/2003.

Acode-me uma indagação: a Súmula 523 do STF poderá vir a ser revista?

Com efeito, nela encontra-se estipulado que a deficiência (não a falta) de defesa só causará nulidade “se houver prova de prejuízo para o réu”.

Imagine-se, por exemplo, o caso de uma defesa exercitada com deficiente fundamentação. Haverá nulidade?

De acordo com a Súmula 523 – STF não se poderia invocar nulidade, salvo se demonstrado prejuízo para o acusado.

Agora, com a nova redação da lei, ao exigir-se “manifestação fundamentada” da defesa constituída ou dativa, a Súmula 523 do STF restará de pé?

No meu entendimento não haverá razão para revê-la, deixando-se ao juiz, diante do caso concreto, avaliar até que ponto a deficiente fundamentação trouxe real prejuízo para o réu.

De qualquer maneira, não se admitirá a defesa feita por estagiário ou por acadêmico de direito atuando sozinho, nem tampouco

a defesa exercida por leigo mesmo que na comarca inexista advogado, fato, quero crer, raro de ocorrer. Nesta última hipótese, caberá ao juiz oficial à seção local da OAB, solicitando a indicação de um causídico **"ad hoc"**.

Em suma: defesa efetiva é a "manifestação fundamentada" que a lei processual exige em consonância com a norma constitucional. Dessa forma, jamais poderá decorrer da atuação de um leigo.

Exige-se sempre, no processo penal, o contraditório homogêneo.

Observe-se, por fim, que o parágrafo único do art. 261 do CPP alude, apenas, ao "defensor público ou dativo", quando exige que a defesa técnica se faça através de manifestação fundamentada. É evidente que a lei disse menos do que pretendeu, pois tal determinação, por óbvio, estende-se, também, ao defensor constituído.

17. Merecedora de encômio a nova redação formulada para o art. 360 do CPP, ao exigir a citação pessoal do réu preso.

O texto legal veio espancar dúvidas que existiam a respeito da citação de réu preso. Havia, na doutrina e na jurisprudência, duas orientações: a primeira, amplamente majoritária, entendia que a citação por mandado era prescindível, tendo em conta a redação anterior do art. 360 do CPP, que exigia apenas a requisição para o interrogatório; a segunda, minoritária, sustentava ser indispensável a citação pessoal, não bastando, apenas, a requisição.

Sempre defendi como certa a última posição.

Na verdade, ao estudar o tema salientei:

"Merece especial cuidado a chamada 'citação por requisição' do réu preso (art. 360 do CPP). Penso que a regra do art. 360 do CPP deve ser interpretada da forma que se segue: a requisição deve ser dirigida ao Diretor do estabelecimento prisional para que apresente o preso em Juízo na data apazada. A providência, no caso, resulta óbvia, pois o preso não dispõe de liberdade de locomoção. Porém, ela não exime o Juízo de mandar citar o réu por mandado de maneira que ele, como de resto qualquer réu, tome ciência da acusação com a necessária antecedência, podendo, dessa forma, preparar sua defesa, tal como exige a Lei Maior (art. 5º, LV). No Rio de Janeiro, há

Defensores Públicos designados para dar assistência aos presos na penitenciária e que bem poderão orientar sua clientela, nada impedindo que o próprio preso, em tempo hábil, possa aconselhar-se com advogado de sua confiança."¹²

Portanto, a nova redação conferida ao art. 360 do CPP importou em valioso aperfeiçoamento de nossa lei processual.

18. Mas não se esgotam ainda nestas singelas anotações as observações que a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, está a exigir. Vejamos, agora, alguns pontos que estão a cobrar algumas considerações.

18.1. Cabe, por primeiro, o registro de que a nova disciplina legal do interrogatório encontra aplicação tão-somente em relação ao interrogatório prestado em juízo. A ouvida policial continua regida pelas normas que presidem o procedimento inquisitivo. Na realidade, o art. 6º, V do CPP manda que autoridade policial ouça o indiciado com a observância, **no que for aplicável**, do disposto no Capítulo III do Título VII, do Livro I (arts. 185 a 196 do CPP). Resulta claro da leitura da lei processual que não haverá, nesta fase, qualquer participação das partes, até porque não há partes na fase pré-processual. Ali, no art. 6º, V do CPP, a lei manda aplicar o procedimento do interrogatório judicial **no que couber**.

Parece-me que a questão não deva merecer maior discussão, embora já se escutem algumas vozes dissonantes a proclamar a aplicação plena das novas regras ao procedimento investigatório preliminar.

18.2. A nova redação conferida ao art. 188 do CPP, ao permitir a participação das partes no interrogatório, voltou a dar, sem a menor dúvida, um certo teor de meio de prova para aquele ato, sem que ele perca o seu caráter de instrumento de defesa material.

Porém a lei resultou incompleta. Faltou-lhe, como já assinalado (9, *supra*), o registro de que o juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não guardarem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida, tal como ocorre com

¹² **Processo Penal – Reflexões**, p. 293, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

prova testemunhal (art. 212 do CPP). Mais ainda: no caso de recusa à pergunta, deverá constar do termo a razão do indeferimento, para efeito de documentação. Evita-se, com tal providência, o arbítrio judicial, garantindo à parte que se vir prejudicada argüir, oportunamente, nulidade por cerceamento de defesa ou de acusação, conforme a hipótese.

Desde o momento em que se permitiu a participação das partes no interrogatório judicial, deve ela dar-se de forma plena, não se justificando qualquer cerceamento ilegal na sua atuação. Uma pergunta pode não parecer ao juiz “pertinente ou relevante”, porém a parte tem o direito de ver registrado o motivo do indeferimento.

Quando uma indagação da parte poderá ser indeferida? Somente nas duas situações processuais acima indicadas: quando não guarde qualquer relação com o processo ou na hipótese de repetição de outra já respondida.

18.3.Qual a ordem das perguntas?

Quem, após o juiz, pode formular indagação ao réu, uma vez mantido o sistema presidencial?

A natureza jurídica do ato seria o parâmetro definidor da ordem a ser seguida na apresentação das perguntas. Se ato de defesa, esta teria primazia; se meio de prova, a acusação ganharia precedência. Como, com a nova lei, reabriu-se a velha discussão, agora revestindo não somente interesse acadêmico, em função de permitir-se a participação das partes no interrogatório, entendo que deva ser seguida a ordem que mais favorece a defesa, deixando-se para ela a faculdade de perguntar por último.

Porém a lei deveria ter disciplinado a matéria, evitando futura disputa doutrinária e jurisprudencial.

18.4.A presença das partes, quando do interrogatório judicial, na atualidade, passa a ser obrigatória (*vide* nº 5, *supra*).

18.5.O assistente pode participar do interrogatório dirigindo perguntas ao réu?

Novamente a natureza jurídica do instituto é que servirá de norte para a solução da *quaestio juris*.

Ao examinar a natureza jurídica da figura processual do assistente do Ministério Público no processo penal, anotei o seguinte:

“3. Antes de mais nada, incumbe examinar a natureza jurídica da assistência. Não participo, com todas as vênias possíveis e imagináveis, da posição doutrinária que vislumbra no assistente a função de parte contingente contrapondo-se à parte necessária, partindo do princípio segundo o qual com a presença do assistente ou sem ela o processo existirá. Por igual razão, parece-me indevida a designação de parte secundária (a parte principal seria o Ministério Público) ou expressão equivalente. TORNAGHI, ao meu sentir, é quem melhor situa a questão, ao ensinar que ‘a única hipótese de intervenção de terceiro no processo penal’ dá-se com a figura do assistente de acusação, nos termos do art. 268 do CPP. Assim, o assistente se faria presente no processo **ad coadjuvandum tantum**, atuando com poderes limitados de gestão processual, expressamente delineados no art. 271 do CPP. Na verdade, o assistente não é parte, pois não pede, como já assinalamos em outra oportunidade. Aliás, a rigor, ele não é sequer um litisconsorte ‘porque sua intervenção não importa em cumulação subjetiva de lides’, como bem registra ELIÉZER ROSA.”¹³

Resulta do exposto que, para aqueles que entendem ser o assistente do Ministério Público parte secundária no processo penal, sua participação no interrogatório deverá ser assegurada diante dos termos da nova lei (o texto em exame alude às partes). Para os que pensam, como eu, não ser ele parte mas apenas terceiro que intervéem no feito criminal, atuando nos **estritos limites taxativamente impostos** pelo art. 271 do CPP, não haverá lugar para a sua participação quando do interrogatório, embora possa estar presente ao ato por força do que dispõe o art. 394 do CPP, permanecendo como fiscal do regular desenvolvimento daquele momento processual.

A ocorrência da presença do assistente do Ministério Público por ocasião do interrogatório, ao que me parece, não será comum, pois, em regra, a habilitação do assistente só se dá no decorrer da

¹³ “A taxatividade das atribuições do assistente do Ministério Público”, in **Serviam Juris - Revista Jurídica**, ano 2, nº 1, do “Instituto Superior de Ensino e Pesquisa do Direito” (ISPED) da “Universidade Santa Úrsula”, edição comemorativa dos 65 anos da Universidade e dos 25 anos do Curso de Direito, p. 43 e seguintes.

instrução criminal probatória, quando da inquirição das testemunhas arroladas pelo autor. De qualquer forma, uma vez recebida a denúncia, sua habilitação já se torna possível, fazendo surgir o problema em análise.

18.6. Duas questões ainda afloram com certa importância em relação à participação do Ministério Público no interrogatório.

A primeira delas voltada para a ação penal de **exclusiva** iniciativa privada. O tema já foi visitado (5, *supra*) mas ainda exige uma observação importante: como fica a posição do Ministério Público? Sustento que não sendo parte no processo, não lhe caberá formular perguntas ao réu. Estas se farão, quando cabíveis, por iniciativa do querelante e do querelado. Porém, como fiscal da lei, não fica ele eximido de fazer-se presente ao interrogatório, por força do art. 394 do CPP, velando pela fiel observância do aspecto formal daquele importantíssimo ato processual.

Indaga-se: caso o Ministério Público venha a aditar a queixa, na defesa do princípio da indivisibilidade da ação penal (arts. 45 e 48 do CPP), como deverá comportar-se o **Parquet** em tal situação processual?

Recebido o aditamento pelo juiz, o Ministério Público, em relação ao querelado incluído no processo por força da sua atuação, embora assuma a esdrúxula posição de parte (o princípio reitor é o da oportunidade!), mesmo assim não poderá formular perguntas ao querelado, pois, após o aditamento, volta a atuar no processo como fiscal da lei. É que sua intervenção prende-se ao objetivo de resguardar o princípio da indivisibilidade da ação penal, não lhe sendo permitida qualquer ingerência a respeito do mérito da acusação, em face, agora, do princípio da disponibilidade da ação penal, que continua a reger a ação penal exclusivamente privada.

Entendo, no entanto, que o aditamento naquela oportunidade não pode ser admitido, muito embora a lei processual penal faça alusão expressa à providência. É que, segundo dispõe o art. 49 do CPP, “a renúncia ao exercício do direito de queixa em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá”. A lei, como de fácil observação, apresenta-se contraditória, uma vez que o art. 49 entra em testilha com o que dispõem os arts. 45 e 48. Em ocorrendo a circunstância, penso que a melhor solução consistirá em admitir-se

a renúncia tácita por parte do querelante, caracterizada pela exclusão da demanda de um ou mais autores da infração penal. Resolve-se, pois, a antinomia em favor do querelado. É certo que o princípio do *in dubio pro reo* é típico da valoração da prova penal, conduzindo à absolvição do acusado (art. 386, VI do CPP). Aqui, ao contrário, discute-se matéria de direito e de processo. Porém, não vislumbro solução outra. Sustento, assim, que, *in casu*, a punibilidade deve ser julgada extinta por força da renúncia tácita (art. 107, V, do CP)¹⁴.

18.7. E nos casos de queixa subsidiária (art. 29 do CPP)? Aqui, ao contrário, por tratar-se de ação pública, penso que a participação do Ministério Público no interrogatório deva ser ampla, podendo e devendo, se necessário ou oportuno, formular perguntas ao réu. Não há motivo para qualquer restrição à sua atuação. Com efeito, o art. 29 do CPP manda que o **Parquet** deva intervir “em todos os termos do processo” e isso inclui, evidentemente, a sua participação ativa no interrogatório, tenha ou não aditado a queixa, até porque o interrogatório é também um meio de prova e ao Ministério Público incumbe, segundo a lei que rege a matéria, “fornecer elementos de prova” (art. 29 do CPP). Para tanto, deve estar autorizado a formular perguntas ao réu, pois nada assegura vá o querelante continuar promovendo a ação penal. Nessa situação, em ocorrendo a negligência do querelante, incumbirá ao Ministério Público retomar a ação como parte principal (art. 29 do CPP). Se houver aditamento, formar-se-á um litisconsórcio ativo entre o querelante e o **Parquet**, que passa a atuar como verdadeira parte, podendo, *ipso facto* e com maior razão, requerer ao juiz a formulação de perguntas ao réu, após o querelante.

19. Que se pode dizer da nova lei?

Malgré tout ela contém mais qualidades que defeitos, importando, no seu conjunto, em aperfeiçoamento da nossa lei processual penal ao adaptá-la, no que respeita ao interrogatório e aos demais temas aqui versados, ao Texto Magno de 1988.☐

¹⁴ Em relação ao tema, o eventual leitor poderá encontrar alguma informação em meu estudo “Revisitando o aditamento à queixa”, in **Processo Penal – Reflexões**, p. 27 e seguintes, Editora Lumen Juris, 2002.

A VIOLÊNCIA URBANA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Asclepiádes Rodrigues

Desembargador aposentado do TJ/RJ

Todos sabem que a violência urbana não é nova nem exclusiva do Brasil.

No século dezoito as pessoas evitavam andar à noite nas ruas de Londres. No século seguinte, nos Estados Unidos, “os indivíduos defendiam a vida, a propriedade e a reputação atirando primeiro e apelando para a justiça depois, se tanto” (William H. Mac Neill, na obra coletiva **Insegurança Pública – Reflexões sobre a Criminalidade e a Violência Urbana**, organizada por Nilson Vieira Oliveira, Nova Alexandria, 2002, p.11).

No fim do Império e início da República, os capoeiras, armados de cacete e navalha, dominavam nas cidades de Recife, Salvador e Rio de Janeiro. “Os capoeiras formavam maltas, isto é, grupos de vinte a cem, que, à frente dos préstitos carnavalescos, nas festas cívicas ou nacionais, provocavam arruaças, esbordoando e ferindo muita gente” (**Enciclopédia Brasileira Mérito**, Editora Mérito S.A., 1957, vol. 4, verbete capoeiragem).

Tanta era a violência que mereceu um tratamento penal específico. O Código Penal de 1890, no Livro III, “Das contravenções em espécie”, Capítulo XIII, “Dos vadios e capoeiras”, estabelecia pena de prisão celular por dois a seis meses para o fato de “fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação *capoeiragem*; andar em correrias, com armas e instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incer-

ta, ou inculindo temor de algum mal” (artigo 402). Se nesses exercícios de capoeiragem ocorressem outros crimes, as penas de tais crimes seriam aplicadas cumulativamente (artigo 404).

No tempo dos capoeiras, exatamente em 1892, surgiu o jogo do bicho, “jeitinho” brasileiro para solução da crise financeira do Jardim Zoológico do Rio de Janeiro. O jogo do bicho tornou-se uma extensa e incontrolável atividade informal, comandada pelos “banqueiros”, que lotearam a cidade para reduzir os conflitos nas disputas pelos pontos de venda.

O professor Ricardo Vélez Rodriguez, em tese defendida na Universidade Federal de Juiz de Fora – “Perspectivas e Impasses no Combate ao Crime Organizado”, estabeleceu, a partir da metade do século passado, quatro “momentos do avanço do confronto da sociedade e das autoridades com o crime organizado”:

1º momento - entre 1950 e 1980 predomina a contravenção do jogo do bicho, crescendo a violência em proporção à tolerância e à aceitação dos “banqueiros”, considerados por alguns como benfeitores;

2º momento - entre 1980 e 1990 aumenta o poder de fogo dos marginais, com a utilização de armas de longo alcance e táticas de guerrilha urbana – “entre 1985 e 1991 houve 70.061 homicídios no Rio de Janeiro, enquanto que nos sete anos de guerra do Vietnã houve 56.000 americanos mortos, tendo sido de 70.000 o número de mortos nos quatro anos da guerra da Bósnia e de 25.000 o total das vítimas da guerra travada entre o Sendero Luminoso e o Estado peruano (ao longo de sete anos)”, de acordo com o professor Ricardo Vélez Rodriguez, apoiado em trabalho de Roberto Campos publicado na “Carta Mensal – o Rio sob o signo do atraso e da violência”, n.º 491, fevereiro de 1996;

3º momento - entre 1990 e 2000, em que se consolida o poder dos bicheiros como traficantes, ampliando os pontos de aposta para bocas de fumo, gerenciadas empresarialmente, “deitando as bases para a exportação de tóxicos, expandindo a empresa do narcotráfico/contravenção para outros Estados e passando a organizar, de maneira sistemática, os exércitos da morte, mediante o aliciamento de militares que garantem o treinamento e a aquisição de munições e armamento”;

4º momento - entre 2000 e 2003, Fernandinho Beir-Mar e Leonardo Dias Mendonça “organizaram o “Suricartel”, uma multinacional do crime e do narcotráfico, que garante armas às FARC e cocaína aos morros cariocas”, consolidando a penetração das FARC nas favelas do Rio, de acordo com o estudo que estamos citando.

A violência aumenta. Nem quartéis das Forças Armadas escapam às investidas dos traficantes, na busca de armas e munição. Vários policiais são executados nas vias públicas.

Enquanto isso, as autoridades discutem e promovem o desarmamento das pessoas de bem. Nenhuma providência séria para desarmar bandidos e desalojá-los de seus “santuários”. Parece ter havido o acordo denunciado por César Maia, para deixar livre o varejo de drogas, desde que não haja tiros (**Folha de S. Paulo** de 01.08.2001, segundo a tese antes mencionada).

Publicação da Universidade Federal Fluminense, **Momento UFF**, nº 147, fevereiro/março de 2004, estampou entrevista dos professores Hélio de Araújo Evangelista, Roberto Kant e Dalcy Fontanive sobre segurança pública no Rio de Janeiro. Depois de consignar que o narcotráfico no Brasil é responsável, a cada ano, pela lavagem de 15 bilhões de dólares, o equivalente a 3% do PIB nacional, registra que “esse poder do narcotráfico não parece ter sido conquistado mas, de certa forma, até mesmo permitido. Principalmente no cenário político, onde ainda é possível observar o uso do discurso da segurança pública para obtenção de votos” (trabalho da jornalista Pamela Archontakis e do bolsista Daniel Braga colhido no site www.feth.ggf.br/segur%c3%a7a.ktm)

O Rio de Janeiro passou a conviver com “arrastões”, “bondes”, balas perdidas, seqüestros-relâmpago ou de médio prazo. As autoridades, nas três esferas, todas com projeto pessoal para a eleição de Presidente da República, não se entendem para unir esforços no combate à violência, bem como para resolver outros problemas básicos, como educação e saúde. Recentemente (D.O. da União de 11.03.2005), o governo Federal decretou estado de calamidade pública na saúde do Rio de Janeiro, iniciando “Operação de Guerra nos Hospitais”, conforme amplo noticiário (V. **Jornal do Brasil** de 12.03.2005, págs. A1 e A13). A segurança do Rio de Janeiro exige tratamento semelhante.

Por enquanto, os “santuários” onde se abrigam as quadrilhas não são muito incomodados. As incursões policiais nesses redutos são episódicas e somente acionadas pelos crimes de maior repercussão. O combate oficial é, assim, assistemático, e sem a intensidade capaz de erradicar conhecidos delinqüentes das comunidades que eles dominam pelo terror.

A força desses bandidos é tamanha que eles selecionam quem pode morar em suas áreas de domínio. A televisão tem mostrado a polícia garantindo a fuga de pessoas expulsas de suas casas pelos marginais.

A respeito, escreveu Alexandre Neto, delegado de polícia do Rio de Janeiro, que o “despejo forçado” começou “envolvendo policiais que findaram expulsos dos locais onde moravam pelo simples fato de serem agentes da lei. Ora, se os marginais expulsam a própria polícia, por que não podem expulsar também os comerciantes e moradores?” E encerra mais adiante o seu trabalho: “Quando as pessoas abandonam seus lares e seus negócios por pressão do banditismo local, significa que o Estado, além de confessar a incompetência, assume o papel de verdadeiro garantidor da ilegalidade, sob o falso pretexto de se evitar um mal maior – ou seja, mortes no processo de expropriação pelo crime. O Estado atesta, assim, a sua debilidade e fraqueza diante das velhas táticas do tráfico, e permite o seu revigoramento – apesar da 'Nova Polícia', que de nova só tem o nome” (“Confissão de um fracasso”, **O Globo** de 11.10.2004, p. 7).

O crescimento do poder do narcotráfico resulta do grande valor de dinheiro que ele movimenta, facilitando o envolvimento de alguns políticos e autoridades (V. Angelina Peralva, **Violência e Democracia – Paradoxo Brasileiro**, az e Terra, 2000, p. 103/105, e **Jornal do Brasil** de 03.03.2005, p. A 13, noticiando a exoneração do comandante da PM do Leblon e a prisão de alguns de seus subordinados por suposto comprometimento com o tráfico, bem como as reportagens de capa da revista **Veja** de 16.03.2005 e de 23.03.2005, p. 38/41). São exemplos de fatos que se tornaram rotineiros.

Quando detratores do Judiciário afirmam ser ele um fator ponderável do chamado “custo Brasil”, esquecendo o peso excessi-

vo da carga tributária, proporcional ao crescente inchaço do Poder Executivo (os gastos do gabinete do atual Presidente da República subiram 186,7%, segundo reportagem de Regina Alvarez, **O Globo** de 14.03.2005, caderno “O País”, p.3), a deficiência dos meios de transporte e a alta extorsiva dos juros, é bom lembrar que a “Violência pesa no balanço”, como os jornalistas Flávia Oliveira Araújo, Maria Fernanda Delmas e Vagner Ricardo intitularam sua reportagem, publicada no caderno de “Economia” de **O Globo**, de 06.03.2005, p. 35. Um quadro ilustra a reportagem indicando perdas das companhias no Estado do Rio de Janeiro, do qual são extraídos os elementos abaixo:

A Ampla (ex-Cerj) perde R\$ 1 milhão por ano com roubo de fios e equipamentos e não consegue cobrar o fornecimento de 20 mil clientes inadimplentes em áreas de risco de Caxias; hotéis, restaurantes e bares gastam por mês R\$ 3 milhões com serviço de segurança privada; das distribuidoras de GLP são roubadas cargas de 11 caminhões por mês, num total mensal de R\$ 88 mil (a imprensa tem noticiado que em certas favelas a distribuição de gás é dominada pelas quadrilhas); a Telemar gasta por mês, com reparo de “orelhões”, o equivalente à instalação de 500 telefones públicos, além de registrar 250 furtos de cabos por semana; a Light perdeu mais de R\$ 13 milhões em cabos e transformadores destruídos por traficantes de janeiro a novembro de 2004, além de registrar 1.050 casos em que funcionários foram impedidos por traficantes de entrar nas comunidades, 2 seqüestros de funcionários e 2 destruições, por tiros, de cabos de linhas de transmissão instalados nas torres.

O encarecimento do seguro de automóveis, a desvalorização dos imóveis situados nas áreas de risco e adjacências, as despesas médico-hospitalares com o tratamento das vítimas são outras parcelas do custo da violência.

Ante a insegurança generalizada, as pessoas abastadas reagem de diferentes modos. Uns mudam para o exterior ou para lugares mais tranquilos do País. Outros fortalecem suas casas, instalam alarmes, contratam segurança particular, usam helicópteros, automóveis blindados e com dispositivos para pronta localização.

Os menos afortunados – a grande maioria - enfrentam o transporte comum, as balas perdidas que transfixam a lataria de seus

veículos e as paredes de suas casas. Muitos até separam algum dinheiro para dar ao ladrão e assim evitar dano físico, no caso de uma eventual abordagem. Há pouco tempo, a televisão mostrou um motociclista assaltante que na Lagoa, sítio de sua habitual atuação, alvejou a perna de um motorista desprovido de valores. E as pessoas deram graças a Deus...

Mas é preciso reagir. Não vamos deixar que os princípios constitucionais da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, proclamados no artigo 5º da Constituição Federal, sejam transformados em letra morta. Deixar como está será um convite a qualquer grupo com vocação ditatorial, seja da direita ou da esquerda. É claro que a reação tem que ser dentro da lei e exercida pelos órgãos oficiais competentes. **O Globo** de 20.03.2005, na primeira página, informa que grupos chefiados por PMs, “no vácuo do poder público”, estão expulsando o tráfico de favelas, com a ajuda de moradores, comerciantes e de pequenas empresas das comunidades. Além do pecado original da criação, à margem do Estado, é imprevisível o rumo que essas milícias tomarão.


Uma das formas de reagir legitimamente é responsabilizar o Estado pela omissão de seus agentes em garantir a segurança pública (artigo 144, da Constituição Federal). Não há estímulo melhor do que mexer no bolso do negligente para fazê-lo funcionar. Especialmente nos cofres de administrações fiscalistas como as nossas. Vão acabar entendendo que investir em segurança pública sai mais barato do que reparar os danos da insegurança.

Dirão os mestres da responsabilidade civil, raciocinando com princípios elaborados em dias mais tranqüilos, que o Estado não responde pela ineficácia genérica da polícia preventiva. Seria necessário verificar se houve falha da polícia na situação concreta, de tal sorte que o Estado não evitou os danos que deveria e poderia prevenir. É ainda seguida a lição do grande Pedro Lessa (**Do Poder Judiciário**, Francisco Alves, 1915), “cuidando de um delito de furto ou de roubo, “perpetrado nas condições em que geralmente tais crimes são cometidos”, para deduzir, daí, que “não há à vítima o direito de ser indenizada pelos cofres públicos”, pois “evidentemente não há um vínculo **direto**, que prenda o dano causado a um ato do Poder

Público" (segundo Yussef Said Cahali, **Responsabilidade Civil do Estado**, Malheiros, 2ª ed., 1995, p. 535).

Quase um século depois, os despejos forçados de moradores, comerciantes e até de policiais, o ajuntamento de pessoas em "arrastões" ou "bondes", com assaltos em série, as invasões de delegacias para resgate de presos, as execuções de policiais em seus postos de serviço, os tiroteios em áreas e momentos conhecidos (basta a polícia aparecer), com as conseqüentes balas perdidas, atingindo pessoas e imóveis que se desvalorizam intensamente, são exemplos de fatos que, pelas circunstâncias de lugar, tempo e forma de execução sempre repetidas, são previsíveis e evitáveis, não se inserindo no conceito de caso fortuito ou força maior.

Quando se realizou no Rio de Janeiro a "Cúpula da Terra", em 1992, foi praticamente nenhuma a ocorrência de um desses fatos enumerados no parágrafo anterior. Durante esse evento o Rio de Janeiro voltou realmente a ser a Cidade Maravilhosa. Vale a pena repetir a operação, em caráter duradouro, envolvendo todas as forças de segurança, como em 1992, para garantir a vida com dignidade, a integridade física, a liberdade de ir e vir e o patrimônio de todos, até daqueles que não podem pagar segurança particular.

Enquanto isso não é feito, o Estado - sempre em sentido amplo - deve indenizar os danos a particulares decorrentes de fatos previsíveis e evitáveis, que seus agentes tinham o dever de impedir. Esse parece ser o entendimento mais democrático, que atende ao princípio de igualdade dos ônus e encargos sociais, no lugar da interpretação "fazendária", construída na tentativa ilusória de beneficiar o Estado. 

A IDEOLOGIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

(A INCONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA PENAL DOS DIREITOS PATRIMONIAIS DE AUTOR)

Túlio Lima Vianna

Professor de Direito Penal da PUC-MG. Doutorando (UFPR) e Mestre (UFMG) em Direito.

“Se a natureza produziu uma coisa menos suscetível de propriedade exclusiva que todas as outras, essa coisa é ação do poder de pensar que chamamos de idéia, que um indivíduo pode possuir com exclusividade apenas se mantém para si mesmo. Mas, no momento em que divulga, ela é forçosamente possuída por todo mundo e aquele que a recebe não consegue se desembaraçar dela. Seu caráter peculiar também é que ninguém a possui de menos, porque todos os outros a possuem integralmente. Aquele que recebe uma idéia de mim, recebe instrução para si sem que haja diminuição da minha, da mesma forma que quem acende um lampião no meu, recebe luz sem que a minha seja apagada.” Thomas Jefferson

Tradução: ORTELLADO, Pablo. *Por que somos contra a propriedade intelectual.* Disponível em: http://riseup.net/anarquista/porque_somos_contra.htm

1. A INVENÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Historicamente, a preocupação com a tutela dos direitos de autores de obras intelectuais é bastante recente. Na Antigüidade e na maior parte da Idade Média as dificuldades inerentes ao processo de reprodução dos originais, por si só, já exerciam um poderoso controle da divulgação de idéias, pois o número de cópias de cada obra era naturalmente limitado pelo trabalho manual dos copistas.

Com a invenção da imprensa, os soberanos sentiam-se ameaçados com a iminente democratização da informação e criaram um ardiloso instrumento de censura, consistente em conceder aos donos dos meios de produção dos livros o monopólio da comercialização dos títulos que editassem, a fim de que estes, em contrapartida, velassem para que o conteúdo não fosse desfavorável à ordem vigente.

*“Em 1557, dezoito anos depois que Wiliam Caxton lá [na Inglaterra] introduziu a máquina de escrever (**printing press**), Felipe e Maria Tudor concederam à associação de donos de papelaria e livreiros o monopólio real para garantir-lhes a comercialização de escritos. A corporação, então, tornou-se uma valiosa aliada do governo em sua campanha para controlar a produção impressa. Eram comerciantes que, em troca da proteção governamental ao seu domínio de mercado, manipulavam os escritos do indivíduo ao conteúdo, exercendo a censura sobre aqueles que lhe fossem desfavoráveis na oposição à realeza. A esse privilégio no controle dos escritos chamou-se **copyright**, que nasceu, pois, de um direito assegurado aos livreiros, e não como um direito do autor dos escritos. Durou mais ou menos duzentos anos, e é a semente das leis (**Statutes**) relativas a esse direito herdadas pela Inglaterra, e, mais tarde, pelos Estados Unidos da América do Norte.”¹*

Esta perversa simbiose entre o poder dominante e os donos de meios de produção de livros não visava tutelar qualquer direito de autor, mas tão-somente garantir o monopólio de reprodução das obras, daí porque foram chamados de **copyright** (direito de cópia).

"Foi a Revolução Francesa, paralelamente à Revolução Industrial, com seu ideário de igualdade, liberdade e fraternidade, que fez a história do outro direito, da outra faceta do direito autoral, o seu conteúdo moral, de respeito às idéias de cada um na sua integridade e significado político, ideológico ou

¹ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. p. 28.

meramente ficcional. Pierre Recht noticia que na França, desde o século XVI, os autores iniciavam a consciência de que teriam um direito sobre as suas criações. Mas, do mesmo modo que na Inglaterra, a edição de livros era também uma concessão real. A primeira obra editada foi de 1686, e os escritores começaram a reivindicar seus direitos na venda, na reprodução da obra, como um corolário de seu direito autoral de propriedade.

Foi a jurisprudência francesa, então, que começou a disciplinar as relações entre escritores e editores, e os laços perpétuos que os uniam, obrigando, em histórica decisão que das futuras transações desses direitos participassem os herdeiros de grandes escritores como La Fontaine e Fénelon.

Em 30/8/1777 novas regras foram estabelecidas na França entre autores, editores e livreiros. Embora mantidos os privilégios na comercialização, reconheceram ao autor o direito de editar e vender as suas obras. Ainda segundo Recht, obra citada, p. 32, as normas produziram uma diferença capital na natureza jurídica das duas categorias de privilégios: a dos autores, uma “propriedade de direito”, e a do editor, uma “liberalidade”.²

A invenção da “propriedade intelectual” remonta, pois, às origens do sistema capitalista, quando por pressão dos autores de obras intelectuais, toma-se por propriedade um ente incorpóreo que em rigor é “trabalho intelectual”.

A propriedade é, e sempre foi, um instituto jurídico caracterizado fundamentalmente pelo direito de usar, gozar e dispor com exclusividade da coisa.³

*"No direito de propriedade, encontram-se integrados os direitos de ser usada a coisa, conforme os desejos da pessoa a quem pertence (**jus utendi** ou direito de uso); o de fruir e gozar a coisa (**jus fruendi**), tirando dela todas as utilidades (proveitos, benefícios e frutos), que dela possam ser produzidas, e o de dispor dela,*

² ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. p. 30.

³ Cf. art.1.228 do Código Civil.

*transformando-a, consumindo-a, alienando-a (jus abutendi), segundo as necessidades ou a vontade demonstrada.*⁴

Um proprietário de um apartamento, por exemplo, tem interesse no uso exclusivo do imóvel, pois é evidente que não se sentiria confortável com a presença de pessoas estranhas em sua sala, cozinha ou banheiro. Já o autor de um livro ou o compositor de uma música tem justamente o interesse oposto, pois ninguém produz uma obra artística para o seu deleite egoístico. Quanto mais pessoas leem e ouvirem uma criação, tanto maior prazer trará a seu autor que terá seu talento reconhecido.

Um proprietário de uma fazenda tem interesse em fruir com exclusividade dos frutos de sua terra e é natural que não deseje dividir sua colheita com ninguém. O escritor de uma obra de caráter técnico-científico, por outro lado, tem interesse em ser citado em obras de outros autores e longe de desejar impedir que outros fruam de suas idéias, sente-se honrado com a menção que fazem a seu trabalho.

Por fim, somente ao proprietário cabe o direito de alienar (doar, permutar ou vender) a coisa, pelo óbvio motivo de que ao fazê-lo perderá os direitos de dela usar e fruir. O autor, porém, nada perde com a cópia da sua obra. Pelo contrário, quanto mais pessoas lerem seus textos, ouvirem sua música e apreciarem a sua arte, tanto mais reputação ganhará na sociedade.

A obra intelectual, como seu próprio nome indica (lat. *opèra*, *ae* ‘trabalho manual’), não é, pois, uma espécie de propriedade, mas simplesmente “trabalho intelectual”. A invenção da “propriedade intelectual” nas origens do sistema capitalista teve a função ideológica de encobrir esta sua natureza de “trabalho”.

Enquanto o trabalho manual modifica a matéria-prima, produzindo perceptíveis variações nos objetos trabalhados e, com isso, aumenta seu “valor de uso” naturalmente vinculado ao objeto corpóreo, o trabalho intelectual não tem necessariamente seu “valor de uso” vinculado a qualquer objeto, pois as idéias são, por natureza, entes incorpóreos.

⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. p. 477.

Assim, ainda que o “trabalho intelectual” tenha um imenso “valor de uso” em qualquer sociedade, seu “valor de troca” estará sempre condicionado a uma “venda casada” de produtos (o pergaminho, o papel) e serviços (a cópia manual, a cópia impressa). Uma idéia, quando reproduzida oralmente, por maior “valor de uso” que tenha, não possui qualquer “valor de troca” pelo simples fato de poder ser reproduzida infinitamente sem estar limitada pelo problema fundamental da economia: a escassez.

2. A questão da escassez

Não há bem mais precioso para os seres humanos do que o ar que respiramos. Não obstante seu imenso “valor de uso”, o ar não tem hoje qualquer “valor de troca”, pelo fato de existir na natureza em abundância. Há séculos a água potável também não possuía “valor de troca” na maioria das sociedades, mas ao tornar-se escassa na sociedade atual, adquiriu “valor de troca” e passou a ser vendida.

Vê-se, pois, que o “valor de troca” de determinado bem está diretamente relacionado à sua disponibilidade na sociedade. Some-se a esta constatação o fato de que a maioria absoluta dos bens e serviços que consumimos são socialmente escassos:

1. *“Nossos desejos materiais são virtualmente insaciáveis e ilimitados.*
2. *Os recursos econômicos são limitados ou escassos. Devido a estes dois fatos da vida, não podemos ter tudo que desejamos. Portanto, enfrentamos a necessidade de fazer escolhas.”⁵*

Assim, é natural que se opte por comprar um apartamento ou uma casa; por um carro ou uma motocicleta; por uma viagem nas férias de janeiro ou de julho. Tais escolhas são necessárias em virtude de nossos limites produtivos.

Por muito tempo, o problema da escassez limitou a quantidade de cópias e definiu o “valor de troca” de obras intelectuais. No período anterior à invenção da imprensa, a aquisição de uma obra intelectual implicava em uma necessária aquisição conjunta de bens

⁵ WONNACOTT, Paul. WONNACOTT, Ronald. *Economia*. p. 23

e serviços, consistente em um meio material (um pergaminho, por exemplo) sob o qual realizou-se um serviço (a cópia manual da obra intelectual).

Com a invenção da imprensa, manteve-se a necessária aquisição conjunta de bens e serviços, pois o “valor de troca” da obra continuava vinculado à sua consubstanciação em meio físico. A drástica redução dos custos do serviço de cópia, possibilitada pela reprodução em série, obrigou os autores a alienarem seu “trabalho intelectual” aos detentores dos meios de produção que, em contrapartida, exigiram-lhes a concessão do monopólio da distribuição das obras.

A natureza do trabalho intelectual, que poderia ser replicado *ad infinitum*, acabou por ser tomada como “propriedade intelectual”, mesmo contra toda as evidências de que, uma vez alienada, a propriedade não pode mais ser utilizada por quem um dia a possuiu. Firmou-se então a ideologia da “propriedade intelectual”, ocultando a venda do trabalho intelectual dos autores aos detentores dos meios de produção.

No século XX, com a invenção dos sistemas informáticos e o advento da Internet, as funções de divulgação e distribuição das obras intelectuais, que tradicionalmente eram realizadas pelas editoras, gravadoras e produtoras, puderam ser realizadas diretamente pelo próprio autor através de páginas pessoais. Assim, qualquer pessoa conectada à Internet pode ter acesso a livros, músicas, filmes e programas de computador produzidos em qualquer lugar do mundo e, em questão de horas, ou mesmo minutos, pode copiá-los a um custo ínfimo para seu computador.

O suporte material da obra, que até então era predominantemente o papel, foi substituído por dispositivos de armazenamento magnéticos (disquetes, discos rígidos etc) e ópticos (CDs, DVDs etc) de baixíssimo custo e com grande capacidade, possibilitando a qualquer pessoa ter gigantescas bibliotecas pessoais em formato digital. O serviço necessário à reprodução da obra foi minimizado a ponto de ser realizado pessoalmente pelo próprio interessado em questão de minutos. O custo de reprodução de volumosas coleções de livros tornou-se praticamente insignificante.

Este novo sistema de distribuição do trabalho intelectual reduziu o custo dos bens e serviços necessários à aquisição de uma obra a praticamente zero e suprimiu o problema da escassez. Como consequência direta disso, o “valor de troca” do trabalho intelectual, que sempre esteve vinculado à escassez inerente à venda conjunta de bens e serviços, não pôde mais ser mantido. O sistema capitalista se deparou com uma realidade que a ideologia da “propriedade intelectual” até então muito bem ocultara: no “livre mercado” o “valor de troca” do trabalho intelectual é zero, pois pode ser reproduzido **ad infinitum** e não está limitado pela escassez.

Esta constatação, longe de colocar em risco a remuneração do trabalho intelectual dos autores, demonstra tão-somente que, no sistema capitalista, é imprescindível a consubstanciação da obra intelectual em meio físico para que esta adquira “valor de troca”. Não obstante a ausência de escassez em meio digital, a “venda casada” da obra intelectual com produtos (papel) e serviço (impressão) continua ocorrendo.

A digitalização das obras intelectuais não aboliu a impressão de livros. As leis, que sempre foram de domínio público, estão fartamente disponíveis na íntegra na Internet, mas as editoras jurídicas continuam produzindo e vendendo códigos impressos. Inúmeras traduções da Bíblia podem ser encontradas na Internet com facilidade, mas a obra sagrada continua sendo o livro mais vendido no mundo. A genial literatura de Machado de Assis, em domínio público pelo passar do tempo, também pode ser encontrada na Internet, mas várias editoras continuam imprimindo seus trabalhos, inclusive em edições luxuosas.

Se é assim com as obras de domínio público, do mesmo modo será com as obras tuteladas pelo “direito autoral”. Apesar da divulgação destes trabalhos em meio digital e da sua consequente ausência de escassez, ainda assim haverá interessados em adquiri-las em edições palpáveis. Desse modo, manter-se-á o velho esquema de alienação pelos autores do “trabalho intelectual” aos proprietários dos meios de produção, garantindo àqueles a remuneração por seu trabalho e a estes o lucro por seu investimento.

Lado outro, na sociedade capitalista digital, o trabalho intelectual mesmo **in natura** possui considerável “valor de troca” enquan-

to permanecer inédito. O pioneirismo na exploração de uma idéia garante ao capitalista um período de vantagem em relação à sua concorrência. Assim, a compra do “trabalho intelectual” inédito pelos detentores do meio de produção garante os lucros derivados do pioneirismo de sua exploração.

Este fenômeno é particularmente visível em toda sorte de invenções da indústria tecnológica que, após serem comercializadas, são logo copiadas pela concorrência. Não são as patentes que garantem os lucros das empresas, mas principalmente o segredo industrial e o pioneirismo.

3. O NOVO PARADIGMA DA TUTELA JURÍDICA DO TRABALHO INTELECTUAL

O novo paradigma de remuneração do trabalho intelectual começou a ser disciplinado em 1984, quando surgiu nos Estados Unidos da América um movimento liderado pelo programador Richard Stallman, com o objetivo de desenvolver um sistema operacional de livre distribuição. Esta iniciativa resultou na criação da *Free Software Foundation – FSF* (Fundação para o Software Livre) e, para fundamentar juridicamente o projeto, foi redigida a *GNU General Public License - GPL* (Licença Pública Geral do GNU) que rompia com a antiga tutela do direito de cópia (**copyright**):

“Software livre” se refere à liberdade dos usuários executarem, copiarem, distribuírem, estudarem, modificarem e aperfeiçoarem o software. Mais precisamente, ele se refere a quatro tipos de liberdade, para os usuários do software:

- *A liberdade de executar o programa, para qualquer propósito (liberdade nº. 0)*
- *A liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo para as suas necessidades (liberdade nº 1). Acesso ao código-fonte é um pré-requisito para esta liberdade.*
- *A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar ao seu próximo (liberdade nº. 2).*
- *A liberdade de aperfeiçoar o programa, e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se bene-*

ficie (liberdade nº. 3). Acesso ao código-fonte é um pré-requisito para esta liberdade.”⁶

Garantia-se a livre distribuição e modificação das obras e, em contrapartida, as novas distribuições ficavam vinculadas à mesma licença. Assim, um programador poderia até modificar um software livre, mas necessariamente o novo programa resultante destas modificações deveria ser distribuído nos termos da GPL.

Pela primeira vez, consagrava-se juridicamente a realidade econômica de que, no sistema capitalista, o trabalho intelectual *in natura* não possui “valor de troca” em virtude da ausência de escassez.

A estas licenças que garantiam o direito de distribuir e modificar livremente as obras intelectuais convencionou-se chamar de ***Copyleft***, em uma nítida alusão de repúdio às licenças tradicionais de ***Copyright*** que garantiam o monopólio do direito de reprodução das obras intelectuais. Não tardou para que o novo conceito de livre distribuição e alteração do *software* passasse a ser aplicado a outras formas de criação intelectual e foi criada a *GNU Free Documentation License* (GFDL – Licença de Documentação Livre do GNU), aplicável a textos, imagens, músicas, filmes e outros documentos.

Paradoxalmente, o ***Copyleft*** não veda a comercialização da obra. Desde que permitam a livre distribuição e modificação da obra produzida, as empresas podem explorá-la comercialmente. Assim, uma editora pode editar e vender livremente uma obra distribuída na Internet sob ***Copyleft***, de modo semelhante às obras em domínio público, mas jamais poderá impedir que alguém copie o livro impresso, por qualquer meio, ou que outra editora o publique, pois a licença original não permite ações monopolistas.

A partir do ***Copyleft***, surgiram outras licenças com tratamentos diversos dos direitos morais do autor, em especial no que diz respeito à atribuição obrigatória do nome do autor, à vedação a alterações da obra e à vedação de distribuição com fins comerciais. Estas novas licenças consagram um modelo de distribuição do tra-

⁶ GNU. **O que é software livre?** Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt.html>.

balho intelectual que permite a livre cópia da obra em formato digital (onde não há escassez) e ao mesmo tempo garante ao autor o direito de ser remunerado quando seu trabalho intelectual for consubstanciado em meio físico para fins de comércio. Trata-se da superação da velha ideologia da “propriedade intelectual” em prol de um novo paradigma de tutela do “trabalho intelectual”.

O novo paradigma, porém, não agradou aos detentores dos direitos de produção, que mantiveram a defesa inarredável da ideologia da “propriedade intelectual”, capaz de sustentar o monopólio de distribuição das obras. Este monopólio é o instrumento que garante a escassez da “obra intelectual” e, conseqüentemente, cria artificialmente um “valor de troca”, pois um trabalho que poderia ser reproduzido **ad infinitum** em um livre mercado comandado pela escassez, **in natura** teria “valor de troca” zero.

“Dessa forma, um dos elementos definidores dessa nova Era será a luta entre a esfera cultural e a esfera comercial; a cultural primando pela liberdade de acesso, e a comercial buscando o controle sobre o acesso e o conteúdo dessa produção cultural, com intuito comercial. Evidentemente, estamos passando por um período de transição, de longo prazo, de um sistema baseado na produção industrial para uma produção cultural, em que o importante não é a propriedade do bem, mas o acesso a ele. A realização da utopia marxiana?

Neste contexto há abundância de bens culturais e intelectuais e diante disto a velha economia agoniza, baseada que é na defesa irracional da indústria cultural, em detrimento da cultura e dos verdadeiros produtores da cultura, os autores intelectuais.”⁷

Na tentativa de sustentar a ideologia da “propriedade intelectual”, a “indústria cultural” cria estatísticas mirabolantes para afirmar a tese de que a pirataria acarreta prejuízo de bilhões de reais por ano. O sofisma funda-se no argumento cretino de que todo aquele que pirateia uma obra intelectual, caso fosse impedido de fazê-lo, necessariamente compraria o produto.

⁷ ROVER, Aires José. “Os paradoxos da proteção à propriedade intelectual”. In: **Internet legal: o Direito na Tecnologia da Informação**. p. 177.

“De acordo com a ABES [Associação Brasileira de Empresas de Software], uma pesquisa da Price Water Coopers revela que, se o índice de pirataria de software brasileiro, atualmente em 56% , fosse reduzido para o equivalente dos países desenvolvidos, em torno de 25%, o setor deixaria de perder R\$ 1,7 bilhão em faturamento e quase 25 mil novos empregos seriam gerados, com aproximadamente R\$1,2 bilhão arrecadados em impostos diretos e indiretos. Mas alto lá.

A indústria não perde 1,7 bilhão por ano. Este valor corresponde à sua expectativa de lucro caso quem pirateia acima da média não tivesse alternativa, nem para escolher software livre nem para instalar software pirata. A conta honesta seria outra. Desses 56% , quantos instalariam software livre ou deixariam de comprar o computador se não pudessem piratear? Descontados estes, o que a indústria perde é apenas o valor das licenças restantes. Valor que não obriga a corresponder às expectativas de lucro das empresas, mas ao que o poder aquisitivo dos agentes econômicos consegue absorver, como bem mostra a atual crise da telefonia privatizada.”⁸

Sob o pretexto de se tutelar os “direitos de autor”, o combate à pirataria é tão-somente um instrumento de reafirmação da velha ideologia da “propriedade intelectual”, única capaz de legitimar o monopólio do direito de cópia dos detentores dos meios de produção.

O monopólio do direito de cópia (**copyright**), longe de tutelar os direitos do autor, é contrário a seu interesse de maior divulgação possível da obra. O que garante aos autores a remuneração por seu trabalho não é o monopólio do direito de cópia, mas a alienação deste trabalho aos detentores dos meios de produção que irão consubstanciá-lo em meio físico e vendê-lo no livre mercado. Pouco importa ao autor a ausência de escassez da obra em meio digital, ou mesmo se uma única ou uma dezena de empresas irá

⁸ RESENDE, Pedro Antônio Dourado de "Programas de Computador: a outra face da pirataria". In : **Internet legal: o Direito na Tecnologia da Informação**. p. 227. Para dados atualizados da ABES, cf: <http://www.abes.org.br/polonego/dadoseto/dadose1a.htm#%CDndice%20de%20Pirataria%20no%20Software>

produzir seu trabalho em meio tangível, pois sua remuneração depende tão-somente da venda da obra materializada.

A livre divulgação da obra em meio digital é extremamente interessante ao autor, pois lhe permite uma visibilidade muito maior, dando-lhe prestígio e valorizando-o como profissional no mercado. É este prestígio social que lhe garantirá a oferta de novos trabalhos na forma de palestras, shows, trabalhos por encomenda e outras atividades que indiretamente também remunerarão seu trabalho intelectual.

O **Copyleft** é a superação jurídica da velha ideologia da “propriedade intelectual” e a consagração de um novo paradigma de tutela do “trabalho intelectual” que privilegia o autor em detrimento do interesse das empresas no monopólio do direito de cópia (**copyright**).

4. O VELHO PARADIGMA DA TUTELA PENAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A superação da ideologia da propriedade intelectual e o surgimento, na esfera cível, do **Copyleft** como novo paradigma de tutela dos direitos do autor não foram, até o momento, acompanhados pelo Direito Penal.

Os art.184, *caput*, do Código Penal e art.12 da Lei nº 9.609/98 mantêm-se fiéis à ideologia da “propriedade intelectual”, tipificando a vaga conduta de “violiar direito de autor”.

A opção do legislador pela norma penal em branco é problemática, pois o tipo penal não pode fundar-se no mero descumprimento de uma norma civil.

“O conceito de tipo, introduzido por Beling na dogmática penal, pode ser definido de três diferentes pontos de vista: a) como tipo legal constitui a descrição do comportamento proibido, com todas suas características subjetivas, objetivas, descritivas e normativas, realizadas na parte especial do CP (e leis complementares); b) como tipo de injusto representa a descrição da lesão do bem jurídico, compreendendo os fundamentos positivos da tipicidade (descrição do comportamento proibido) e os fundamentos negativos da antijuridicidade (ausência de causas de justificação); c) como tipo de garantia (tipo

*em sentido amplo) realiza a função político-criminal atribuída ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF), expressa na fórmula **nullum crimen, nulla poena, sine lege**, e compreende todos os pressupostos da punibilidade: além dos caracteres do tipo de injusto (tipicidade e antijuridicidade), também os fundamentos de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto (culpabilidade), assim como as condições objetivas de punibilidade e os pressupostos processuais.”⁹*

Sob o aspecto de tipo legal, a expressão “violar direito de autor” não descreve o comportamento proibido de forma minimamente precisa. Ao remeter a um conceito da Lei civil nº 9.610/98, esvanesce totalmente sua função de garantia, contrariando o princípio constitucional da taxatividade.

“Apesar de expressar-se a lei penal em palavras e estas não serem nunca totalmente precisas, nem por isso o princípio da legalidade deve ser desprezado, mas sim cabe exigir do legislador que ele esgote os recursos técnicos para dar a maior exatidão possível à sua obra. Daí, não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme ao princípio da máxima taxatividade legal.”¹⁰

Lado outro, a lei civil não supre a função de garantia a ela delegada pela norma penal, pois na atual sistemática imposta pelo **Copyleft**, a tutela patrimonial dos direitos autorais é regra que admite inúmeras exceções de ordem meramente contratual. Assim, a intrincada leitura dos referidos tipos penais implicaria uma jornada da norma penal em branco à lei civil que a complementa, mas que, muita vez, remeteria o intérprete a uma licença com características

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. p. 29.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. p. 206-207.

contratuais, na qual o autor dispensaria a tutela legal dos seus direitos patrimoniais. Uma interpretação extremamente complexa até mesmo para profissionais do Direito, e praticamente impossível para o cidadão leigo, a quem a função de garantia dos tipos penais deveria contemplar.¹¹

4.1. Em busca do bem jurídico

É sob o aspecto de tipo de injusto, porém, que se encontra a mais grave ofensa ao princípio da taxatividade. Isto porque a vaga descrição da conduta típica fundamenta-se na tutela penal de um bem jurídico tão impreciso, que contradiz a objetividade inerente à natureza do bem jurídico.

“Quando o legislador encontra-se diante de um ente e tem interesse em tutelá-lo, é porque o valora. Sua valoração do ente traduz-se em uma norma, que eleva o ente à categoria de bem jurídico. Quando quer dar uma tutela penal a esse bem jurídico, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser penalmente tutelado.

Vejamos o que se passa com um pouco mais de clareza: o legislador encontra-se diante do ente “vida humana” e tem interesse em tutelá-la, porque a valora (a considera positiva, boa, necessária, digna de respeito etc). Este interesse jurídico em tutelar o ente “vida humana” deve ser traduzido em norma; quando se pergunta “como tutelá-lo?”, a única resposta é: “proibindo matar”. Esta é a norma proibitiva “não matarás”.¹²

Ainda que se concebam tipos penais complexos, como o roubo (em que se tutelam a liberdade e o patrimônio), em todos eles a

¹¹ Neste sentido decidiu o TJMG: *Violação de direitos autorais. CD pirata - O princípio constitucional da legalidade é a garantia de que todo cidadão só poderá ser condenado criminalmente se houver lei prévia que permita a ele saber - ainda que potencialmente - que a conduta é crime no ordenamento jurídico. A expressão “violar direitos autorais” é demasiadamente vaga e até mesmo especialistas em Direito Penal não poderiam precisar o seu âmbito de significação, quanto mais um vendedor ambulante sem educação jurídica. O desconhecimento da lei é escusável se esta não for suficientemente clara para permitir que qualquer um do povo possa compreender - ainda que potencialmente - o seu significado. Apelação Criminal nº 1.0172.04.910501-5/001, Relator: Erony da Silva. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/>*

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** p. 455.

individualidade de cada um dos bens jurídicos tutelados deve estar perfeitamente demarcada. Desta forma, o bem jurídico deve ser caracterizado por um único e indivisível interesse jurídico a ser tutelado pela norma penal e não por um conjunto de interesses difusos reunidos arbitrariamente sob uma abstrata ideologia de “propriedade intelectual”.

“A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligíveis por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos” equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e, politicamente, muito mais nefasto e perigoso.”¹³

A doutrina nacional¹⁴ indica os “direitos autorais” como bem jurídico penalmente tutelado pelo delito de “violação de direitos de autor”. Estes, por sua vez, são considerados tão-somente uma espécie do gênero “propriedade intelectual”.¹⁵

O delito de “violação de direitos de autor” é um tipo penal vago, fundamentado em um bem jurídico indeterminado. É uma verdadeira afronta ao princípio constitucional da taxatividade, pois reúne sob o rótulo de “propriedade intelectual” uma gama de interesses tão diversos quanto: o direito de atribuição de autoria, o direito de assegurar a integridade da obra (ou de modificá-la), o direito de conservar a obra inédita, entre outros direitos morais, e os direitos de edição, reprodução (**copyright**) e outros patrimoniais. Trata-se,

¹³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 78.

¹⁴ Neste sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do CP. p. 504; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 3: parte especial: arts. 184 a 288. p. 53; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 234 do CP. p. 374. DELMANTO, Celso *et al.* **Código penal comentado**. p. 437. Em sentido semelhante, afirmando ser a “propriedade intelectual” o bem jurídico tutelado: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. p. 609.

¹⁵ “Em relação às obras literárias, científicas ou filosóficas, denominadas de obras ou produções do pensamento, e às obras artísticas (escultura, pintura), a propriedade intelectual é geralmente conhecida pela denominação direitos autorais. E quanto às invenções, na terminologia do Direito Comercial, designam-se, especialmente, propriedades industriais, que se concretizam pelas patentes de invenções, expedidas pelo poder público em favor dos inventores.” (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. p. 479-480).

portanto, de um tipo penal complexo que tutela não um, mas inúmeros bens jurídicos de natureza moral e patrimonial, agrupados sob a ideologia da “propriedade intelectual”.¹⁶

Pela própria função de garantia do tipo penal, a decomposição do hipotético bem jurídico “propriedade intelectual” (ou “direitos autorais”) em suas unidades mínimas tem conseqüências importantíssimas. Se é certo o interesse jurídico na tutela penal dos direitos morais do autor, a tutela penal dos direitos patrimoniais é bastante controversa.

Há um interesse individual e social em se tutelar a autenticidade de uma obra, bem como sua integridade. Não só é de interesse de Picasso que o público saiba que Guernica foi pintado por ele, mas também é de interesse do público e de historiadores da arte ter conhecimento de que aquela obra provém das mãos deste artista. Da mesma forma, é do interesse não só do autor, mas do público, que a pintura permaneça no tom monocromático, adequado ao tema, e que ninguém a modifique com detalhes em dourado.

A reprodução desta obra em livros de arte, porém, longe de lesar um interesse do artista ou do público, beneficiará a todos. Assim como é interessante para o artista ter seu trabalho apreciado por um público maior, é de interesse do público ter acesso à maior variedade de obras possível.

Não há qualquer interesse jurídico do autor em evitar a reprodução de sua obra, muito pelo contrário, quanto mais seu “trabalho intelectual” for divulgado, maior prestígio social ele ganhará. O interesse em limitar a reprodução da obra é tão-somente dos detentores dos meios de produção, que procuram manter um monopólio na distribuição da obra para, com isso, produzirem artificialmente uma escassez inexistente na era digital.

A decomposição do bem jurídico “propriedade intelectual” ou “direitos autorais” demonstra que há não só uma tutela de interesses

¹⁶ “Acerca da natureza jurídica da matéria, a melhor doutrina pátria (Antonio Chaves, Walter Moraes, Carlos Alberto Bittar, José de Oliveira Ascensão, Fabio Maria de Mattia) é unanimemente dualista: direitos de autor são um conjunto de prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, que se interpenetram quando da disponibilização pública de uma obra literária, artística e/ou científica. Os direitos morais pertencem exclusivamente à pessoa física do criador, e, no caso da obra audiovisual, são exercidos pelo diretor. Os patrimoniais, ao criador originário, se não os transferiu, ou ao terceiro, pessoa física ou jurídica, a quem os tenha cedido ou licenciado.” (ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. p.16)

diversos (morais e patrimoniais), mas de interesses de pessoas diversas: autor e “indústria cultural”. Se o interesse patrimonial do autor é vender seu “trabalho intelectual” ao proprietário dos meios de produção, que irá consubstanciá-lo em meio físico e comercializá-lo, o interesse da “indústria cultural” é manter um monopólio do mercado que lhe garantirá a maximização dos lucros.

A tutela penal da “violação de direitos de autor” tal como é concebida hoje é um disparate jurídico que só se justifica quando encoberto pela ideologia da “propriedade intelectual”. Tal delito tutela ao menos três bens jurídicos absolutamente diversos: a) os direitos morais do autor; b) o direito do autor à remuneração pelo trabalho intelectual explorado pelos detentores dos meios de produção e c) ***mirabile dictu***, o direito de monopólio de mercado dos proprietários dos meios de produção.

4.2. A tutela penal de uma obrigação civil

Quanto aos direitos morais do autor, por se tratarem de direitos personalíssimos, que abarcam interesses públicos e privados, é bastante justificável a tutela penal. Em relação aos direitos patrimoniais, porém, sua natureza eminentemente civil afasta qualquer interesse público na tutela penal, seja dos interesses dos autores em receberem uma remuneração por seu trabalho, seja dos interesses das empresas de manterem seu monopólio comercial.

A pirataria em meio físico atinge os interesses do autor, que tem seu “trabalho intelectual” comercialmente explorado sem a correspondente remuneração pelo proprietário dos meios de produção. Trata-se, no entanto, de uma dívida civil, jamais de ilícito penal.

Se o legislador ***ab absurdo*** criasse uma lei tipificando a conduta: “violar direito de locador”, ninguém teria dúvidas em afirmar a absoluta inconstitucionalidade da norma.

Argumentar-se-ia, por certo, que os direitos do locador são vários e esta norma lesaria o princípio constitucional da taxatividade. Ainda que os diversos bens jurídicos tutelados por este delirante tipo penal complexo fossem decompostos, em determinado aspecto ele seria visivelmente inconstitucional: tratar-se-ia de uma criminalização do descumprimento de uma obrigação civil, vedada expressamente pela Constituição Federal:

“Art.5º, LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

E pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos – “Pacto de San José de Costa Rica”:

Artigo 7 – Direito à liberdade pessoal – (...) 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Se assim é em relação à tutela da propriedade material, razão alguma haveria para se proteger com maior ênfase uma abstrata “propriedade intelectual” que, neste aspecto, tutela o direito do autor a receber a remuneração por seu trabalho intelectual, explorado comercialmente por um proprietário dos meios de produção.

Deixar de receber uma renda ou salário, ainda que se trate de descumprimento de obrigação civil, jamais pode ser equiparado a uma lesão patrimonial semelhante ao crime de furto. No delito de furto há um decréscimo patrimonial, na violação de direitos autorais, o autor deixa de ter um acréscimo em seu patrimônio. No furto, há ofensa a um direito real; na violação de direitos autorais, a um direito obrigacional. Naquele temos uma vítima; neste, um credor.

A produção de obras intelectuais em meio físico que não foi autorizada pelo autor é, portanto, tão-somente um descumprimento de obrigação civil. Dada a sua natureza eminentemente privada e seu caráter exclusivamente pecuniário, sua criminalização afronta não só o princípio da intervenção penal mínima, mas também a vedação constitucional às prisões por dívidas.

A pirataria digital, por outro lado, lesa principalmente os interesses da empresa, pois no sistema capitalista o trabalho intelectual *in natura* não possui qualquer “valor de troca” e o autor só é remunerado diretamente com a venda da obra em meio físico. A fonte primordial de sua remuneração é o salário indireto, decorrente do prestígio adquirido com a repercussão de sua obra.

Assim, a criminalização da pirataria digital tem como única função garantir à “indústria cultural” o monopólio do direito de reprodução da obra (**copyright**), mesmo contrariando os interesses do autor na maior divulgação possível de seu trabalho intelectual. O Direito Penal é travestido, pois, em instrumento de regulação do mercado econômico, garantindo um monopólio de direito de cópia concedido pelo Estado aos detentores dos meios de produção.

Se o Estado brasileiro mantém seu contestável interesse na concessão deste monopólio do direito de reprodução aos proprietários dos meios de produção, deve limitar-se a garanti-lo por meio de sanções cíveis, tais como aquelas previstas no Título VII da Lei nº 9.610/98. A tutela penal deste monopólio viola não só o princípio da intervenção mínima, mas também e, principalmente, a vedação constitucional à prisão por dívidas.

5. À GUIA DE CONCLUSÃO

O monopólio do direito de reprodução das obras intelectuais (**copyright**) surgiu há séculos como instrumento de censura política em uma simbiose dos monarcas com os detentores dos meios de produção. Com o advento do sistema capitalista, este monopólio passou a ser sustentado até os dias de hoje, sob a ideologia da “propriedade intelectual”, em benefício dos detentores dos meios de produção, e acabou por constituir verdadeira censura econômica.

O alto valor de livros, CDs, DVDs e de programas de computador é sustentado por uma escassez de obras intelectuais criada artificialmente por um monopólio do direito de cópia concedido pelo Estado aos detentores dos meios de produção. Esta escassez artificial, longe de tutelar os direitos do autor da obra intelectual, beneficia principalmente a “indústria cultural”, em detrimento da classe hipossuficiente da população, que é obrigada a escolher entre o consumo de bens de subsistência e de bens culturais e acaba optando impreterivelmente por aqueles. Desta forma, aumenta-se o fosso cultural existente entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos e, internamente, entre os membros de uma elite econômica e cultural e a massa da população fadada ao trabalho braçal, à miséria e à ignorância.

Sob a secular ideologia da “propriedade intelectual”, a “indústria cultural” procura desesperadamente justificar a necessidade

de uma tutela penal da conduta de “violiar direitos de autor”. Uma detida análise do bem jurídico tutelado demonstra, no entanto, a nítida dicotomia entre a justificada tutela penal dos direitos personalíssimos do autor e a inconstitucional criminalização do descumprimento de obrigações civis originadas dos direitos patrimoniais de autor.

Necessário se faz uma imediata releitura dos artigos 184 do CP e 12 da Lei 9.608/98 pelos Tribunais para que se declare inconstitucional a tutela penal dos direitos patrimoniais de autor, seja pela inobservância do princípio constitucional da taxatividade, seja pela inobservância da vedação constitucional à prisão por dívidas. Entender de forma diversa é consagrar a instrumentalização do Direito Penal como meio de coerção ao pagamento de dívidas civis e de intervenção econômica para a garantia de monopólios privados. 📄

A ESCUSABILIDADE E O ERRO-VÍCIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Luiz Paulo Vieira de Carvalho

Defensor Público de Classe Especial junto ao TJERJ, Mestrado e Pós-graduação em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito na Universidade Clássica de Lisboa-Portugal, Professor da EMERJ e do CEPAD.

O Código Civil de 2002 traz, no seu art. 138 (norma que substituiu o art. 86 do CC/16), um novo requisito legal para que o negócio jurídico seja anulado em virtude de erro substancial, qual seja, que o engano possa ser ou seja "percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio".

O culto Professor Carlos Alberto Gonçalves, em sua obra¹, opina que, com tal acréscimo, o novo Código teria apenas consagrado o pensamento preponderante na doutrina e na jurisprudência ao exigir, como elemento essencial à anulabilidade do ato, que o erro ou a ignorância (a ele equiparado) fosse escusável, substituída porém a análise das circunstâncias ou peculiaridades no caso concreto, tais como grau de cultura, profissão ou desenvolvimento mental do declarante, pelo critério da aferição da escusabilidade em abstrato, com base no que teria ou não percebido, naquelas circunstâncias, o homem médio, portador de diligência normal.

Aduz ainda, o mesmo autor, não ter sido adotado o critério da cognoscibilidade do erro pela outra parte, o destinatário da declaração enganosa (o declaratário), de vez que, conforme o esclarecimento prestado pelo Ministro Moreira Alves (**A parte Geral do Código Civil Brasileiro**, p. 110), membro da Comissão Elaboradora do Projeto da Nova Codificação Civil, tal critério foi rejeitado pela mencionada Comissão e assim, desse modo, quando o art. 136 do

¹Gonçalves, Carlos Alberto. **Direito Civil - Parte Geral**. Ed. Saraiva, 2002, p.129

CC/02 estabelece serem anuláveis os negócios jurídicos "quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que pudesse ser percebido por pessoa de diligência normal em face das circunstâncias do negócio", tal pessoa seria o errante, ou seja, o próprio emissor da declaração eivada de erro-vício.

Data maxima venia, a prevalecer tal entendimento, ou não haveria equívoco algum, ou estar-se-ia admitindo a desconstituição do negócio jurídico eivado de erro indesculpável, uma vez que o engano foi ou poderia ser percebido pelo próprio errante que, mesmo assim, celebrou o ato-interpretação ilógica, contraditória e merecedora de rejeição.

O que, na realidade, quis o novo legislador, foi transferir o critério anterior da Responsabilidade do declarante para o critério da Confiança despertado pela emissão de vontade, inspirando-se supremamente no art. 422 do CC/02, ou seja, a má-fé passa agora a ser elemento integrante da caracterização do erro-vício, pois se a parte declaratória tivesse ou devesse ter, como o teria o homem médio naquelas circunstâncias, o conhecimento de que o errante se enganou substancialmente, sem alertá-lo para tal fato, tal negócio merecerá ser desconstituído e, aí sim, será considerado defeituoso.

Insta salientar que o professor Sílvio Venosa, embora defensor de que o reconhecimento do erro é requisito concernente ao declaratório, no entanto, ao comentar o artigo em questão, afirma que tendo o novel legislador retirado do anteprojeto de 1973 a escusabilidade como requisito do erro-vício, tal supressão seria correta, porquanto, para a nova lei, tal requisito teria se tornado secundário, assim não sendo mais considerado fundamental para a caracterização do defeito em questão.²

Em raciocínio assemelhado, tendo em vista a redação do art. 247 do Código Civil português, parcela da jurisprudência portuguesa diz, **in verbis**: "Não é exigida a desculpabilidade do erro o que significa que o enganado pode pedir a anulação do negócio, mesmo que o seu erro tenha sido culposamente, indesculpável".³

² Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral** - 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 411.

³ RLJ99-275, in **Código Civil Anotado por Abílio Neto e Hernandes Martins**, 7ª ed., Lisboa: Livraria Petrony, 1990, p.152). Art. 247 do CCP: "(Erro na declaração) Quando em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a **essencialidade** para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro".(grifo nosso.)

Há que se ressaltar, no entanto, que a redação do artigo 138, 2ª parte do novo Código Civil brasileiro não é idêntica à redação do artigo 247 do Código Civil português de 1966, pois nesse exige-se que o declaratório conheça ou não deva ignorar tão-somente a essencialidade, positiva ou negativa, para o declarante do elemento sobre que incidiu o erro, expressão não prevista no nosso novo diploma substantivo.

Cumpra assinalar que o art. 138 do Código Civil 2002, na realidade, assemelha-se aos artigos 1428 e 1431 do Código Civil italiano de 1942 (normas ainda em vigor), por tê-los como fonte de inspiração, sendo possuídores da seguinte redação:

"Art. 1428 (importância do erro)

*O erro é causa de anulação do contrato quando for essencial e **reconhecível pelo outro contraente**". (grifos nossos)*

"Art. 1431 (erro reconhecível)

O erro é considerado reconhecível quando em relação com o conteúdo, com as circunstâncias do contrato, ou, então, com a qualidade dos contraentes, uma pessoa de normal diligência teria podido discerni-lo".

Por outro lado, o posicionamento de que a escusabilidade não mais seria considerada requisito fundamental para a anulação do negócio jurídico eivado de erro-vício acabou por ser adotado majoritariamente pela Comissão de Direito Civil pertinente à Parte Geral do CC/02, no Enunciado nº 12 da I Jornada de Direito Civil promovida em setembro de 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, e ocorrida nas dependências do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

"Art. 138: Na sistemática do art 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança".

Data maxima venia, ousamos discordar de tal entendimento, acompanhados por significativa corrente doutrinária sobre a matéria, senão vejamos:

Na Itália, o grande jurista Roberto de Ruggiero, ao comentar o sobredito art. 1.428 e seguintes do Código Civil Italiano, fonte

inspiradora do art. 138 do Código Civil brasileiro de 2002, como anteriormente afirmado e objeto da presente análise, leciona *in verbis*:

*"é necessário ainda, posto que a lei não faça referência, que o erro seja **desculpável**. Um erro tão grosseiro que não seja crível que alguém nele possa cair, ou um erro menos grave, mas que se teria podido evitar se tivesse tido atenção ou prudência, não deve poder ser invocado pelo que errou para conseguir a anulação de sua declaração."* ⁴ (grifos nossos)

No mesmo sentido, De Cupis, **La scusabilità dell'errore nei negotio giuridico** (1939).

Já os cultos Profs. Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes afirmam:

*"o Código Civil de 1916 não exige expressamente a escusabilidade do erro para a anulação do negócio jurídico. Para muitos tratava-se de requisito tacitamente atribuído pelo sistema ao declarante. Afinal, se o erro fosse grosseiro ou inescusável, a invalidação do negócio se constituiria em consequência injusta para o receptor da declaração de vontade. A mesma interpretação pode ser sustentada no sistema atual, ainda que o codificador tenha novamente omitido qualquer referência expressa a **escusabilidade do erro**"* .⁵ (grifos nossos)

Também o eterno Professor Silvio Rodrigues manifestou-se no mesmo sentido ao declarar que "parece efetivamente impossível imaginar que a lei possa autorizar o desfazimento de um ato jurídico em benefício de quem o promova, baseado em erro inescusável".⁶ (grifos nossos).

⁴Ruggiero, Roberto de, **Instituições de Direito Civil**, v. 1: introdução e parte geral: direito das pessoas, 3ª edição - São Paulo: Saraiva, 1971, p. 237.

⁵Tepedino, Gustavo; Barbosa, Heloísa Helena; Moraes, Maria Celina Bodin de, **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, v.1- Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 269.

⁶Rodrigues, Silvio, **Direito Civil**, volume 1. 32 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.01.02- São Paulo: Saraiva, 2004, p.191.

Do mesmo modo, o ínclito Professor José Maria Leoni Lopes de Oliveira ensina, de modo lapidar: "poder-se-ia argumentar, mas ao nosso sentir sem razão, se ainda continuaria a subsistir o requisito da escusabilidade em face da adoção do requisito do conhecimento pelo outro contratante". E conclui: "*parece-nos que sim*, pois assim o instituto do erro se adequa ao caráter ético do novo Código Civil consagrado nos arts. 113,421 422".⁷ (grifos nossos)

Portanto, sob o ponto de vista histórico e a nosso ver ainda majoritário na doutrina nacional, até por força do adágio "*ignorantia empitori prodest quae novi in supinum hominem cadit*" (vide também as lições do Ministro Moreira Alves in **Direito Romano**, v. I, 13ª Ed, Forense, p. 175), continua a prevalecer no nosso direito, como requisito fundamental à anulação do negócio jurídico sob a alegação de erro do vício, a escusabilidade, mesmo que a lei atual a ela não faça referência, não se admitindo a sua desconstituição em havendo erro indesculpável, grosseiro, que decorra de suprema ignorância ou de excessiva negligência por parte do declarante, pois do contrário o legislador estaria beneficiando a vítima do próprio desleixo, tudo a contrariar a essência do defeito ora debatido ao lado da nova exigência legal, baseada na Teoria da Confiança, do reconhecimento do erro por parte do declaratório.

Por conseguinte e concluindo, se de um lado tivermos o declarante errando grosseiramente (**error intorelabilis**) e assim sendo, agindo inequivocamente com culpa grave (que é vizinha do dolo eventual) e, de outro lado, o declaratório igualmente agindo com culpa grave ou dolo por omissão, sabendo ou devendo saber do engano substancial cometido pelo errante e, no entanto, quedando-se inerte, até por força do também velho princípio romano do "*nemo auditur proprium turpitudinem allegaris*" (ninguém é ouvido quando alega a própria torpeza), insculpido no art. 150 do CC/02: "*Se ambas as partes procederam com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização*"; -incabível será a decretação da ineficácia do contrato celebrado em tais circunstâncias.☐

⁷ Oliveira, J. M. Leoni Lopes de. **Novo Código Civil Anotado**, v.1: parte geral - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 264.

CUMULAÇÃO DE PEDIDOS E FORMULAÇÃO DE PEDIDO SEQÜENCIAL NO PROCESSO DE *HABEAS DATA*

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA

*Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Execução
Fiscal do Rio de Janeiro. Professor de Direito
Constitucional e Ciência Política*

I. DIRETRIZ HERMENÊUTICA PARA O *HABEAS DATA*

Direitos e garantias fundamentais devem ser interpretados com máxima amplitude. Tal afirmação já é quase um lugar-comum nos compêndios jurídicos.

Com efeito, observada a própria evolução histórica dos direitos e garantias fundamentais, verifica-se que estes têm sido ampliados com o passar do tempo, descontados, por óbvio, alguns breves retrocessos em períodos históricos específicos. O certo, é que, de uma maneira mais ou menos uniforme, há uma conscientização em torno da valorização dos direitos fundamentais e de suas correlatas garantias, que ultrapassa os limites das legislações nacionais e chega à tutela do direito internacional, a ponto de se falar em um Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹

Tratando especificamente sobre a diretriz hermenêutica que deve presidir a resolução de questões em torno do mandado de segurança, leciona Sérgio Ferraz: "...o mandado de segurança é, em

BILDER, Richard B. "An overview of international human rights law". In: HANNUM, Hurst (Editor). **Guide to international human rights practice**. 2ª ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

si, uma das garantias constitucionais fundamentais, como tal expressamente instituído e arrolado no basilar art. 5º da nossa Carta Política - o artigo que funda o estatuto básico dos direitos individuais, coletivos e difusos. Esse berço de nascimento de pronto contamina o mandado de segurança com a marca indelével, que há de nortear seu estudioso, intérprete, usuário ou aplicador: partejado que foi como instrumento das liberdades fundamentais, inserido que está dentre as garantias-mestras, o mandado de segurança há de ser sempre liberalmente encarado e compreendido. É dizer, não de ser mínimos os impedimentos e empecilhos à sua utilização; na dúvida quanto a seu cabimento, há que preponderar o entendimento que se inclina em seu favor; nas questões polêmicas que seu estudo suscite, há de prevalecer a corrente que se revele produtora da maior amplitude de suas hipóteses de incidência e de espectro de atuação. Firma-se aqui, portanto, desde já, o princípio fundamental a nortear este ensaio, o princípio de espeque constitucional: como, a um só tempo, remédio processual e garantia constitucional, o mandado de segurança, em seu cabimento e amplitude, há de ser admitido de forma amplíssima, tendo-se por ilegítimo tudo que amesquinhe tal parâmetro".²

Perfeitamente aplicáveis ao **habeas data** as referidas palavras de Sérgio Ferraz.

De fato, irmão do mandado de segurança, o **habeas data** é também uma garantia de berço constitucional que, como tal, deverá ter como norte hermenêutico sua máxima efetividade, sendo vedado fazer restrição interpretativa ao seu alcance.

II. CONCEITO E MODALIDADES DE **HABEAS DATA**

Já tivemos oportunidade de conceituar o **habeas data** como sendo uma "ação de berço constitucional, assecuratória do direito de privacidade da pessoa, eis que instrumento para permitir o conhecimento, a retificação ou a complementação de informações sobre ela armazenadas em banco de dados de entidades governa-

²Mandado de Segurança (individual e coletivo) - aspectos polêmicos. 3a. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 16.

mentais ou não, desde que, quanto a estas últimas, possam as informações vir a ser conhecidas por terceiros." ³

Deste nosso conceito, extrai-se que existem três modalidades de **habeas data**: *cognitivo*, *retificatório* e *completivo*. Tratamo-las como modalidades, pois em cada uma delas identifica-se um objeto, um pedido distinto.

No **habeas data** *cognitivo* mira-se conhecer as informações relativas à pessoa do impetrante, arquivadas no banco de dados do sujeito passivo. No **habeas data** *retificatório*, interessa ao impetrante retificar o conteúdo dos dados sobre ele arquivados. Já em relação ao **habeas data** *completivo*, a intenção do impetrante é que a informação sobre ele seja complementada por uma explicação ou justificação. As duas primeiras modalidades - **habeas data** *cognitivo* e o *retificatório* - possuem assento constitucional, respectivamente nas alíneas 'a' e 'b' do inciso LXXII do artigo 5º da Lei Maior. Já a última modalidade - **habeas data** *completivo* - possui fundamento infraconstitucional, mais especificamente, no inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.507/97.

O impetrante do **habeas data** *cognitivo* não sabe o teor exato das informações arquivadas sobre a sua pessoa no banco de dados da entidade. Pode até supor o conteúdo, mas dele não tem certeza. Pode acontecer que, impetrado o **habeas data** e julgada procedente a ação, ao tomar ciência das informações, considere o impetrante seu conteúdo correto. Neste caso, foi plenamente satisfeita sua pretensão. Mas poderá ocorrer o contrário e, ciente das informações, constate que estas são inverídicas ou incompletas, advindo daí novo interesse, agora não mais o de conhecer os dados, por óbvio, mas o de corrigi-los ou complementá-los.

III. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS E FORMULAÇÃO DE PEDIDO SEQUENCIAL

Apresentam-se as seguintes questões: 1) seria possível, impetrado um **habeas data** *cognitivo*, e constatadas inverídicas ou incompletas as informações, prosseguir com o processo, já agora com novo objeto, com o fim de retificar ou complementar aqueles

³ MATTA, José Eduardo Nobre. **Habeas Data**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

dados? ou 2) antevendo a insatisfação com o conteúdo das informações que pretende acessar, poderia o impetrante, de plano, já na própria petição inicial, cumular ao pedido de conhecimento de acesso aos dados os pedidos de retificação e de complementação? Em outras palavras, poderia ser impetrado um **habeas data** a um só tempo *cognitivo, retificatório e completo*?

José Eduardo Carreira Alvim nega tal possibilidade. Para ele, o rito do processo de **habeas data** não permite a cumulação de pedidos ou a formulação de pedido genérico:

A natureza dos dois pedidos - conhecimento e retificação - dificilmente admitirá a sua cumulação numa mesma demanda, como sugere José Afonso da Silva, porquanto, sem conhecer o conteúdo das informações constantes do registro ou banco de dados, não se terá como cumprir os requisitos constantes do art. 8º da presente Lei, que se reporta aos arts. 282 a 285 do CPC.

(...)

*É que o procedimento do **habeas data** pressupõe pedido, informações e parecer do Ministério público, em ambas as ações - de conhecimento de informações e de retificação de dados - e não de um aditamento à inicial, uma citação e uma contestação pelo réu, relativamente à ação de retificação, como sugere o ilustre constitucionalista.*

(...)

*O que se pode admitir com alguma liberalidade é uma cumulação de pedidos, num mesmo **habeas data**, se o impetrante dispuser de elementos (documentais) para retificar em parte os dados constantes do registro ou banco de dados, e quiser conhecer em toda a sua extensão as informações relativas à sua pessoa, constantes de registro ou banco de dados. Poderá, assim, pedir a exibição das informações, e, na mesma petição, a retificação de dados comprovadamente inverídicos. Mas se novas retificações deverem ser feitas, terá que impetrar novo **habeas data**.*

(...)

Repito não me parecer exato, data vênia, esse entendimento, salvo quando o impetrante já dispuser dos elementos para

retificar, pois, não dispondo, não se pode sonegar ao agente indigitado coator o direito de, em nome da pessoa jurídica, justificar-se, nas informações, em prol da manutenção dos dados, nos termos em que se acham anotados, sob pena de afronta ao princípio do devido processo legal. Se admitidos os dois pedidos, um relativo à informação e outro à retificação, nem teria o impetrante como pedir retificação sobre o que não conhece.

(...)

*O processo de **habeas data** não comporta pedido genérico, do tipo 'se erradas ou equivocadas sejam corrigidas', porquanto tem-se que delimitar os termos em que se dará a correção ou retificação.*⁴

O próprio José Eduardo Carreira Alvim, todavia, ressalva que, "à primeira vista, parece realmente um absurdo necessitar o interessado impetrar dois **habeas data**, primeiro para conhecer o alcance das informações e, depois, para retificá-las".⁵

Com todas as vênias ao entendimento do autor, não conseguimos nos conformar com o aludido absurdo, segundo ele apenas aparente, de se obrigar o interessado a uma dupla impetração.

Lembramos a diretriz hermenêutica referida no início do presente estudo e que deve nortear a interpretação do **habeas data**, qual seja, a da máxima efetividade do remédio, com amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, seguindo até mesmo a tendência histórica da contínua ampliação dos direitos fundamentais.

Ora, se a Constituição não veda que instituições armazenem informações sobre as pessoas, por outro lado, trata de tutelar o direito de privacidade, armando a todos com um instrumento jurídico, que se pretende célere e efetivo - o **habeas data**.

Há que se encontrar uma saída, de sorte a não desestimular a utilização do remédio, em decorrência de um excesso de tecnicismo

⁴ *In Habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.104/107.

⁵ *Ibidem*.

processual. Afinal, a categoria jurídica processo é serviente, instrumental, como de resto todo o direito. A ciência processual não pode se transformar em um fim em si mesma.

É, por este motivo, que José Afonso da Silva tem sustentado ser viável o conhecimento e a retificação de dados, a partir de um mesmo ***habeas data***. Confirmam-se suas palavras:

*Nem serão necessários dois **habeas data** para que uma mesma pessoa tome conhecimento dos dados e proponha sua retificação. Sustentar o contrário é pretender instituto novo em velhos esquemas de um procedimentalismo superado.*⁶

Todavia, impõe-se reconhecer que os argumentos de Carreira Alvim impressionam bastante, não só pela autoridade do autor, mas por estarem amparados em um princípio constitucional de peso: o devido processo legal, em sua vertente da ampla defesa.⁷

O problema está, em nosso sentir, em como se assegurar no procedimento compacto do ***habeas data***, instituído pelo diploma regulamentador, a ampla defesa ao sujeito passivo, imprimindo, ao mesmo tempo, máxima efetividade ao processo, permitindo a cumulação de pedidos ou o desdobramento seqüencial do pedido originariamente formulado.

Pensamos que José Carlos Barbosa Moreira solucionou o problema.

Em primeiro lugar, afirma o autor que "*nada no texto legal autoriza a ilação de que o impetrante precise, na inicial, cumular*

⁶ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 432. O autor reafirma tal posicionamento na 20a. edição de sua obra, de 2002, ou seja, já após a edição da Lei nº 9.507.97. De sorte que não convence a suposição de CARREIRA ALVIM (**Habeas data**, p. 105) de que já se encontraria superado o entendimento do autor paulista.

⁷ O princípio do devido processo legal é o princípio maior, do qual todos os demais princípios processuais decorrem. Daí termos aludido à vertente da ampla defesa. NELSON NERY JUNIOR é esclarecedor a respeito: "Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies. Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do 'devido processo legal' o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, contraditório e do procedimento regular." (**Princípios do processo civil na Constituição Federal**, p. 30/31)

os pedidos: ele fica livre, sem dúvida, de cumulá-los, se quiser e puder".⁸

Para José Carlos Barbosa Moreira, então, poderá haver a cumulação de pedidos na petição inicial, a critério do impetrante.

Mas Barbosa Moreira vai mais longe, defendendo a possibilidade de formulação seqüencial de um novo pedido, após a ciência dos dados pelo interessado. Para o autor, tendo sido impetrado exclusivamente **habeas cognitivo**, e tendo sido constatada a imprecisão das informações obtidas, seria plenamente viável o prosseguimento do processo com a apreciação de um novo **thema decidendum**, desde que fosse assegurado o pleno contraditório e a ampla defesa ao sujeito passivo com a repetição de todos os atos processuais ocorridos. **Verbis:**

*Suponhamos que o juiz, dando pela procedência do pedido de acesso aos dados, marque dia e hora para a respectiva apresentação e, cumprida a ordem, venha o impetrante a verificar a existência de inexatidões até ali ignoradas. Não esclarece a lei como se há de acudir a tal emergência. Seria manifesto despropósito atribuir ao interessado o ônus de impetrar novo **habeas data**, para pedir, dessa vez, a retificação e/ou a anotação(...) Não vemos outra saída senão a repetição das providências destinadas a assegurar o contraditório sobre o novo **thema decidendum** (...) Há desvantagens óbvias, entre elas a de gerar a possibilidade de duas sentenças, à feição do que ocorre no processo da ação de prestação de contas ex art. 915 do CPC; mas não nos ocorre alternativa melhor.⁹*

A proposta de Barbosa Moreira é de uma amplitude fenomenal, na medida em que permite até mesmo a introdução de um novo pedido no processo, seqüencial ao primeiro, e após a prolação da sentença.

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O habeas data e sua lei regulamentadora". In **Habeas data**, coordenação Tereza Arruda Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 138.

⁹ *Ibidem*.


A criatividade da solução de Barbosa Moreira, cremos, está exatamente em conciliar efetividade com segurança. Afasta o óbvio paradoxo da impetração dupla, ao passo que assegura também a ampla defesa do sujeito passivo, através da repetição de todos os atos processuais praticados para o conhecimento dos dados, agora, para a sua retificação ou complementação.

Além disso, não há qualquer vedação procedimental à engenhosa proposta, sendo certo que, antes, é perfeitamente compatível com o espírito do remédio constitucional.

Concluindo:

Entendemos ser plenamente viável a impetração **ab initio** de um **habeas data** a um só tempo *cognitivo, retificatório e completo*. Em outras palavras, pensamos ser possível a cumulação de pedidos de acesso, retificação e complementação de dados.

Ainda, sustentamos a possibilidade de pedido seqüencial de retificação ou complementação de dados, na medida em que o impetrante suponha as informações registradas a seu respeito inverídicas ou incompletas, após ter tomado ciência delas, por meio da impetração de **habeas data** meramente *cognitivo*.

Em um ou outro caso, dever-se-ão repetir, seja para a retificação ou para a complementação de dados, os mesmos atos processuais praticados para a via do acesso às informações. Assim, deverá ser novamente notificado o coator, ouvido uma vez mais o Ministério Público etc. 

OS 15 ANOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. UMA VITÓRIA QUE MERECE SER COMEMORADA

Alexandre Guimarães Gavião Pinto
Juiz de Direito TJ/RJ

Criado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor provocou relevantes mudanças no cenário jurídico brasileiro, propiciando um maior equilíbrio nas relações jurídicas travadas entre fornecedores de produtos e serviços e consumidores.

É cediço que o direito à igualdade material representa um dos primados do direito moderno. Destarte, a reconstrução de tal direito é feita através de ações positivas do Estado, em benefício do indivíduo, identificado com determinado grupo.

O Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor, justamente, para debelar imperfeições, inevitáveis no mercado de consumo, conferindo ao consumidor uma igualdade jurídica suficiente para compensar a sua desigualdade econômica frente ao fornecedor.

Ressoa evidente, portanto, que a Lei nº 8.078/90 criou um verdadeiro sistema de normas e princípios, visando a proteger o consumidor hipossuficiente e efetivar os seus direitos, tão lesados ao longo do tempo, e que, hoje, contam com uma maior proteção, através de instrumentos previstos em uma das leis de maior sucesso no Brasil, que se tornou, inclusive, modelo na América Latina.

O Código de Defesa do Consumidor, com vistas a proteger um específico grupo de indivíduos, fragilizados, muitas vezes, por agres-

sivas práticas abusivas perpetradas no livre mercado, intervêm nas relações de direito privado, que, anteriormente, eram intocáveis, sob a alegação do princípio da autonomia da vontade.

Ao longo desses quinze anos, com base no Código de Defesa do Consumidor, foi sendo construída, gradativamente, uma inovadora jurisprudência, o que foi reforçado pela sólida doutrina criada concomitantemente.

Vale lembrar que o consumidor foi identificado pela Lei Maior, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como agente a ser necessariamente protegido de maneira peculiar.

Forçoso convir que, nas relações jurídicas de consumo, se aplicam os princípios e normas de ordem pública de assento constitucional, contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Não se pode perder de perspectiva que a Lei Consumerista dispõe, em seu artigo 1º, que as suas normas dirigem-se à proteção prioritária dos consumidores, constituindo-se em normas de ordem pública, inafastáveis pela vontade individual.

Revela-se indispensável ressaltar que, mais do que nunca, o direito privado sofre uma influência direta da Constituição da República, o que significa atestar que muitas relações particulares, que antes eram deixadas ao exclusivo arbítrio das partes, obtêm uma nova relevância jurídica e um controle estatal mais acentuado.

O Código de Defesa do Consumidor constitui uma lei de função social e, conseqüentemente, de ordem pública, com origem constitucional.

Em toda e qualquer relação de consumo devem ser observados, fielmente, os princípios básicos que informam a Lei Consumerista, tais como: a boa-fé objetiva, transparência e confiança.

Como bem salientado em sede doutrinária, capitaneada pelo eminente Desembargador Sergio Cavalieri Filho, "o Código do Consumidor criou uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer relação de consumo", sendo que esta é a relação jurídica, contratual ou extracontratual, em que figura numa ponta o fornecedor de produtos e serviços, e na outra, o consumidor, tendo por objeto a circulação de produtos e serviços. (*In Programa de Responsabilidade Civil* - 2ª edição - Malheiros Editores - p. 359)

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, relevantes princípios passaram a incidir sobre a responsabilidade do fornecedor.

A Lei nº 8.078/90 deslocou a responsabilidade do comerciante para o fornecedor, transferindo do consumidor para o produtor os riscos do consumo.

Foi adotada a teoria do risco do empreendimento, através da qual todo aquele que desenvolve alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos vícios e defeitos dos bens e serviços postos à disposição do consumidor, sem a aferição de culpa.

O fornecedor passou, então, a ser o garantidor dos produtos e serviços lançados no mercado, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

Os artigos 12 e 14, ambos da Lei nº 8.078/90, estabeleceram a responsabilidade objetiva dos fornecedores, o que implica o reconhecimento de que o consumidor tem somente que comprovar o dano e o nexo causal, para obter a indenização dos danos suportados em decorrência do evento danoso.

O Código de Defesa do Consumidor apresenta as diferenças existentes entre o fato do produto e do serviço, da responsabilidade por vício do produto e do serviço.

Deve ser reputado como fato do produto, o acontecimento externo que gera dano material ou moral ao consumidor, em razão da existência de um defeito do produto, que pode ser de concepção, de produção ou de comercialização.

Nesta hipótese, se descortina a ocorrência de acidentes de consumo, que geram a repercussão externa do defeito do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor e, também, do seu patrimônio.

A obrigação do fornecedor de arcar com os prejuízos causados por acidentes de consumo tem por pressupostos o defeito do produto, o evento danoso e a relação de causalidade entre o defeito e o dano gerado.

Produto defeituoso é aquele que não oferece a segurança necessária e esperada pelo consumidor, na época em que foi colocado em circulação.

No caso de responsabilidade pelo fato do produto, o artigo 12 da Lei nº 8.078/90 responsabiliza somente o fabricante, o produtor, o construtor e o importador.

Na realidade, o comerciante foi excluído em via principal, em razão do fato de não ter um controle rígido sobre a segurança e qualidade das mercadorias.

De fato, o fabricante e o produtor são os sujeitos mais importantes das relações de consumo, já que dominam a produção, lançando, no mercado, o produto perigoso.

De acordo com o § 3º, do artigo 12 da Lei Consumerista, o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não serão responsabilizados, quando provarem que não colocaram o produto no mercado; que, embora tenham colocado o produto no mercado, o defeito inexistia, ou que tenha ocorrido fato exclusivo do consumidor ou de terceiro.

Outro instituto jurídico de suma importância, no Código do Consumidor, é a solidariedade.

Em várias passagens, a Lei nº 8.078/90 prevê a solidariedade, a saber: nos artigos 7º, parágrafo único, 18 e 25, §§ 1º e 2º.

A solidariedade na obrigação constitui um artifício técnico para reforçar o vínculo, facilitando o cumprimento da obrigação imposta ao fornecedor de produtos ou de serviços, o que propicia uma maior segurança para o consumidor na satisfação dos seus direitos.

No que tange ao comerciante, foi prevista a responsabilidade subsidiária pelos acidentes de consumo, na forma do artigo 13 da Lei nº 8.078/90.

Assim, pode o comerciante ser responsabilizado, quando o fabricante, o construtor, o produtor ou importador não forem identificados; o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador, ou quando o comerciante não conservar, de forma adequada, os produtos perecíveis.

Verifica-se que o comerciante foi, oportunamente, incluído como responsável subsidiário, para reforçar a posição do consumidor, com o aumento da cadeia de coobrigados.

A responsabilidade pelo fato do serviço vem prevista no artigo 14 da Lei nº 8.078/90.

O § 1º, do artigo 14, da Lei Consumerista estabelece que o serviço é defeituoso, quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração determinadas circunstâncias, tais como: o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que, razoavelmente, são esperados pelo consumidor, à época em que foi fornecido o serviço.

Configuram excludentes do dever de indenizar: a inexistência de defeito; o fato exclusivo do consumidor ou de terceiro, e o fortuito externo, que é aquele fato que não guarda qualquer relação com a atividade do fornecedor, sendo totalmente estranho ao produto ou serviço.

O fortuito interno, que nada mais é do que o fato imprevisível e inevitável, ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não afasta o dever de indenizar do fornecedor, já que parte integrante de sua atividade, ligando-se aos riscos do empreendimento de maneira íntima.

O Código de Defesa do Consumidor criou, outrossim, o chamado consumidor por equiparação.

O artigo 17 da Lei nº 8.078/90 proporcionou uma maior amplitude à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, ao equiparar todas as vítimas do acidente de consumo ao consumidor, protegendo qualquer pessoa atingida pelo acidente de consumo, mesmo que não tenha adquirido o produto ou serviço do fornecedor ou fabricante.

Já a responsabilidade por vício do produto e do serviço vem prevista nos artigos 18 e 20 da Lei Consumerista, não se confundindo com a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço.

Os vícios do produto e do serviço são defeitos inerentes aos produtos e serviços, não se relacionando com os danos causados por eles, que constituem acidentes de consumo.

Tais vícios podem ser divididos em vícios de qualidade, por inadequação do bem de consumo à sua destinação, e de quantidade.

A doutrina é pacífica, no sentido de que, apesar de a Lei Consumerista não ter repetido a expressão "independentemente da existência de culpa", trata-se de mais uma hipótese de responsabilidade objetiva.

Na responsabilidade por vício do produto e do serviço, se vislumbra a existência de responsabilidade solidária entre todos os fornecedores, inclusive, o comerciante.

Desta forma, o consumidor pode escolher em dirigir a sua pretensão contra todos, ou contra aquele que entenda mais conveniente, sendo a solidariedade afastada tão-somente nas hipóteses elencadas nos artigos 18, § 5º, e 19, § 2º.

Outra inovação que merece relevo é a inversão do ônus da prova nas relações consumeristas, autorizada pelo legislador, desde que presentes certos requisitos.

A Lei nº 8.078/90, em seu artigo 6º, inciso VIII, permite que a defesa dos direitos dos consumidores seja facilitada, em juízo, pelo instrumento processual da inversão do ônus da prova.

Releva notar, contudo, que a inversão do ônus da prova não deve ser aplicada, automaticamente, e de maneira imoderada, em todo e qualquer processo que envolva relação de consumo.

A inversão do ônus da prova, que atenua a regra prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil, apenas pode ser adotada, quando o Magistrado venha a constatar a verossimilhança da afirmação feita pelo consumidor, ou a sua hipossuficiência, que deverá ser avaliada segundo as regras ordinárias de experiência. Isto porque, sem se basear na verossimilhança do alegado, que consiste no juízo de probabilidade extraído do material probatório, a indicar ser, provavelmente, verdadeira a versão exposta pelo consumidor, ou na sua condição de hipossuficiente, que é a efetiva demonstração de sua impotência, a faculdade judicial não pode ser utilizada, caso contrário, será violado, flagrantemente, o princípio do devido processo legal.

Podemos citar, ainda, outros importantes dispositivos legais, que visam a efetivar os direitos dos consumidores, como o artigo 47, que prevê que as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor, e o artigo 4º, que, entre outras providências, trata do princípio da transparência, que completa o dever de informação, impregnando o texto contratual da maior clareza possível.

Por tudo que acima foi dito, uma conclusão é inevitável, merecendo destaque, a de que, ao completar seus quinze anos, o Cód-

go de Defesa do Consumidor, lei de função social, deve ser comemorado, com vigor, posto que representa uma brilhante vitória do povo brasileiro, na transformação de uma realidade social, consistente em conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia, respeito e equilíbrio nas relações de consumo.☰

PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: OS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS E A CONCREÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais e Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

1. DELIMITAÇÃO DO PLANO DE ESTUDO

A separação dos poderes, a exemplo dos demais princípios estruturantes do Estado de Direito, apresenta-se como mecanismo imprescindível à garantia do exercício moderado do poder e à conseqüente contenção do totalitarismo.¹ De modo semelhante às múltiplas vertentes que pode assumir, todas de indiscutível importância na organização do Estado, são igualmente múltiplas as classificações que pode receber.

É possível adotar um critério científico ou jurídico, que indica as características essenciais das funções atribuídas aos diversos órgãos; um critério técnico-organizativo, que trata da repartição das funções entre os distintos órgãos, buscando assegurar o melhor rendimento das instituições; ou mesmo um critério político, com o fim de garantir

¹ Cf. Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre)*, trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 383. Por dizer respeito à forma de ação do Estado, o autor considera a separação dos poderes um princípio formal do Estado de Direito, enquanto as garantias dos direitos fundamentais seriam princípios materiais.

a satisfação dos interesses de determinada instância social.²

A análise do princípio unicamente sob o prisma funcional não constituiria óbice a que um mesmo órgão exercesse distintas funções, possibilidade não afastada por Locke, mas, como veremos, combatida por Montesquieu. É preferível, assim, conjugá-la com o sentido orgânico, que busca sistematizar o exercício do poder por distintos órgãos.

Adotando-se uma perspectiva funcional, à função legislativa compete a formação do direito (**rule making**), enquanto que às funções executiva e judicial é atribuída a sua realização (**law enforcement**). No entanto, apesar de ser inegável a constatação de que tanto o Executivo como o Judiciário executam a lei, não nos parece correto falar em bipartição do poder.³ O designativo *poder*, além de indicar o plexo de funções para cuja execução o órgão está finalisticamente voltado, denota uma estrutura organizacional devidamente individualizada, autônoma e que não se encontra hierarquicamente subordinada às demais. Concentrar as funções executiva e judiciária sob a mesma epígrafe poderia comprometer a autonomia que acabamos de realçar, o que, por via reflexa, produziria efeitos sobre a própria independência dos juízes. Preservada a autonomia, o designativo é relegado a plano secundário. Nesse particular, vale lembrar a advertência de Barthélemy e Duez,⁴ ao ressaltarem que o importante é resguardar a independência dos juízes, sendo irrelevante questionar se o Judiciário "*é um poder ou simplesmente uma autoridade do Estado*", pois "*ele é o que nós o fizermos, ele terá o nome que arbitrariamente nós lhe dermos*".

Além disso, não é de boa técnica preterir um conceito específico, que melhor designe as peculiaridades e as funções de determi-

² Cf. Franco Bassi, "Il Principio della Separazione dei Poteri", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* n° 1/17 (18), 1965.

³ Afirmava Berthélemy (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 9a ed., Paris: Rousseau, 1920, p. 10-12) que o princípio da separação dos poderes não deveria ser entendido no sentido de que existem três poderes, isto porque fazer as leis e executá-las parecem, "em boa lógica", dois termos entre os quais, ou ao lado dos quais, não há lugar a tomar. O ato de "interpretar a lei em caso de conflito" faz necessariamente parte do ato geral de "fazer executar a lei", o que torna o Judiciário um ramo do Executivo. Kelsen (*Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 365), do mesmo modo, observava que a usual tricotomia "é, no fundo, uma dicotomia, a distinção fundamental entre legis latio e legis executio".

⁴ *Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Paris: Dalloz, 1926, p. 155.

nado órgão, por um conceito mais amplo, terminando por enquadrá-lo juntamente com referenciais de análise que ostentem sensíveis diferenças. À função jurisdicional compete velar pela prevalência da norma de direito, atuando nos casos de ameaça ou efetiva violação ou quando a lei o determinar, ainda que não haja violação. Sua intervenção final, ademais, observada a sistemática legal, será definitiva (**final enforcing power**), sendo essa a principal característica que a diferencia da outra função de realização da norma.⁵ Negando-se essa constatação, não haveria porque falarmos, sequer, em funções executiva e legislativa, pois, no fundo, ambas se enquadram na noção mais ampla de exercício da soberania estatal.

No sentido orgânico, a separação dos poderes é analisada sob a perspectiva dos distintos órgãos que exercerão as funções estatais, sendo normalmente referidas as separações horizontal e vertical.

Fala-se em separação horizontal por estarem os diferentes órgãos em posição de igualdade, não sendo divisada qualquer hierarquia ou absorção, somente sendo possível uma relação de dependência entre eles nas hipóteses indicadas na ordem constitucional, o que tem por objetivo estabelecer condicionamentos recíprocos de modo a preservar o equilíbrio institucional e a obstar o surgimento do arbítrio. No sistema brasileiro, os órgãos recebem a denominação de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário,⁶ o que, como veremos, prestigia a clássica divisão de

⁵ Segundo Afonso Queiró (**Lições de Direito Administrativo**, v. I, Coimbra: João Arantes, 1976, p. 9/84), o ato jurisdicional não só pressupõe, mas é necessariamente direcionado à solução de uma "questão de direito" (violação do direito objetivo ou de um direito subjetivo), o que se realizará a partir da identificação da situação de fato. Caso seja buscado um resultado prático distinto da "paz jurídica" subjacente à solução da "questão de direito", o ato será administrativo e não jurisdicional. Como anota Paulo Castro Rangel (**Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos**, Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, p. 274 e ss.), indicando inúmeros precedentes, essa doutrina tem sido prestigiada pelo Tribunal Constitucional português.

⁶ Vide o art. 2º da Constituição de 1988, que, além da divisão tripartite, fala em harmonia e independência entre os poderes, consagrando um sistema de colaboração, com mecanismos de controle recíproco. No mesmo sentido, o art. 20, II, nº 2, da Lei Fundamental alemã de 1949. A Constituição espanhola de 1978, nos arts. 117 a 127, prevê a tripartição, mas somente o Judiciário recebeu expressamente a qualificação de poder. A Constituição francesa de 1958, diversamente, somente faz menção à autoridade judiciária, cabendo ao Presidente da República garantir-lhe a independência (arts. 64 a 66). A Constituição portuguesa, em seu art. 110, fala em órgãos de soberania (Presidente da República, Assembleia da República, Governo e Tribunais), que devem observar a separação e a independência previstas na Constituição (art. 111). Não obstante a literalidade do preceito, são inúmeros os mecanismos de colaboração (v.g.: a promulgação das leis pelo Presidente da República - art. 134, b; a autorização da Assembleia da República como requisito à declaração de guerra pelo Presidente - art. 161, m; a eleição, pela Assembleia, de juízes do Tribunal Constitucional - art. 163, j; etc.).

Montesquieu, sendo esta a nomenclatura que utilizaremos no decorrer da exposição.

Ainda sob a ótica horizontal, também seria possível falar, ao menos teoricamente, em separação "flexível" (v.g.: o modelo parlamentar europeu) e em separação "rígida" (v.g.: o modelo presidencial americano), o que, respectivamente, corresponderia ou não à capacidade de destruição recíproca do Legislativo e do Governo: com a dissolução da Assembléia ou a censura do Governo.⁷ Esse modelo, evidentemente, apresenta inúmeras nuances quando transposto para a realidade, o que inviabiliza a formação de arquétipos rígidos a seu respeito. De qualquer modo, é inegável que o princípio da separação dos poderes apresentará contornos que variarão conforme os sistemas de organização do poder político: sistemas parlamentar, presidencial e a variante do semi-presidencialismo, que tenderá a se aproximar de um ou outro.

Na linha de evolução do sistema da separação dos poderes, a tradicional confrontação entre Executivo e Legislativo pouco a pouco se apaga e cede lugar às tensões infra-institucionais entre maioria e oposição. Com isto, o dualismo Executivo-Legislativo é substituído por realidades estruturadas em "bloco de governo" e em "bloco de oposição", o que importa no deslocamento do foco de análise do plano institucional para o plano partidário.⁸ As inter-relações passam a ser regidas por interesses político-partidários, ensejando a inevitável cisão da unidade institucional e o conseqüente aparecimento de estruturas paralelas, quiçá contrapostas, que influem diretamente nas relações de poder.

Sob a ótica vertical, a separação dos poderes pode ser concebida em duas vertentes: a) nas relações mantidas entre o Estado e os particulares, identificando o alcance do poder de regulação estatal e a esfera remanescente aos particulares; e b) na divisão de competências entre distintas unidades territoriais de poder, o que está associado à forma de Estado adotada (unitário ou federal), sendo múltiplas as vertentes que pode assumir.

⁷Cf. Luis Favoreau et alii, **Droit Constitutionnel**, 6^a ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003, op. cit., p. 339.

⁸ Cf. Luis Favoreau et alii, **Droit Constitutionnel ...**, op. cit., p. 338.

A separação de poderes entre o Estado e os particulares ou, melhor dizendo, a repartição e a conseqüente limitação das esferas de atuação, pressupõe o exercício do poder de regulação do Estado, o que definirá a esfera e o respectivo alcance da atividade estatal, bem como a margem de liberdade deixada ao particular. Se o particular não exerce propriamente um "poder", é inegável a sua aptidão para adotar determinados comportamentos passíveis de alterar a realidade fenomênica. Concebida essa esfera de atuação como um todo unitário, é possível que o Estado delimite, ante a natureza da atividade ou por mera opção política, uma área de atuação exclusiva, concorrente ou mesmo subsidiária. Essa esfera, como afirma Zippelius,⁹ variará conforme se prestigie uma maior margem de regulação ou uma maior autonomia individual, o que, utilizando-se os princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso, deve ser sopesado à luz dos direitos fundamentais. A exemplo das restrições à esfera individual, também as prestações do Estado, como afirma Zippelius,¹⁰ devem ser reservadas às situações *"em que a auto-regulação e a auto-sustentação, privada ou corporativa, não funcionam tão bem ou melhor"*, o que indica a subsidiariedade dessa intervenção.

No Estado unitário, tanto pode ser divisada a concentração dos poderes numa unidade central abrangente de todo o território, como podem existir descentralizações. São espécies desse gênero: a) o Estado regional, em que a Constituição assegura uma real autonomia normativa às coletividades regionais (v.g.: Espanha e Itália), o que em muito o aproxima do Estado Federal; e b) o Estado descentralizado, no qual, em menor medida, são distribuídas determinadas competências a unidades territoriais menores. No Estado composto, ao revés, coexistem múltiplas esferas de poder.

No Estado federal - que pode ser perfeito (também denominado de funcional ou por associação) ou imperfeito¹¹ (por dissociação),

⁹ Reinhold Zippelius, *op. cit.*, p. 402/403.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 403.

¹¹ Luis Favoreau et alii (**Droit Constitutionnel ...**, *op. cit.*, p. 381) falam em Estado federal por associação ou por dissociação. Pablo Lucas Murillo de la Cueva ["El Poder Judicial en el Estado Autonômico", in **Teoria y Realidad Constitucional** nº 5, p. 89 (100), 2000], por sua vez, o divide em integral (perfeito) e funcional (imperfeito), incluindo a Espanha, apesar da ausência de qualificação formal, na última categoria.

conforme resulte da união de Estados soberanos (v.g.: o modelo americano) ou da divisão de um Estado unitário em parcelas menores, que continuam unidas ao todo mas que passam a exercer determinados poderes políticos (v.g.: os modelos brasileiro, belga e austríaco) - os poderes são exercidos, consoante a disciplina traçada na Constituição, pela Federação e pelos Estados. Os poderes outorgados às unidades federadas tanto podem alcançar as distintas funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) como restringir-se a algumas delas (v.g.: os *Länder* na Áustria¹² e os Municípios no Brasil, unidades federadas que somente possuem os Poderes Executivo e Legislativo).

E ainda, como ressalta Zippelius,¹³ o estudo da separação e do equilíbrio entre os poderes, longe de manter-se adstrito ao modelo de organização estatal, também avança em direção a múltiplos domínios, o que, a nível interno do Estado, importa na tentativa de manter o equilíbrio entre as forças sociais - em especial o poder das associações e dos meios de comunicação de massa - e, a nível internacional, na prevenção contra hegemonias. Mostra-se igualmente relevante, em especial no Continente Europeu, uma classificação que sistematize o exercício de competências derivadas da Constituição por instituições ou organizações internacionais.¹⁴

O princípio da separação dos poderes, como se constata, tem dimensões amplas. Por essa razão, delimitaremos o plano de estudo ao papel desempenhado pelo Judiciário na concreção dos denominados direitos sociais, o que costuma ensejar discussões sobre a possível tensão com a separação dos poderes. As conhecidas dimensões ou gerações de direitos fundamentais podem ser reduzidas, quanto à postura a ser assumida pelo Estado, em duas categorias. A primeira assume uma feição negativa, limitando ou mesmo vedando a atuação do Estado numa esfera jurídica assegurada ao indivíduo. A segunda categoria, por sua vez, costuma refletir um aspecto positivo, exigindo a atuação do Estado para que os direitos possam transpor o plano ideológico-normativo e alcançar a realidade.

¹² Cf. Jaume Vernet I Llobet, **El sistema federal austríaco**, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 116.

¹³ Op. cit., p. 401.

¹⁴ Cf. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, op. cit., p. 91/92.

Essa classificação, é importante observar, não pode ser exatamente superposta às diferentes gerações de direitos fundamentais, sendo plenamente factível a necessidade de um atuar positivo do Estado para a garantia das liberdades individuais (v.g.: na manutenção de estruturas jurisdicionais que façam cessar qualquer restrição ilícita à liberdade) ou mesmo uma abstenção para o regular exercício dos direitos sociais (v.g.: na garantia do direito de greve).¹⁵ No entanto, é indiscutível que a preservação das liberdades individuais exige um comportamento essencialmente negativo, enquanto que, em relação aos direitos sociais, a preeminência é do atuar positivo.¹⁶ É justamente a essa última vertente que direcionaremos nossa análise.

Na perspectiva de estudo adotada, o Poder Judiciário é contextualizado numa forma de governo democrática, estruturada a partir das relações políticas mantidas entre governantes e governados, do que resulta um lineamento político-constitucional essencialmente distinto daquele que receberia em outros regimes (v.g.: num governo despótico).

A identificação dos limites e das potencialidades do Poder Judiciário na concreção dos direitos sociais deve ser impregnada de uma visão prospectiva, distanciando-se dos dogmas sedimentados pelas clássicas teorias de Locke¹⁷ e de Montesquieu,¹⁸ desenvolvidas sob a égide do liberalismo clássico, na medida do necessário à compreensão das relações institucionais travadas num Estado Social.¹⁹ À delimitação material da esfera de atuação judicial contribui

¹⁵ Cf. Walter Schmidt, I "Diritti Fondamentali Sociali nella Repubblica Federale Tedesca", in **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico** n° 3/785 (802), 1981.

¹⁶ Cf. A. E. Dick Howard, "La protection des droits sociaux en droit constitutionnel américain", in **Revue Française de Science Politique** v. 40, n° 2, p. 173, 1990.

¹⁷ **The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government**, 3a ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976, §§ 143-148.

¹⁸ **De L'Ésprit des Lois**, obra publicada em 1748, Livro XI, Capítulo VI.

¹⁹ Tanto Locke como Montesquieu dispensaram uma importância secundária ao Poder Judiciário. Locke sequer concebeu um poder autônomo, integrando a função de julgar num espectro mais amplo: o de executar a lei. Quanto a Montesquieu, apesar de prestigiar a existência de um poder autônomo encarregado da função jurisdicional, apressava-se em realçar a necessidade de que o Poder Judiciário se mantivesse adstrito à "letra da lei". As doutrinas de Locke e Montesquieu bem demonstram que o alicerce teórico da separação dos poderes, caso estudado na pureza de suas linhas estruturais, não mais se coaduna às profundas mutações de natureza inter e intra-orgânica que se operaram na estrutura política do poder. A começar pela própria produção normativa, que, numa fase pós-

a distinção entre atos administrativos e atos de governo e, sob o prisma da legitimação democrática, assume especial importância o papel desempenhado pela ordem constitucional. Além disso, o referencial desloca-se da potestade e alcança a pessoa, epicentro do Estado Social e Democrático de Direito, com o que se almeja demonstrar a necessidade de serem redimensionadas concepções sedimentadas em momento histórico diverso.

2. A CONSTITUIÇÃO COMO ELEMENTO POLARIZADOR DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A denominada *constituição moderna*, isto para utilizarmos a expressão de Gomes Canotilho,²⁰ é caracterizada como um documento escrito, que traça a ordenação sistêmica e racional da comunidade política, assegurando um conjunto de direitos fundamentais e estabelecendo diretrizes e limites ao exercício do poder político.

Face à sua estrita correlação com o poder político, a Constituição não pode ser vista e analisada como um corpo *asséptico*, distante e indiferente às estruturas ideológicas presentes na ordem social. O poder político reflete as ideologias existentes e a Constituição o limita e direciona, o que enseja uma interpenetração entre as diferentes ordens. Assim, é inevitável a influência dos influxos ideológicos na ordem constitucional, o que permitiria falar, segundo Howard,²¹ em constituições socialistas, refletindo os princípios marxistas-leninistas; em constituições liberais, que realçam as teorias individualistas; e em constituições mistas, nas quais a interseção de direitos positivos e negativos é mais acentuada.

Em sociedades pluralistas, *locus* adequado ao pleno desenvolvimento da democracia, a Constituição tende a refletir, consoan-

positivista, sofreu um profundo realinhamento com o reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos, o que, como veremos, em muito enfraqueceu a senhoria normativa do Poder Legislativo, pulverizando-a entre os demais poderes. Nesse particular, foram profundas as modificações operadas no Poder Judiciário. Se Locke sequer reconhecia a sua individualidade e Montesquieu o confinava à "letra da lei", é difícil negar a superação desse quadro ao se constatar que, hodiernamente, cabe ao Judiciário, em última instância e em caráter definitivo, densificar o conteúdo dos princípios jurídicos e, à luz do caso concreto, submetê-los a operações de ponderação.

²⁰ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 52.

²¹ Op. cit., p. 190.

te a aceitabilidade de cada qual, as convergências e as divergências existentes entre as distintas forças políticas e sociais: daí se falar em *Constituição compromissória*, produto do "pacto" estabelecido entre referidas forças.²²

Além de presentes em sua formação, as diferentes ideologias sociais também se refletirão na interpretação da Constituição, pois, tendo ela uma estrutura que congrega normas de natureza preceitual e principiológica, os valores sociais que corporificam o conteúdo de seus princípios e direcionam a aplicação de suas regras lhe conferem uma textura eminentemente aberta,²³ possibilitando uma contínua adequação às forças políticas e sociais.

Por ser inevitável a influência de inúmeras variantes ideológicas em sua formação e interpretação, deve a Constituição, sem prejuízo de sua unidade sistêmica, ser aplicada de modo a potencializar suas normas e a alcançar os distintos fins visados. Relegando a plano secundário as diferentes "individualidades" que compõem o figurino constitucional, correr-se-á o risco de prestigiar determinados valores em detrimento de outros dotados de igual legitimidade. Interpretar os direitos sociais à luz do pensamento liberal oitocentista poderá gerar iniquidades somente comparáveis à tentativa de preservação das liberdades individuais a partir da ideologia marxista-leninista.

Não se sustenta, é evidente, o isolamento das normas constitucionais em compartimentos estanques, destituídos de qualquer influência recíproca. Fosse assim, não se poderia falar em unidade ou mesmo em ordem constitucional. O que se afirma, em verdade, é que a interpretação da norma constitucional exige sejam devidamente sopesados os influxos ideológicos nela diretamente refletidos e, somente num segundo momento, deve ser a norma compatibilizada com os demais influxos recepcionados pela Constituição. Com isto, preserva-se a essência da *Constituição compromissória*, evitando que o pluralismo de forças termine por

²² Cf. J. J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional ...**, op. cit., p. 218/219.

²³ Sobre a Constituição aberta, inclusive com ampla indicação bibliográfica, vide Carlos Roberto Siqueira de Castro, **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 15/130.

ser desvirtuado e anulado, bem como assegura-se a manutenção da harmonia entre elas, prestigiando as opções fundamentais do Constituinte e o princípio da unidade constitucional.

Especificamente em relação à preservação do interesse social, pode-se dizer, de forma simplista, que a interpretação de suas potencialidades deve ser devidamente compatibilizada com os influxos liberais igualmente prestigiados pela ordem constitucional. Ainda que à propriedade seja assegurada uma função social, não pode o seu titular, sem qualquer compensação, ser dela integralmente privado; sendo prevista a prisão unicamente como sanção, não como meio de coerção processual, não se pode restringir a liberdade de um indivíduo para compeli-lo à prática de determinado ato de interesse coletivo etc.

A interpretação do princípio da separação dos poderes, como não poderia deixar de ser, não configura exceção à proposição já enunciada. Se é certo que a preservação das liberdades individuais, em linhas gerais, pressupõe uma atitude abstencionista do Poder Público, o que direciona a atuação dos órgãos jurisdicionais a essa ótica de análise, não menos certo é que os direitos sociais normalmente pressupõem um atuar positivo, o que, em sendo necessário, exigirá uma atuação diferenciada dos referidos órgãos. O que se mostra inconcebível é transpor parâmetros de tutela e paradigmas de convivência institucional essencialmente voltados à preservação da liberdade para um campo em que se mostra essencial um **facere** estatal.

Cabe à ordem constitucional, a partir dos diferentes influxos ideológicos que, explícita ou implicitamente, nela se materializaram, atuar como elemento polarizador do princípio da separação dos poderes. A contemplação de um extenso rol de direitos econômicos, sociais e culturais ou mesmo a exigência de preservação da dignidade da pessoa humana, o que pressupõe o fornecimento de um rol mínimo de prestações, indica uma opção ideológica que deve ser prestigiada na interpretação dessas normas constitucionais, tendo influência direta em princípios reitores do sistema, como o da separação dos poderes.

A fórmula Estado Social e Democrático de Direito indica claramente a imperativa observância de determinados padrões de con-

duta, quer sejam omissivos, quer sejam comissivos, daí se falar em *Estado de Direito*; a necessária participação popular no exercício do poder político, com a conseqüente aceitação das normas dela derivadas, o que justifica o designativo *Estado Democrático*; e, **the last but not the least**, a integração dos órgãos de poder com o objetivo de assegurar o progresso social e uma existência digna, tendo em vista a consecução do bem-comum,²⁴ perspectiva que delinea os contornos do *Estado Social*.

A sindicatção dos atos e das omissões da Administração assumirá uma perspectiva diferente daquela formada por influência do liberalismo, cujo objetivo principal era obstar o avanço sobre esferas resguardadas ao indivíduo. Em se tratando de direitos sociais, a Administração deve penetrar em determinadas áreas essenciais ao indivíduo e realizar as prestações necessárias à sua concretização, o que exigirá uma ótica de análise distinta, essencialmente voltada à aferição das omissões administrativas. Essa constatação permite concluir que as inter-relações mantidas entre os Poderes Executivo e Judiciário não devem ser concebidas numa linearidade indiferente aos influxos ideológicos que exijam um **facere** ou um **non facere** estatal. Com isso, será possível descortinar, na própria Constituição, a legitimidade do Poder Judiciário na aferição de comportamentos aparentemente envoltos no outrora inexpugnável manto da discricionariedade administrativa.

3. ATOS ADMINISTRATIVOS E ATOS DE GOVERNO

Sustentando-se a possibilidade de sindicatção das omissões da Administração na implementação dos direitos prestacionais, torna-se necessário delimitar, com a maior exatidão possível, a esfera reservada ao exercício do poder político, seara caracterizada pela liberdade valorativa e, em regra, de reduzida sindicabilidade. Relegando esse imperativo a plano secundário ou não sendo ele executado a contento, será inevitável o choque entre concepções que, não obstante derivadas do Direito, recebem seus influxos de modo

²⁴ Nas palavras de Aristóteles (**A Política**, tradução de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 53), "não é apenas para viver juntos, mas sim para bem viver juntos que se fez o Estado..."

nitidamente variável: é essa a tensão que se manifesta entre órgãos jurisdicionais e órgãos políticos ao interpretarem a norma. Como lembra Guettier,²⁵ é justamente a singularidade dessa situação que explica uma atitude de reserva dos juizes ao definirem a extensão de seu controle sobre atos emanados de órgãos políticos.

Os atos políticos, na concepção aqui tratada, são atos de conteúdo não-normativo da função política, regidos pela Constituição, e que só podem ser corretamente entendidos na perspectiva do sistema de governo e das relações entre os seus respectivos órgãos.²⁶ São instrumentos pelos quais se explicam as funções de direção, de governo e de controle do Estado, do que são exemplos a declaração de guerra e a convocação do Parlamento.²⁷

A delimitação do controle a ser exercido pelos juizes pressupõe a compreensão da dicotomia entre atos de governo e atos administrativos: os primeiros, como manifestação do poder político, sofreriam um controle restrito; os segundos, por derivarem de uma atividade essencialmente circunscrita aos contornos da legalidade, em regra, estariam sujeitos a um controle amplo - a exceção, por sua vez, derivaria da margem de liberdade inerente à noção de poder discricionário,²⁸ o que enseja, igualmente, um controle restrito.

²⁵ "Le contrôle juridictionnel des actes du président de la République", in "Les 40 ans de la Ve République", **Revue du Droit Public** nº 5/6, p. 1719 (1721), 1998.

²⁶ Cf. Jorge Miranda, **Funções, Órgãos e Actos do Estado, apontamentos de lições**, Lisboa, 1986, p. 299 e ss..

²⁷ Cf. Rocco Galli, **Corso di Diritto Amministrativo**, Padova: CEDAM, 1991, p. 243.

²⁸ O poder discricionário reflete-se no exercício de uma atividade valorativa que culminará com a escolha, dentre dois ou mais comportamentos possíveis, daquele que se mostre mais consentâneo com o caso concreto e a satisfação do interesse público. Para tanto, deve a autoridade proceder à "ponderação comparativa dos vários interesses secundários (públicos, coletivos ou privados), em vista a um interesse primário", sendo esta a essência da discricionariedade (Cf. Massimo Severo Gianini, **Diritto Amministrativo**, v. 2º, 3ª ed., Milano: D. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 49). Como discricionariedade não guarda similitude com arbitrariedade, a atividade administrativa deve adequar-se à noção de juridicidade, que integra as regras e os princípios regentes da atividade estatal, importando numa filtragem da esfera de liberdade assegurada ao agente, remanescendo uma área restrita não sujeita à sindicância judicial. Essa área restrita, tradicionalmente denominada de mérito administrativo, indica a oportunidade do ato (*rectius*: o juízo valorativo resultante da ponderação dos interesses envolvidos), não seguindo parâmetros estritamente jurídicos (v.g.: o objetivo de boa administração - Cf. Pietro Virga, **Diritto Amministrativo**, v. 2, 5ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 8, p. 11; Franco Bassi, **Lezioni di Diritto Amministrativo**, 7ª ed., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, p. 68; e Diana-Urania Galetta, **Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo**, Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 149), o que justifica a sua inclusão numa esfera residual reservada à Administração.

Os atos de governo, face à sua própria natureza, estarão sujeitos, em maior intensidade, a um controle de ordem política, a ser realizado pelo Parlamento (v.g.: com o mecanismo do **impeachment**), pelo povo (v.g.: por ocasião das eleições) ou mesmo por órgãos com competência nitidamente jurisdicional. Na França, as nomeações para cargos civis e militares do Estado - previstas no art. 13, nº 2, da Constituição como de competência do Presidente da República, com a aquiescência do Primeiro Ministro -, outrora puramente discricionárias, pois dotadas de um acentuado cunho político, têm sido objeto de controle pelo Conselho de Estado sob a ótica do **erreur manifeste d'appréciation**. Nesses casos, verifica-se a própria adequação das aptidões do indivíduo ao posto a ser ocupado ou à tarefa a ser cumprida.²⁹

Guettier,³⁰ após ressaltar o perigo de se deixar que atos fundados em **raison d'État** escapem a qualquer controle, lembra que a jurisprudência administrativa francesa tem evoluído no sentido de restringir, progressivamente, o domínio dos atos de governo. De qualquer modo, a impossibilidade de sindicância ainda é prestigiada no quadro das relações entre o Executivo e os demais poderes e nas relações internacionais. Consoante a jurisprudência do Conselho de Estado, à luz da Constituição francesa, são exemplos de atos insindicáveis: a nomeação do Primeiro Ministro (art. 8, al. 1er), a submissão de projetos de lei a referendo (art. 11), o decreto de dissolução da Assembléia Nacional (art. 12), as mensagens presidenciais ao Parlamento (art. 18), a nomeação de três membros do Conselho Constitucional, assim como do Presidente, e a provocação do Conselho (arts. 54, 56 e 61).³¹

²⁹ Conselho de Estado, "Association générale des administrateurs civils et autres c/ Dupavillon", j. em 16/12/1988, Leb., p. 450, tendo sido reconhecida a adequação; e "Bleton et autres c/ Sarazin", j. em 16/12/1988, Leb., p. 451, decisão que declarou a ausência do perfil de carreira (*apud* Christophe Guettier, **Le contrôle juridictionnel...**, p. 1744).

³⁰ **Le contrôle juridictionnel...**, p. 1722/1723.

³¹ **Le contrôle juridictionnel...**, p. 1723/1724. Ainda segundo o autor, na ordem internacional são insindicáveis os atos do Executivo cuja natureza administrativa não possa ser reconhecida (as decisões tomadas pelo Presidente da República como "prince des Vallées d'Andorre" - Conselho de Estado, Société Le Nickel, j. em 1º/12/1993, Leb., p. 1132) e os atos praticados na condução das relações diplomáticas da França (a criação de uma zona de segurança e a suspensão da navegação marítima no mar territorial de um atol da Polinésia - Conselho de Estado, "Paris de Bollardière et autres", j. em 11/07/1975, Leb., p. 423; e a decisão de retomar uma série de ensaios nucleares interrompidos - Conselho de Estado, "Association Greenpeace France", j. em 29/09/1995, Leb., p. 347).

A liberdade característica dos atos de governo, por estar inserida num sistema unitário e teleologicamente voltado à consecução do bem comum, recebe temperamentos da ordem constitucional, que limita e condiciona o seu exercício. Nesse particular, merecem especial realce as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, que surgem como parâmetros de controle do poder discricionário da Administração, com a conseqüente invalidade dos atos que deles destoem.³² O espectro de liberdade, ademais, sofre sensíveis alterações, que variarão consoante o grau de densidade das normas de patamar superior nas quais se assente o ato. É inequívoco que uma norma constitucional meramente programática (v.g.: o Estado zelará pelo bem-estar das crianças) deixa uma ampla liberdade de conformação ao Legislativo e ao Executivo. Em razão inversa, nos parece igualmente inequívoco que a previsão constitucional de atuação prioritária em determinada área (v.g.: na proteção das crianças), acrescida de uma disciplina infraconstitucional definidora das medidas a serem adotadas (v.g.: prestação do ensino), em muito reduz a margem de liberdade do Executivo.

Ainda que a Constituição e o legislador infraconstitucional, como é normal, disponham sobre inúmeras outras atribuições correlatas do Executivo, sem definir o momento em que cada uma delas deva ser implementada, não se mostra ampla e irrestrita a sua liberdade de "opção política". Com efeito, a ausência de um indicador temporal específico pode ser substituída, com vantagem, pela imposição de tratamento prioritário à matéria, o que conferirá um caráter residual à referida liberdade, que somente ressurgirá, em relação às atribuições correlatas, após o atendimento daquela considerada prioritária. Inexistindo previsão como essa, os contornos da liberdade se tornarão mais fluidos, porém, não fluidos o suficiente a ponto de inviabilizar todo e qualquer controle.

Em qualquer Estado democrático, é o indivíduo que ocupa o epicentro da ordem jurídica, erigindo-se como razão de ser e fim último de toda e qualquer atividade estatal. Esse *status*, normalmen-

³² Cf. Jorge Miranda, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 315; e J. J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional ...**, op. cit., p. 446.

te indicado com o imperativo respeito à dignidade da pessoa humana ou com a previsão constitucional de um extenso rol de direitos, bem demonstra que qualquer ato político deve ser praticado de modo a não macular o seu conteúdo mínimo.

Ao sopesar os distintos atos materiais passíveis de serem praticados, deve o Executivo realizar a análise dos valores envolvidos e identificar aqueles que, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas, possuam maior peso. Tal operação, que redundará numa opção essencialmente política, em rigor será insindicável. No entanto, demonstrando-se que valores essenciais à dignidade da pessoa humana foram preteridos por outros de peso nitidamente inferior, a opção se mostrará destoante da Constituição e, *ipso iure*, inválida (v.g.: não será legítima a opção pela contínua alteração das cores de uma escola em detrimento do pagamento dos professores ou da aquisição de alimentos para os alunos carentes). Não obstante a plasticidade dessa afirmação, é evidente a dificuldade encontrada na exata delimitação daquilo que se deve entender por dignidade da pessoa humana. Apesar disso, serão identificadas com relativa facilidade zonas de certeza positiva e zonas de certeza negativa, indicando, respectivamente, a observância ou a inobservância dos padrões de dignidade. A esfera de liberdade, assim, ficará restrita a uma zona intermédia, impregnada por intenso subjetivismo e insuscetível de controle judicial.

Ultrapassada a esfera de liberdade, não se poderá falar em indébita intromissão do Poder Judiciário em atividade desenvolvida por outro poder. Como observa Cristina Queiroz,³³ *"existem conflitos puramente políticos, insuscetíveis de conformação-subsunção normativa e, por outro, conflitos políticos em que apesar de tudo essa conformação é possível, pelo que se encontram sujeitos a um 'direito judicial de controle"*. O princípio da separação dos poderes, como dissemos, é polarizado pela Constituição e pelos valores nela consagrados, possuindo a flexibilidade necessária para assegurar a preeminência da dignidade da pessoa humana.

³³ *Os Actos Políticos no Estado de Direito - O Problema do Controle Jurídico do Poder*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 217.

4. A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA AFERIÇÃO DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Em um primeiro plano, deve-se ressaltar que a *ratio* do controle exercido pelo Poder Judiciário, longe de buscar a sedimentação de uma superioridade hierárquica no plano institucional ou a frívola ingerência em seara inerente ao Executivo, é a de velar para que o exercício do poder mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica, substrato legitimador de sua existência. Dessa forma, não se identificará um juízo censório ou punitivo à atividade desenvolvida por outro poder, mas, sim, uma relevante aplicação do sistema de "freios e contrapesos", inerente ao regime democrático e cujo desiderato final é garantir o bem-estar da coletividade.

Esse controle, no entanto, provocará uma inevitável tensão entre dois valores indispensáveis ao correto funcionamento do sistema constitucional: o primeiro indica que o poder de decisão numa democracia deve pertencer aos eleitos - cuja responsabilidade pode ser perquirida - e, o segundo, a existência de um meio que permita a supremacia da Constituição mesmo quando maiorias ocasionais, refletidas no Executivo ou no Legislativo, se oponham a ela.³⁴ Uma forma de harmonizar os dois aspectos dessa dialética é a contemplação dos direitos sociais na própria Constituição, o que, retirando um irrestrito poder de decisão das maiorias democráticas, permite aos juízes decidir se tais direitos devem ser reconhecidos.³⁵

É importante observar que o equilíbrio propiciado pela separação dos poderes, de indiscutível importância na salvaguarda dos indivíduos face ao absolutismo dos governantes, também contém os excessos da própria democracia. O absolutismo, ou mesmo o paulatino distanciamento das opções políticas fundamentais fixadas pelo Constituinte podem igualmente derivar das maiorias ocasionais, as quais, à mingua de mecanismos eficazes de controle, podem solapar as minorias e comprometer o próprio pluralismo democrático.

³⁴Cf. Howard, op. cit., p. 188.

³⁵Cf. Howard, op. cit., p. 190. Acrescenta o autor que as questões éticas e sociais da vida moderna permitem concluir que o desrespeito a uma certa justiça social fará com que outros direitos, como o direito de voto, a liberdade de expressão e a liberdade de consciência, se tornem "casacas vazias".

Por tal razão, não se deve intitular uma decisão judicial de antidemocrática pelo simples fato de ser identificada uma dissonância quanto à postura assumida por aqueles que exercem a representatividade popular. Não se afirma, é certo, que a democracia seja algo estático, indiferente às contínuas mutações sociais. No entanto, ainda que a vontade popular esteja sujeita a contínuas alterações, o que resulta de sua permanente adequação aos influxos sociais, refletindo-se nos agentes que exercem a representatividade popular, ela deve manter-se adstrita aos contornos traçados na Constituição, elemento fundante de toda a organização política e que condiciona o próprio exercício do poder.

Não merece acolhida, inclusive, a tese de uma possível supremacia do Judiciário em relação aos demais poderes. As suas vocações de mantenedor da "paz institucional" e de garantidor da preeminência do sistema jurídico assumem especial importância no Estado Social moderno, no qual aumenta a importância do Estado em relação ao indivíduo, com a correlata dependência deste para com aquele, exigindo do Judiciário o controle dessa relação.³⁶

Robert Alexy,³⁷ embora discorrendo sobre a competência do Tribunal Constitucional, profere lição que em muito contribui para a elucidação da tensão dialética acima enunciada. Segundo ele, *"a chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão"*. Estando ambas submetidas ao princípio fundamental de que todo o poder emana do povo, é necessário compreender *"não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo"*. Essa representação, no entanto, se manifesta de modo distinto: *"o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente"*, o que permite concluir que este, ao representar o povo, o faz de forma *"mais idealística"* do que aquele. Ao final, realça que o cotidiano parlamentar oculta o perigo de que faltas graves sejam praticadas a partir da excessiva imposição das maiorias, da preeminência das

³⁶ Cf. Otto Bachof, op. cit., p. 58. Segundo o autor, o próprio controle, ao reconhecer a atuação em harmonia com o Direito, fortalecerá a autoridade dos demais poderes (p. 59).

³⁷ "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático", trad. de Luiz Afonso Heck, in **RDA** no 217/66, 1999.

emoções e das manobras do tráfico de influências, o que permite concluir que *"um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos"*. A lição do mestre germânico pode ser transposta, sem exatidão, às relações entre o Judiciário e o Executivo, pois também este deve atuar em harmonia com a ordem constitucional, limite incontornável traçado pelo Constituinte, cabendo ao Judiciário assegurar que tal ocorra.

Conferindo-se à Constituição a condição de elemento polarizador das relações entre os poderes, torna-se evidente que os mecanismos de equilíbrio por ela estabelecidos não podem ser intitulados de antidemocráticos. Além disso, a ausência de responsabilidade política dos membros do Poder Judiciário não tem o condão criar um ***apartheid*** em relação à vontade popular. Na linha de Bachof, o juiz não é menos órgão do povo que os demais, pois, mais importante que a condição de mandatário do povo é a função desempenhada *"em nome do povo"*,³⁸ aqui residindo a força legitimante da Constituição. Essa fórmula, aliás, mereceu consagração expressa no art. 202, nº 1, da Constituição portuguesa: *"os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo"*.³⁹

Com o evolver do Estado Social de Direito, o Poder Judiciário passa por modificações que em muito o distanciam do modelo teórico inicialmente idealizado para a separação dos poderes: zela pela adstrição das funções executiva e legislativa à lei e ao Direito, inclusive com o salvaguarda da supremacia da Constituição em alguns sistemas; é potencializada sua função institucional de apreciar as lesões ou ameaças de lesão aos direitos das pessoas, adotando as providências pertinentes ao caso; e assegura a proteção dos direitos fundamentais, que ultrapassam a vertente essencialmente abstencionista, característica das liberdades individuais, e alcançam os direitos econômicos, sociais e culturais, que pressupõem um atuar positivo por parte do Estado.

³⁸Op. cit., p. 59.

³⁹No mesmo sentido: art. 101 da Constituição italiana.

Releva observar que o Poder Judiciário, em sua atividade de realização do Direito, a partir da valoração da situação fática e do regramento posto pelo Legislativo, será responsável pela confecção da regra que regerá o caso concreto. Nesse particular, é visível o aperfeiçoamento da doutrina positivista clássica, na qual o comando normativo era exaurido pelo legislador, após sopesar a realidade fenomênica, cabendo ao intérprete, unicamente, a realização de uma operação de subsunção, sendo ínfima a liberdade de conformação, ainda que direcionada ao caso concreto.⁴⁰ Atualmente, raras são as vozes que se insurgem contra a imprescindibilidade da atividade do intérprete no papel de agente densificador do conteúdo normativo editado pelo legislador, *máxime* com a intensificação do uso de princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que somente serão passíveis de individualização com a identificação dos valores que lhes são subjacentes.

5. O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS SOCIAIS

O reconhecimento de direitos sociais, como o direito ao trabalho e à ajuda social, ambos centrados na noção de solidariedade social, somente começou a se generalizar nas primeiras Constituições do século XX, do que são exemplos a Constituição mexicana de 1917, a soviética de 1918 e a alemã de 1919.⁴¹ Não obstante as flagrantes limitações de ordem econômica, é verificada a intensificação da intervenção estatal e o alargamento do seu âmbito de incidência a partir da Segunda Guerra Mundial, daí se falar em Estado Providência.⁴²

⁴⁰ Como observa Bachof (op. cit., p. 24), mesmo sob a égide do positivismo clássico, sempre se reconheceu ao juiz um papel importante na criação do direito, nunca tendo correspondido à conhecida concepção de Montesquieu, que o restringia à atividade de mera subsunção.

⁴¹ É relevante observar que Marx (*Die Klassenkämpfe in Frankreich*, in *Marx/Angels, Ausgewählte Schriften*, Ost-Berlin, 1953, I, p. 153 e ss), em 1848, demonstrava o seu total despreço pelos direitos sociais: "o direito ao trabalho - no sentido burguês - é um contrasenso, um voto piedoso e miserável, pois atrás do direito ao trabalho se ergue o poder sobre o capital, atrás do poder sobre o capital a apropriação dos meios de produção, com a submissão da classe trabalhadora..." [apud Albrecht Weber, "*L'Etat social et les droits sociaux en RFA*", in *Revue de Droit Constitutionnel* nº 24/677, (678) 1995].

⁴² Sobre os motivos da crise do Estado Providência, Jorge Pereira da Silva ["Proteção constitucional dos direitos sociais e reforma do Estado Providência", in *A Reforma do Estado em Portugal*, Problemas e Perspectivas, organizado pela Associação Portuguesa de Ciência Política, Lisboa: Editorial Bizâncio, p. 537 (538), 2001] aponta três vertentes:

Os direitos sociais, longe de interditar uma atividade do Estado, a pressupõem. Indicam, em regra, a necessidade de intervenção estatal visando ao fornecimento de certos bens essenciais, que poderiam ser obtidos pelo indivíduo, junto a particulares, caso dispusesse de meios financeiros suficientes e encontrasse uma oferta adequada no mercado.⁴³ Esses direitos devem ser moldados consoante critérios de subsidiariedade, somente se justificando a prestação estatal no caso de as circunstâncias inviabilizarem a sua obtenção direta pelo beneficiário em potencial.

Segundo Weber,⁴⁴ a expressão direitos sociais, que é eminentemente ambígua, permite o seu enquadramento como *direitos subjetivos, mandados constitucionais endereçados ao legislador* ou *princípios diretores*, classificação que deve atentar para a essência das normas, não para o designativo que lhes seja arbitrariamente atribuído.⁴⁵ Principiando pelos direitos subjetivos, essa classificação indica uma escala nitidamente decrescente em termos de densidade normativa e de potencial exigibilidade.

5.1. Direitos Subjetivos

Os direitos sociais, na medida em que a estrutura normativa o permita, podem assumir o contorno de direitos subjetivos (v.g.: o direito

vertente financeira, relacionada ao aumento da despesa pública, que supera o produto nacional e obriga ao aumento dos impostos; vertente de eficácia, derivada da complexidade do aparato estatal e do desperdício de recursos públicos, importando na impossibilidade de atender com rapidez à constante demanda; e vertente da legitimidade, que resulta da conjugação das duas anteriores e denota uma desconfiança dos cidadãos ante a insuficiência e a má-qualidade das prestações oferecidas.

⁴³ Cf. Robert Alexy, *op. cit.*, p. 482.

⁴⁴ Cf. Albrecht Weber, "L'Etat social et les droits sociaux en RFA", in **Revue de Droit Constitutionnel** no 24/677, (680) 1995.

⁴⁵ Gomes Canotilho | **Direito Constitucional ...**, *op. cit.*, p. 474/476; e "Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais", in **Estudos sobre Direitos Fundamentais**, p. 35 (37/38), Coimbra: Editora Coimbra, 2004], após realçar que a "técnica de positivização" dos denominados "direitos a prestações" constitui uma "eleição racional" de "enunciados semânticos", enumera as seguintes possibilidades de positivização jurídico-constitucional dos direitos sociais: a) *normas programáticas*, definidoras de tarefas e fins do Estado, mas que podem ser trazidas à colação no momento da concretização dos direitos sociais; b) *normas de organização*, atributivas de competência ao legislador para a emanção de medidas relevantes no plano social, gerando sanções unicamente políticas no caso de descumprimento; c) *garantias institucionais*, impondo a obrigação de o legislador proteger a essência de certas instituições (família, administração local, saúde pública) e adotar medidas relacionadas com o "valor social eminente" dessas instituições; d) *direitos subjetivos*, isto é, inerentes ao espaço existencial dos cidadãos, pressupondo a garantia constitucional de certos direitos, o dever de o Estado criar os pressupostos materiais indispensáveis ao seu exercício efetivo e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

à liberdade de associação sindical, assegurado aos trabalhadores nas Constituições brasileira e portuguesa), gerando obrigações concretas para a sociedade e para o Estado (v.g.: a retribuição do trabalho, sendo vedado o escravismo).

A característica de norma **self-executing** é normalmente reservada aos direitos sociais que impõem obrigações negativas ao Estado, não estando estritamente correlacionados ao dispêndio de recursos públicos para a sua implementação. Quanto aos direitos cuja implementação pressuponha, como **conditio sine qua non**, a realização de investimentos públicos, sua intensidade e extensão variarão conforme as disponibilidades, assumindo, em regra, a natureza de normas essencialmente programáticas.

Tratando-se de direitos que exijam um atuar positivo, em regra, não costumam ser interpretados como diretamente invocáveis a partir de normas constitucionais, pressupondo, ante o seu acentuado grau de indeterminação, a intermediação do legislador, que fixará suas condições e dimensões, bem como a respectiva fonte de custeio.⁴⁶

Em essência, é esse um dos diferenciais indicados pela doutrina em relação às liberdades fundamentais, para as quais é estabelecido um regime de aplicabilidade direta e de proteção reforçada face ao legislador.⁴⁷ No entanto, como veremos, é possível que, à luz das circunstâncias do caso, a densidade normativa dos direitos sociais seja auferida junto ao princípio da dignidade humana, cuja carga axiológica a eles se integrará.

⁴⁶ Cf. Reinhold Zippelius, op. cit., p. 395. Anota Gomes Canotilho (**Direito Constitucional ...**, op. cit., p. 478/480) que, enquanto o reconhecimento de direitos originários (na Constituição) traz o problema da sua efetivação, os direitos derivados a prestações refletem o "direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estatais concretizadas por lei, segundo a medida das capacidades existentes".

⁴⁷ Cf. Walter Schmidt, op. cit., p. 800; Jorge Miranda, "Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais", in **Estudos Jurídicos e Econômicos em Homenagem ao João Limbrales**, Coimbra: Coimbra Editora, p. 345 (357), 2000; e José Carlos Vieira de Andrade, "La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique du Portugal", in **Droits de l'Homme**, v. III, org. por Julia Iliopoulos-Strangas, Bruxelas: Editions Ant. N. Sakkoulas Athènes, p. 671 (672), 1997. Este autor defende, inclusive, que é o legislador o primeiro destinatário das normas constitucionais que disponham sobre direitos sociais, não sendo o Executivo propriamente um receptor direto dessas normas, pois, estando sujeito ao princípio da legalidade, só poderá atuar após a intermediação do legislador (p. 682/683). É ressaltado, no entanto, o "direito de sobrevivência", que pode coincidir com o conteúdo mínimo dos direitos sociais e ser incluído como uma dimensão do direito à vida, permitindo a obtenção do "equivalente funcional" do efeito direto (p. 688). Também sustentando a necessidade de ser assegurado o *conteúdo essencial* de todos os direitos: Jorge Miranda, "Regime...", op. cit., p. 353.

5.2. Mandados Constitucionais Endereçados ao Legislador

Os mandados constitucionais⁴⁸ endereçados ao legislador apresentam características essencialmente programáticas e impõem determinados objetivos a serem alcançados. Além disso, a exemplo dos princípios diretores, servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade (por ação ou por omissão), prestam um relevante auxílio na interpretação das normas infraconstitucionais,⁴⁹ podem obstar o retrocesso social⁵⁰ e exigem que todos os atos emanados do Poder Público, de natureza normativa ou não, sejam com eles compatíveis. Por sua própria natureza, atingem domínios potenciais de aplicação que se espraiam por searas não propriamente superpostas a parâmetros indicadores de um conteúdo mínimo de justiça social.

Weber,⁵¹ realizando uma resenha da jurisprudência dos tribunais de alguns países cujas respectivas Constituições consagram os

⁴⁸ Echavarría "El Estado Social como Estado Autonómico", in **Teoría y Realidad Constitucional** nº 3/61 (68), 1999] fala em cláusulas diretivas, de caráter mais promocional que prescritivo e que incorporam, portanto, mais princípios que regras.

⁴⁹ Como ressalta Viera de Andrade ("La protection...", p. 679), apesar da impossibilidade de *aplicação direta* das normas constitucionais que disponham sobre direitos sociais, sua influência na interpretação das normas legais lhes confere uma *aplicação mediata*.

⁵⁰ Na doutrina, Jorge Miranda (in **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 397/399), discorrendo sobre o "não retorno da concretização" ou "proibição de retrocesso", observa que as normas legais concretizadoras das normas constitucionais a elas se integram, não sendo possível a sua simples eliminação, isto sob pena de retirar a eficácia jurídica das normas constitucionais correlatas. Além disso, a proibição de retrocesso funda-se também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito. Ressalta, no entanto, que esse entendimento não visa à equiparação entre normas constitucionais e legais, pois estas continuam passíveis de alteração ou revogação; o que se pretende é evitar a ab-rogação, pura e simples, de normas legais que conferem efetividade às constitucionais e "com elas formam uma unidade de sistema". Como anota Vieira de Andrade (**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa** de 1976, 2ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 394), importam na "proibição de revogação sem substituição das normas conformadoras dos direitos sociais - que mais não é que a garantia do mínimo imperativo do preceito constitucional". Vide, ainda, J. J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional ...**, op. cit., p. 476. O Tribunal Constitucional Português, no Acórdão nº 509/2002 (Processo nº 768/2002, j. em 19/12/2002, **Diário da República** no 36, Série I-A, p. 905/917), após ampla análise da proibição de retrocesso, afirmou que deve ser encontrado um ponto de equilíbrio entre a "estabilidade da concretização legislativa" e a "liberdade de conformação do legislador", devendo-se concluir pela possibilidade de supressão de determinadas prestações sociais desde que isto não se dê de forma arbitrária e não afete o "direito a um mínimo de existência condigna", que encontra o seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. No caso concreto, reconheceu a inconstitucionalidade de decreto da Assembléia da República que regulava a titularidade do direito ao rendimento social de inserção, aumentando a idade de mínima de 18 (dezoito) para 25 (vinte e cinco) anos, o que culminaria em impor sérias restrições a relevantes necessidades dos jovens.

⁵¹ Op. cit., p. 691/692.

direitos sociais, observa que o Tribunal Constitucional espanhol os interpreta como mandados constitucionais⁵², afastando a sua aplicação imediata, o mesmo ocorrendo com o português, segundo o qual tais normas "*prescrevem objetivos constitucionais concretos e definidos e não somente diretrizes vagas e abstratas*".⁵³

Também o Tribunal Constitucional italiano, apesar de considerar, por exemplo, o direito à saúde como um direito subjetivo (***diritto primario e fondamentale***), exige a interposição legislativa, que igualmente disciplinará os respectivos aspectos financeiros.⁵⁴ Os direitos sociais que exigam uma prestação estatal não podem ser invocados com base direta no texto constitucional, sendo necessária a intermediação do legislador para a definição dos seus contornos essenciais.

Esse entendimento foi preconizado pelo Tribunal Constitucional na Sentença nº 455, de 16 de Outubro de 1990,⁵⁵ que versava sobre o alcance do direito à saúde previsto no art. 32 da Constituição italiana. Na ocasião, o Tribunal reconheceu o valor constitucional desse direito, sua primariedade e fundamentalidade, bem como a inviolabilidade correlata à sua natureza quando em confronto com outros interesses constitucionais protegidos.⁵⁶

A tutela do direito à saúde, no entanto, "*se articula em situações jurídicas subjetivas diversas, dependendo da natureza e*

⁵² STC, Proc. nº 31/1984, j. em 07/03/1985; e Proc. no 45/1989, j. em 20/02/1989.

⁵³ TC, Proc. nº 39/1984, j. em 11/04/1984. Viera de Andrade ("La protection...", p. 679), do mesmo modo, traz à colação decisões do Tribunal que não reconhecem a possibilidade de o "direito à habitação" ser diretamente exigido do Estado (Proc. nº 131/92 e 346/93).

⁵⁴ CC, Sentença no 455/1990, proferida em 16/10/1990. Após acentuarem a constitucionalização da obrigação do Estado de "instituir escolas estatais para todas as ordens e graus" (art. 32, nº 2, da Constituição italiana), Di Celso e Salerno (**Manuale di Diritto Costituzionale**, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2002, p. 208/212), analisando o art. 34 da Constituição, que assegura o "direito ao estudo", visualizam a existência do direito a obter dos Poderes Públicos, "segundo as condições estabelecidas na Constituição e na lei", as prestações necessárias ao profícuo desenvolvimento dessa atividade. Acrescentam que, "não diversamente do direito ao trabalho, o direito ao estudo nasce como liberdade e se desenvolve como direito cívico ou social ou, como outros preferem dizer (Martines), evolui da liberdade negativa à liberdade positiva". Apesar disso, apresenta uma diferença substancial em relação ao direito ao trabalho, pois a Constituição e a lei impõem os meios (v.g.: bolsa de estudo) para tornar efetivo esse direito, indicando uma concreta linha de ação, do que resulta um verdadeiro poder jurídico de exigir a sua prestação. Ao final, lembrando a Sentença nº 215/87, do Tribunal Constitucional, concluem que "a escola está aberta a todos" (*la scuola è aperta a tutti*).

⁵⁵ **In Giur. Cost.** nº 3/90, p. 2732.

⁵⁶ Cf. Daniela Bifulco, op. cit., p. 179/180.

do tipo de proteção que o ordenamento constitucional assegura em benefício da integridade e do equilíbrio físico e psíquico da pessoa humana nas relações jurídicas surgidas em concreto".

Com isto, instituiu uma dicotomia na estrutura do direito à saúde, que albergaria: a) um direito de defesa, consagrando uma obrigação **erga omnes** e assegurando a proteção da integridade físico-psíquica da pessoa contra agressões praticadas por terceiros, direito imediatamente garantido pela Constituição e passível de ser tutelado pelos tribunais; e b) um direito à prestação, que pressupõe a prévia "*determinação, por parte do legislador, dos instrumentos, do tempo e do modo em que se efetivará a respectiva prestação*".

A atuação do legislador seria necessária para o fim de realizar a ponderação entre os diversos interesses protegidos pela ordem constitucional, identificando os recursos disponíveis no momento da operacionalização desse direito e a quem será atribuída, na sua estrutura organizacional, a responsabilidade de implementá-lo.

Essa posição é criticada por Daniela Bifurco⁵⁷, que visualiza, no percurso argumentativo do Tribunal, conferindo-se exclusividade ao legislador na ponderação dos interesses concorrentes e no dimensionamento dos custos e dos recursos disponíveis, um condicionamento do direito à saúde e, indiretamente, a sua própria negação quando detectada a inércia do legislador.⁵⁸ Realça, no entanto, alguns aspectos decisivos da decisão, como a atribuição de uma certa "*primazia axiológica*" ao direito à saúde ao reconhecer a sua inviolabilidade, daí decorrendo a característica da irretatibilidade, que é típica dos direitos invioláveis e assegura a observância do seu conteúdo mínimo e essencial, consagrando a proibição de retrocesso.⁵⁹

Na França, embora a Constituição de 1958 não contenha um rol de direitos sociais a serem assegurados pelo Estado, o preâmbulo

⁵⁷Op. cit., p. 181.

⁵⁸ Guido Corso ["I Diritti Sociali nella Costituzione Italiana", in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico* n° 3, p. 755 (776/777), 1981] observa que o controle do Tribunal Constitucional é pouco incisivo em se tratando de omissão do legislador, acrescentando que a tutela promovida pela jurisdição ordinária pressupõe a prévia intermediação do legislador, delimitando o respectivo direito.

⁵⁹Op. cit., p. 183/185.

da Carta de 1946, a ela integrado, veicula importantes disposições a respeito da matéria. Consoante a alínea dez, "*a Nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento*", acrescentando a alínea 11 que "*ela assegura a todos, às crianças, às mães e aos trabalhadores idosos, a proteção da saúde, a segurança material, o repouso e o lazer...*"

Analisando tais dispositivos em questões afeitas à sua competência, que não alcança a análise de casos concretos, o Conselho Constitucional tem afirmado que incumbe ao legislador e, se for o caso, à autoridade regulamentar, determinar, "*em respeito aos princípios constantes dessas disposições, as modalidades concretas de sua execução*".⁶⁰ E ainda, contextualizando sua análise no âmbito das ajudas sociais, acrescenta que as exigências constitucionais decorrentes dessas disposições implicam na "*execução de uma política de solidariedade social em favor da família*", sendo deixada ao legislador a liberdade de escolha das modalidades de ajuda que lhe pareçam mais apropriadas.⁶¹

Associando esses preceitos ao "*princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana*", decorrente da primeira alínea do preâmbulo, reconheceu o Conselho Constitucional que "*a possibilidade de toda pessoa dispor de uma habitação decente é um objetivo de valor constitucional*." ⁶² Embora não esteja expressamente inscrito numa norma constitucional, decorreria dos princípios contemplados no preâmbulo. No entanto, como anotam Favoreau e Philip,⁶³ um "*objetivo de valor constitucional*" não pode ser considerado propriamente uma "*norma constitucional de pleno valor*", podendo ceder mais facilmente quando em colisão com outra necessidade de interesse geral ou com um direito fundamental (v.g.: o direito de propriedade), sendo menos protegido que estes.

⁶⁰ Conseil Constitutionnel, Décision n° 97-393 DC, j. em 18/12/1997, considerando 31, *in* Louis Favoreau e Louis Philip, **Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel**, p. 885 (890).

⁶¹ Conseil Constitutionnel, Décision n° 97-393, cit., considerando 33.

⁶² Conseil Constitutionnel, Decision n° 94-359 DC, j. em 19/01/1995, considerandos 6 e 7, *in* Louis Favoreau e Louis Philip, *op. cit.*, p. 897.

⁶³ *Op. cit.*, p. 897.

O entendimento do Conselho Constitucional, apesar de não adentrar em pretensões específicas que visem à concreção dos direitos sociais, deixa claro que das referidas normas não podem ser deduzidos direitos subjetivos, e que a sua integração e especificação competem ao legislador, em clara reverência ao princípio da separação dos poderes. Apesar de veicularem "*princípios*" ou "*valores constitucionais*",⁶⁴ seu efeito mais concreto seria o de impedir a revogação de normas que consagrem os direitos sociais sem que outras de natureza similar as substituam.⁶⁵ A sua integração ao Direito Positivo indica uma exigência constitucional, mas a vagueza dos seus termos impede sejam eles diretamente invocados para alicerçar uma qualquer pretensão perante os órgãos competentes, tendo uma natureza essencialmente programática.⁶⁶

Quanto ao direito à saúde, Favoreau e Philip⁶⁷ acenam com uma clara evolução da jurisprudência do Conselho Constitucional: num primeiro momento (decisão de 15 de Janeiro de 1975), invocou o princípio previsto no preâmbulo e o considerou como parte integrante do Direito Positivo; posteriormente (decisão de 18 de Janeiro de 1978), aceitou apenas examinar se uma lei colide com o direito à saúde; e, recentemente (decisão de Janeiro de 1991), reconheceu o direito à proteção da saúde tal qual enunciado no referido Preâmbulo.

Especificamente em relação à concretização dos direitos sociais, em regra o Conselho de Estado não tem reconhecido nas normas que os contemplam uma densidade normativa suficientemente forte a ponto de serem considerados verdadeiros direitos subjetivos. O Conselho de Estado teve oportunidade de afirmar que o "*direito à ajuda social constitui, acima de tudo, uma declaração de princípio*", não gerando direitos subjetivos.⁶⁸ Por essa razão, não seria conveni-

⁶⁴Sobre a distinção entre princípios e valores, possuindo os primeiros, além da característica normativa, um maior grau de concreção e de especificação, vide Antonio Enrique Pérez Luño, **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, 8a ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 287/292.

⁶⁵Louis Favoreau e Louis Philip, op. cit., p. 608.

⁶⁶Cf. Louis Favoreau et alii, **Droit des Libertés fondamentales**, op. cit., p. 249.

⁶⁷Op. cit., p. 353.

⁶⁸Conseil D'État, Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. Sénat, 1974-1975, n° 581, 1, p. 86.

ente confiar o seu respeito a um organismo de natureza jurisdicional, cujo fim precípua é o de aplicar as regras jurídicas.

A doutrina, no entanto, acena com a evolução desse entendimento, que importaria, no exemplo mencionado, no reforço do caráter jurídico da ajuda social aos desfavorecidos (passagem da assistência ao efetivo direito à ajuda social), permitindo a tomada de consciência de que os quadros jurídicos tradicionais sofreram uma mudança de natureza.⁶⁹ Essa apreensão da realidade, requisito indispensável à integração da norma, seria realizada pelos órgãos jurisdicionais, não importando em qualquer mácula ao princípio da separação dos poderes.

Apesar disso, a extensão indefinida do Estado Providência jamais poderá ser assegurada. Dois fatores contribuem de forma decisiva para essa retração dos direitos prestacionais: a "*crise econômica generalizada*", que inviabiliza o atendimento de todas as necessidades individuais e a "*crise ideológica*", sob a forma de dúvidas quanto à solidariedade anônima e à igualdade como finalidade social, o que dificulta a integração da norma pelos órgãos jurisdicionais.⁷⁰

5.3. Princípios Diretores

No que concerne aos princípios diretores, cuja imperatividade decorre de seu caráter normativo, traduzem o "*reconhecimento da idéia de solidariedade, de justiça social, de igualdade factual e de complementaridade entre as liberdades individuais e suas condições sociais*",⁷¹ veiculando parâmetros essenciais que, como vimos em relação aos mandados constitucionais endereçados ao legislador, devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação.

⁶⁹ Cf. F. Ost, "Juge-Pacificateur, Juge-Arbitre, Juge Entraîner: Trois Modèles de Justice, in Fonction de Juger et Pouvoir Judiciaire, Transformations et Déplacements", p. 1 (12) org. por PH. Gerard, F. Ost e M. Van de Kerchove, Bruxelles: Publications des Facultes Universitaires Saint-Louis, 1983.

⁷⁰ Cf. F. Ost, op. cit., p. 13.

⁷¹ Cf. Albrecht Weber, op. cit., p. 681.

A maior fluidez que ostentam, que advém de sua estrutura principiológica e da não indicação de uma diretriz específica a ser seguida, lhes confere uma densidade normativa inferior aos mandados constitucionais.

Ainda que, *a priori*, ostente a forma de princípio diretor ou de mandado endereçado ao legislador, o respeito à dignidade humana pode transmudar-se em direito subjetivo quando, à luz do caso concreto, se mostrarem imprescindíveis determinadas prestações que se encontrem ao abrigo de um quadro axiológico já sedimentado no grupamento. Nesses casos, será possível exigir um **facere** estatal para atender a um rol mínimo de direitos.

6. A SINDICAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DO PARADIGMA LIBERAL: O MODELO AMERICANO

No modelo americano, a concepção teórica de Montesquieu foi aprimorada e o Judiciário elevado ao mesmo nível dos demais poderes, o que, juntamente com um elaborado sistema de recíproca limitação e colaboração (**checks and balances**), resultou num maior equilíbrio entre os poderes. Contrariamente ao que viria a ocorrer no sistema francês pós-revolucionário, foi grande a preocupação em se evitar que os demais poderes fossem subjugados pelo Legislativo, o que inevitavelmente conduziria ao arbítrio do regime de assembléia.

Em termos de inter-relação com os demais poderes, merecem especial relevo o caráter vinculativo dos precedentes (**stare decisis**), próprio dos sistemas de **common law**, e a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário na aferição da compatibilidade entre a Constituição e as normas editadas pelos órgãos competentes (**judicial review**).

O importante papel desempenhado pelo Judiciário na mediação dos conflitos institucionais e na garantia dos direitos fundamentais começou a se delinear, em 1803, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*,⁷² em que a Suprema Corte, sob a presidência de John Marshall, reconheceu a sua competência para a aferição da com-

⁷² 1 Cranch 137, 1803.

patibilidade de uma lei com a Constituição. É relevante observar que, apesar de o art. VI da Constituição americana dispor que todas as leis "*editadas em conformidade com a Constituição*" constituem a lei suprema do País, o que indica o seu caráter fundante de toda a ordem jurídica, nenhuma norma dispunha sobre a forma de efetivação dessa supremacia constitucional ou mesmo que incumbia à Suprema Corte declarar a invalidade de uma lei dissonante da Constituição.

Com o evolver do *judicial review of legislation*, que assegurava a fiscalização da constitucionalidade por todo e qualquer tribunal⁷³ e, em especial, com as decisões adotadas pela Suprema Corte em relação a inúmeras medidas que compunham o *New Deal*, declarando a sua incompatibilidade com a Constituição, foram vigorosas as vozes que se insurgiram contra a aparente formação de um *judges government*, que poderia comprometer a liberdade de conformação do legislador e o próprio princípio democrático.

Objetivando conter os inevitáveis males que um exagerado ativismo judicial poderia gerar, fazendo com que as concepções sociais, políticas, econômicas e ideológicas do Judiciário substituíssem aquelas próprias do Legislativo, os tribunais têm restringindo a sua atividade de valoração das opções do legislador (*self-restraint*). Derivam dessa construção jurisdicional, que visa à preservação da validade das normas, figuras como a interpretação conforme, que indica a alternativa interpretativa compatível com a Constituição, excluindo as demais, ou o reconhecimento de uma inconstitucionalidade parcial, que preserva a parte da norma que não se apresente incompatível com a Constituição.⁷⁴

O ativismo da Suprema Corte também se refletiu em posições amplamente favoráveis às liberdades individuais, como as decisões tomadas nos anos sessenta, sob a presidência de Earl Warren, em que as disposições do *Bill of Rights*, em sua origem restritas aos atos federais, passaram a ser aplicadas aos Estados.⁷⁵

⁷³ Cf. Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 32/34.

⁷⁴ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...*, op. cit., p. 958/959.

⁷⁵ Cf. A. E. Howard, op. cit., p. 175.

Tanto o caráter vinculativo dos precedentes como o controle de constitucionalidade geram intensos reflexos na eficácia dos padrões normativos emanados do Legislativo. Na medida em que os órgãos jurisdicionais inferiores estão vinculados à interpretação do Direito fixada pelos órgãos de hierarquia superior, é inegável que as decisões dos últimos, ainda que de forma indireta, possuem uma acentuada carga normativa, moldando os atos emanados do Legislativo e lhes conferindo uma relativa generalidade. No controle de constitucionalidade, do mesmo modo, os tribunais podem atuar como verdadeiros "*legisladores negativos*", declarando a invalidade de normas emanadas do poder competente.

Em relação aos direitos sociais, diversamente do que se verifica na generalidade dos países, cujas novas Constituições costumam contemplá-los em larga escala, não foram eles previstos na Constituição de 1787 ou em qualquer de seus posteriores aditamentos. No entanto, são evidentes as transformações por que passou a sociedade norte-americana nos últimos dois séculos, o que certamente não encontra ressonância imediata em postulados como a preeminência da liberdade individual ou a separação dos poderes, idéias inspiradoras dos "*founding fathers*". Esse quadro, em linha de princípio, poderia ser superado com uma interpretação prospectiva da Constituição, permitindo a sua contínua adequação aos influxos sociais e a proteção de direitos originariamente não alcançados pelo liberalismo de seus fundadores.

Analisando a questão, observa Howard⁷⁶ que a ausência de previsão constitucional justifica a timidez com que a matéria tem sido tratada nos tribunais, quadro este que não se mostra uniforme no âmbito dos Estados, cujas Constituições, em razão das peculiaridades do federalismo norte-americano, regulam inúmeras matérias, incluindo os direitos sociais, que não receberam tratamento específico no âmbito federal. A proteção de determinado direito, no entanto, pode ser elevado a nível constitucional a partir do momento em que seja identificado um senso comum sobre a sua

⁷⁶Op. cit., p. 176.

fundamentalidade,⁷⁷ a exemplo do que ocorreu no *Case Shapiro v. Thompson*,⁷⁸ em que a Suprema Corte declarou a invalidade de leis estaduais que recusavam a assistência social aos residentes há menos de um ano no Estado, pois privavam determinadas famílias da ajuda mínima necessária à sua sobrevivência, violando a cláusula da ***equal protection of laws***.⁷⁹ Ainda segundo Howard,⁸⁰ após a década de setenta, a Corte, a partir da presidência de Warren Burger, não mais recepcionou a utilização dessa cláusula como fundamento de proteção dos direitos sociais, tendo o Justice White, no *Case Lindsay v. Normer*⁸¹ afirmado que "*a Constituição não contém remédios jurídicos a todos os males sociais e econômicos*".

Entendimento diverso, no entanto, prevaleceu em relação ao direito à educação. Apesar de não lhe atribuir contornos propriamente constitucionais, o que excluiria a incidência da cláusula da ***equal protection of laws***, a Suprema Corte tem reconhecido a sua essencialidade à sedimentação da própria noção de cidadania, exigindo a garantia de um "*mínimo de instrução*", de modo a permitir a participação do indivíduo nas instituições cívicas.⁸²

Segundo Rotunda e Novak,⁸³ tratando-se de direitos considerados fundamentais pela Suprema Corte (ajudas sociais para a subsistência, moradia, educação e acesso aos cargos públicos), sua proteção pode ser implementada com fundamento na cláusula ***equal protection***, acrescentando que, mesmo na hipótese de ser necessária a alocação de recursos financeiros, deve ser garantido um ***quantum*** mínimo de benefício.

⁷⁷ O ***status*** de direito fundamental está associado à proteção da vida, liberdade ou propriedade, conforme o disposto no 5º e no 14º aditamentos. Esse último estendeu aos Estados disposições que o 5º aditamento restringia à União, ***verbis***: "*todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado promulgará nem executará leis que restrinjam os privilégios e as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem poderá negar a ninguém, que se achar dentro da sua jurisdição, a proteção, igual para todos, das leis*".

⁷⁸ 394 US 618, 1969.

⁷⁹ Cf. Laurence H. Tribe, ***American Constitutional Law***, 2a ed., Nova Iorque: The Foundation Press, 1988, p. 1436 a 1463; e A. E. Howard, *op. cit.*, p. 179.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 179

⁸¹ 405 US 56 (74), 1972.

⁸² *Pylar v. Doe*, 457 US 202 (223 - voto do Justice Brennan), 1982.

⁸³ ***Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure***, v. 3, St. Paul: West Publishing CO., 1992, p. 501.

Quanto aos fatores que têm contribuído para a retração dos tribunais em questões afeitas aos direitos sociais, Howard⁸⁴ relaciona os seguintes: a) necessidade de previsão explícita ou implícita na Constituição, o que justifica a preocupação de determinados grupos (mulheres, detentos, ecologistas etc.) em erigir suas reivindicações ao nível de questões constitucionais e aumentar a possibilidade de êxito das pretensões embasadas nas Constituições Estaduais; b) os tribunais têm se mostrado mais rápidos na imposição das garantias negativas que nas prestações positivas; e c) contrariamente ao que se verifica em relação aos direitos negativos, é complexa a efetivação das decisões que imponham um atuar positivo, especialmente por serem os recursos públicos sabidamente limitados, por caber ao legislador a escolha dos projetos prioritários e pelo risco de os tribunais se tornarem administradores, adotando decisões burocráticas para as quais não estariam devidamente estruturados.

7. A SINDICAÇÃO JUDICIAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DO MODELO SOCIAL

Seguindo a classificação de Weber, pode ser encontrado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) um exemplo de invocação dos princípios diretores com o fim de conferir concretude aos direitos prestacionais a cargo do Estado. Como se sabe, a Lei Fundamental alemã, destoando da maior parte das Constituições do segundo pós-guerra, não contemplou um extenso rol de direitos sociais.⁸⁵ Não obstante essa "lacuna constitucional"⁸⁶ - que em nada se confunde com o modelo americano, fundado em valores essencialmente liberais -, a jurisprudência do Tribunal Constitucional,⁸⁷ combinando o

⁸⁴ Op. cit., p. 188/190.

⁸⁵ Como exceções, podem ser mencionados o art. 6º, nº 4 ("toda mãe tem direito à proteção e à assistência da comunidade") e o art. 6º, nº 5 ("a legislação deve assegurar aos filhos naturais as mesmas condições dos filhos legítimos quanto ao seu desenvolvimento físico e moral e ao seu estatuto social"), que têm sido interpretados pelo Tribunal Constitucional como mandados endereçados ao legislador [BVerfGE 32, 273 (277) *apud* Albrecht Weber, op. cit., p. 683].

⁸⁶ Cf. Walter Schmidt, op. cit., p. 786.

⁸⁷ BVerfGE 1, 159 (161); e 52, 339 (346), *apud* Albrecht Weber, op. cit., p. 684.

princípio diretor do Estado Social (previsto no art. 20, nº 1, da Lei Fundamental e que isoladamente não é aceito como indicador de direitos diretamente invocáveis) com o princípio da dignidade humana (art. 1º, nº 1, da Lei Fundamental), tem dele extraído, em casos específicos, o fundamento de garantia do mínimo vital.

Acrescenta Schmidt⁸⁸ que também o "*direito ao livre desenvolvimento da personalidade*" (art. 2º, nº 1, da Lei Fundamental) tem sido invocado não só numa *dimensão material*, que indica o seu *status* de direito fundamental aglutinador de direitos de liberdade não escritos, como também numa dimensão procedimental, tornando constitucionalmente sindicáveis outras normas constitucionais que, como o princípio diretor do Estado Social, não seriam consideradas direitos fundamentais.⁸⁹

Ascendendo na escala de densidade normativa acima referida, merece ser mencionada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quanto à possibilidade de os direitos prestacionais auferirem o seu fundamento de validade nos mandados constitucionais endereçados ao legislador. Interpretando os arts. 5º e 196 da Constituição brasileira⁹⁰, o Tribunal decidiu que o fornecimento gratuito de medicamentos essenciais à vida, a pessoa portadora do vírus HIV e destituída de recursos financeiros, configura um direito público subjetivo à saúde.⁹¹ Em essência, são esses os fundamentos da decisão: a) a fundamentalidade do direito à saúde; b) o Poder Público, sob pena de infração à Constituição, deve zelar pela implementação desse direito⁹², sendo um imperativo de solidariedade social; c) o caráter programático das referidas normas não pode

⁸⁸ Cf. Walter Schmidt, *op. cit.*, p. 790, 795 e 799.

⁸⁹ BVerfGE 50, 57 (107), *apud* Walter Schmidt, *op. cit.*, p. 795.

⁹⁰ O art. 5º, *caput*, assegura a todos o direito à vida e o art. 196 dispõe que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

⁹¹ STF, 2ª T., RE nº 271.286 AgR/RS, j. em 12/09/2000, DJ de 24/11/2000, p. 101. No mesmo sentido: RE nº 236.200/RS, rel. Min. Maurício Corrêa; RE nº 247.900/RS, rel. Min. Marco Aurélio; RE nº 264.269/RS, rel. Min. Moreira Alves; e os REs nº 267.612/RS, nº 232.335/RS e nº 273.834/RS, relatados pelo Min. Celso de Mello.

⁹² Nas palavras do relator, Ministro Celso de Mello, não pode "o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado".

transformá-las em promessas constitucionais inconseqüentes; d) razões de ordem ético-jurídica impõem que o direito à vida se sobreponha a interesses financeiros e secundários do Estado; e e) além da consagração meramente formal dos direitos sociais, recaí sobre o Estado o dever de atender às prerrogativas básicas do indivíduo.

Tanto a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão como a do Supremo Tribunal Federal brasileiro permitem concluir que os *mandados constitucionais endereçados ao legislador* e os *princípios diretores do Estado (rectius: o princípio do Estado Social)* podem "assumir as vestes" de direitos subjetivos acaso conjugados com os princípios da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, exigindo um *facere* estatal para atender a um rol mínimo de direitos.

Note-se, em especial na decisão do Tribunal brasileiro, que a própria questão orçamentária foi relegada a plano secundário, sendo prestigiados valores em muito superiores àqueles que definem a competência dos Poderes Executivo e Legislativo.

Na linha do que foi dito, pode-se afirmar que a classificação de Weber sofrerá modificações conforme esteja presente ou não a necessidade de proteger o rol mínimo de direitos materializado na idéia de dignidade⁹³, o que fará com que todas as categorias sejam reconduzíveis a uma única: a dos direitos subjetivos. Nesses casos, os direitos prestacionais estarão diretamente embasados nas normas constitucionais, que terão aplicabilidade imediata face à densidade normativa obtida com o concurso dos valores inerentes à dignidade humana.

Nos parece relevante indagar se a intervenção dos Tribunais redundou numa ponderação entre o princípio da separação dos poderes e o da dignidade da pessoa humana, questão que assume contornos tortuosos se constataremos que o primeiro desses *princípios*

⁹³ A consagração constitucional da dignidade humana não se adequa à tradicional dicotomia positivista entre os momentos de criação e de aplicação do direito. A vagueza semântica da expressão exige seja ela integrada consoante os influxos sociais e as circunstâncias do caso concreto, fazendo que o momento criativo termine por projetar-se no momento aplicativo e a ele integrar-se, implicando numa nítida superposição operativa. A essência da Constituição, assim, longe de ser uma certa concepção material de homem, seria, na conhecida proposição de Häberle, a construção da vida social e política como um "processo indefinidamente aberto". Essa atividade integrativa da norma, especialmente quando se constata que na dignidade humana se articula a dimensão moral da pessoa, sendo a sua afirmação o gérmen do reconhecimento de direitos inerentes ao indivíduo e o fundamento de todos os direitos humanos (Vide Beatriz González Moreno, *El Estado Social, Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 95/96), não pode ser deixada ao alvedrio do Poder Executivo. Não encontra amparo na lógica e na razão a tese de que a ação ou a omissão que venha a aviltar a dignidade

possui uma maior densidade normativa quando encampado pelas regras de competência (v.g.: a competência do Legislativo para a edição da lei orçamentária). Nesse caso, *quid iuris*? Ponderar princípios jurídicos e afastar todo o feixe de regras jurídicas associado a um deles? Ou ponderar regras e princípios?

A nosso ver, a solução do problema passa ao largo desses questionamentos. Na medida em que a Constituição assegura o acesso à justiça, a brasileira em seu art. 5º, XXXV e a portuguesa no art. 20, nº 1, não se pode falar em mácula ao princípio da separação dos poderes quando o Tribunal reconhece e tutela direitos subjetivos que, ao arrepio da ordem constitucional, não foram observados pelo Estado. É a própria Constituição, no auge de sua unidade hierárquico-normativa, que estabelece esse mecanismo de equilíbrio entre os poderes, não havendo qualquer anomalia na sua utilização.

Sérvulo Correia,⁹⁴ analisando o âmbito de atuação da jurisdição administrativa, sustenta a preeminência da tutela jurisdicional efetiva sobre a separação dos poderes sempre que tal for necessário à preservação da dignidade da pessoa humana frente ao exercício viciado da função administrativa. Esse vício, como ressalta o autor, tanto pode resultar da prática de um ato administrativo, como de sua omissão.⁹⁵ Não obstante a coerência do raciocínio, nitidamente fundado num critério de ponderação, dele discordamos.

de outrem passe ao largo de instrumentos adequados de controle da *potestas publica*. Formando a dignidade humana a base axiológica dos direitos sociais, verifica-se que a sua sindicância pelo Poder Judiciário acarretará reflexos nos direitos a ela correlatos. Os valores integrados na dignidade humana, em verdade, congregam a essência e terminam por auferir maior especificidade nos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, a um só tempo, esmiúçam a idéia de dignidade e têm a sua interpretação por ela direcionada, do que resulta uma simbiose que não é passível de ser dissolvida: o caráter fundante da dignidade humana foi bem enunciado pelo art. 10 da Constituição espanhola, ao consagrar a existência de direitos fundamentais a ela inerentes: "*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social*".

⁹⁴ "Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa", in *Estudos de Direito Processual*, org. por J. M. Sérvulo Correia, Bernardo Diniz de Ayala e Rui Medeiros, Lisboa: Lex, 2002, p. 234.

⁹⁵ O art. 268, nº 4, da Constituição portuguesa dispõe, expressamente, que "é garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, (...) a determinação da prática de actos administrativos devidos."

O princípio da tutela jurisdicional efetiva é um dos múltiplos mecanismos de **checks and balances** que conferem operacionalidade ao princípio da separação dos poderes, possibilitando a preeminência da ordem jurídica e a contenção de subjetivismos que nela não encontrem amparo. Por essa razão, não nos parece correto falar em ponderação entre tais princípios. Para se constatar o acerto dessa conclusão, é necessário observar, num primeiro momento, que a identificação dos princípios que compõem o alicerce do sistema jurídico será realizada com o auxílio de um processo indutivo, em que o estudo de normas específicas possibilitará a densificação dos princípios que as informam. Partindo-se do particular para o geral e sendo observada uma paulatina progressão dos graus de generalidade e abstração, verifica-se a formação de círculos concêntricos que conduzirão à identificação da esfera principiológica em que se encontram inseridos os institutos e, no grau máximo de generalidade, o próprio sistema jurídico, possibilitando uma integração das partes ao todo.⁹⁶

Transpondo esse raciocínio para a relação que se estabelece entre os princípios da separação dos poderes e da tutela jurisdicional efetiva, é possível concluir pela ausência de qualquer colisão entre eles. Tomando-se como parâmetro a linha de progressão dos graus de generalização e abstração acima referidos, vê-se que o princípio da separação dos poderes ocupa um escalão superior, sendo um elemento estruturante da própria noção de Estado de Direito. O princípio da tutela jurisdicional efetiva, por sua vez, a exemplo de outros princípios de natureza similar (v.g.: princípios da competência legislativa do Parlamento, da legalidade da Administração etc.), ocupa uma posição inferior. Ressalte-se, desde logo, que essa divisão em escalões não busca estabelecer uma superioridade hierárquica em relação ao princípio da separação dos poderes. O que se pretende demonstrar, em verdade, é que esse último princípio apresenta um grau de generalidade e abstração superior aos demais, sendo o resultado de um método indutivo iniciado justamente a partir deles. Estando o princípio da tutela jurisdicional efetiva ínsito na própria

⁹⁶ Cf. Giorgio Del Vecchio, **Sui Principi Generali del Diritto**, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1958, p. 11.

noção de separação de poderes, como seria possível falarmos em colisão?

Demonstrada a correção da postura assumida pelos Tribunais, caberá a eles, unicamente, a partir de critérios de razoabilidade e com a realização de uma ponderação responsável dos interesses envolvidos, determinar a realização dos gastos na forma preconizada, ainda que ausente a previsão orçamentária específica. Restará ao Executivo, nos limites de sua discricionariedade política, o contingenciamento ou o remanejamento de verbas com o fim de tornar efetivos os direitos que ainda não o são.

Ultrapassada a questão da inexistência de dotação orçamentária específica, o único óbice ainda passível de impedir a implementação dos referidos direitos seria a demonstração, pelo Estado, da total inexistência de recursos. Nesse caso, o descumprimento resultará de uma total impossibilidade material, não de uma injustificável desídia, o que impede seja ele censurado. A questão, evidentemente, comporta uma análise mais aprofundada, em especial para o fim de aferir a compatibilidade com o sistema brasileiro das medidas adotadas por tribunais americanos para solucionar problemas como esse (v.g.: determinação de majoração de impostos - ainda que contra a vontade popular-, elaboração de planos de ação e fixação de montantes de investimento para o aperfeiçoamento das estruturas estatais etc.),⁹⁷ o que ultrapassa o plano desse estudo.

Lembrando a estrutura metodológica delineada por Häberle,⁹⁸ a efetividade dos direitos sociais pressupõe análise do trinômio possibilidade, necessidade e realidade. A possibilidade apresenta contornos de cunho normativo e indica a potencialidade do ordenamento jurídico para absorver a pretensão formulada; a necessidade está atrelada à satisfação de aspectos inerentes à dignidade humana; e a realidade indica os limites materiais e circunstanciais que condicionam a ação do Estado na satisfação das necessidades bási-

⁹⁷ Cf. A. E. Dick Howard, *op. cit.*, p. 193/195.

⁹⁸ **Pluralismo y Constitución, Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta (Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft)**, trad. de Emilio Mikunda, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 78/84.


cas do indivíduo. Esses requisitos, ao nosso ver, em situações específicas, podem ser divisados nos denominados "direitos sociais originários", os quais auferem o seu fundamento normativo diretamente do texto constitucional.

Analisada a sindicabilidade dos direitos sociais à luz dos princípios diretores e dos mandados constitucionais, resta tecer algumas considerações a respeito dos direitos subjetivos. Como dissemos, essa categoria, em regra, pressupõe uma integração legislativa, que delimitará o seu conteúdo e indicará os recursos financeiros que lhe farão face.

Abstraindo a questão da dignidade da pessoa humana, ainda que a Constituição ou a lei indiquem a atuação prioritária em determinada área, não se terá propriamente um direito subjetivo com a mera definição normativa de seus contornos essenciais, sendo imprescindível uma nova intervenção legislativa, desta feita em termos orçamentários, para que se tenha o seu aperfeiçoamento. Por outro lado, não sendo possível associar o **facere** estatal à proteção da dignidade da pessoa humana e, inexistindo norma que considere determinado comportamento como prioritário, não poderá o Judiciário realizar um juízo de ponderação em relação aos demais valores envolvidos e porventura prestigiados pelo Executivo, o que também afasta a noção de direito subjetivo. Essa operação, por ser essencialmente política, será normalmente insindicável - as exceções, por evidente, se situarão no campo da ilicitude: violação aos princípios da legalidade, da imparcialidade etc.

Interpretando o art. 227, *caput*, da Constituição brasileira - que assegura às crianças e aos adolescentes, *com absoluta prioridade*, uma série de direitos sociais - bem como o art. 208 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) - que dispõe sobre a intervenção judicial nos casos de não oferecimento ou oferta irregular de atendimento em creche às crianças de zero a seis anos de idade -, o Supremo Tribunal Federal, em sede cautelar, suspendeu os efeitos de decisão judicial que determinara ao Município do Rio de Janeiro a construção de creches sem a correlata previsão orçamentária.⁹⁹

⁹⁹ STF, 2a T., Pet. nº 2836 QO/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 11/02/2003, DJ de 14/03/2003, p. 42. Decisão proferida em ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público.

Nesse caso, apesar de a lei delinear a prestação a ser realizada e a Constituição assegurar absoluta prioridade às crianças, não era dividida a necessária previsão orçamentária. Além disso, como a omissão do Município não importava propriamente em violação à dignidade humana, não seria possível falar em violação a direito subjetivo, motivo pelo qual nos parece correta a decisão do Tribunal. 

PROCESSO JUDICIAL E EFETIVIDADE DA FUNÇÃO. ALGUMAS REFLEXÕES

Adolpho C. de Andrade Mello Júnior

*Juiz de Direito do TJ/RJ, Professor de Direito
Processual Civil da Universidade Estácio de Sá*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pensar o processo judicial é desafio instigante, uma vez que, ainda hoje, na inexistência de consenso entre as partes, o processo constitui o meio legal e legítimo para a solução dos conflitos advindos das interações estabelecidas num contexto socioeconômico, político, cultural e ideológico, propiciador de paradoxos e contradições. Em outras palavras, pode-se afirmar que o processo é mecanismo privilegiado para atender às demandas dos jurisdicionados, nos exatos limites dos seus direitos, nas diferentes áreas.

Nessa perspectiva analítica, merece relevo o processo judicial de cognição, para o alcance da finalidade precípua de propiciar um julgamento justo. Mas, observando o cotidiano do mundo jurídico, particularmente no que se refere à cognição, persistem algumas dificuldades com que se deparam o juiz e as partes litigantes. Tais problemas são relevantes, na medida em que podem atingir a efetividade do processo e, por conseqüência, o próprio ideal de justiça a ele subjacente.

Considerando o propósito de que o processo judicial seja instrumento hábil e capaz de sustentar o exercício da jurisdição, temos a intenção de analisar o processo judicial civil, especialmente no

que se relaciona com a necessidade de discernir sobre as relações e efeitos das forças pertinentes aos sujeitos do processo, dentro da problemática da efetividade da função de cognição, para o alcance de um julgamento justo.

Nessa linha de pensamento, julgamos oportuno discutir a dinâmica das relações das forças e efeitos do processo e a efetividade da função, à luz de princípios e garantias constitucionais, tais como: o contraditório, o direito à ampla defesa, a igualdade de tratamento entre os litigadores, o juiz natural, o imparcial e equidistante, a fundamentação e publicidade das decisões judiciais, tendo em vista garantir o acesso a uma prestação jurisdicional justa e atual.

Por necessário, ante a concepção publicista do processo, não só pela presença do Estado, mas fundamentalmente devido à função social que instrumenta, passaremos pelo exame do conteúdo da referida função, mormente abordando aspectos de responsabilidade política dos que atuam na trama processual, máxime o órgão jurisdicional e as partes litigantes.

Aliás, já em tempo significativamente distante, o insigne Pontes de Miranda chamava a atenção para a função social do processo, sua finalidade preponderante de realização do Direito objetivo, instrumento de valoração de pretensão à tutela jurídica e à justiça. Nesse diapasão, é profícuo refletir sobre o dizer do elevado jurista:

A finalidade preponderante, hoje, do processo é realizar o Direito, o direito objetivo, e não só, menos ainda precipuamente, os direitos subjetivos. Na parte do direito público tendente a subordinar os fatos da vida social à ordem jurídica (sociologicamente, a prover ao bom funcionamento do processo de adaptação social, que é o Direito), uma das funções é a da atividade jurisdicional ... (Miranda, 1976, p. 56).

2. ACESSO À JUSTIÇA: CONCEITOS E REQUISITOS FUNDAMENTAIS

A problemática do acesso à justiça, como última instância para a defesa de interesses individuais, coletivos e das liberdades públicas, tem provocado preocupação constante dos que pensam o Di-

reito e os mecanismos de sua efetiva tutela . Ao nosso sentir, a efetividade do processo judicial como instrumento para um julgamento justo, em cognição sumária, ou exauriente, pouco importa, necessariamente passa pelo ideário de acesso à justiça, não o simples acesso formal, mas acesso substancial, marcado pelos ingredientes da informação, mesmas oportunidades, equilíbrio de forças, e possibilidade de diálogo com um juiz equidistante e imparcial, não obstante, cooperador.

A temática é fundamentalmente de garantia constitucional, qualificada como cláusula pétrea. Nesse diapasão, o inciso XXXV, Art. 5º. da Constituição Federal, revela: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. E referida apreciação, em exercício de jurisdição, para que transcorra legal e legítima, exige a garantia do devido processo judicial (inciso LIV, Art. 5º da CF).

A esse respeito, é oportuno registrar o que leciona Ada Pellegrini Grinover (1998):

A idéia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais. Nas palavras lapidares de Kasuo Watanabe, não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. E, segundo o mesmo autor, são dados elementares desse direito: o direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio econômica do país; o direito de acesso à uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; o direito a pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à justiça com tais características. (Pellegrini Grinover, 1998, p.115).

A ilustre jurista, após assentar escólios de Watanabe, chama atenção de que (...) *uma tarefa com tais dimensões exige, antes de mais nada, nova postura mental* (1998, p.115) e completa:

No lúcido ensinamento de Mauro Cappelletti, a ordem jurídica e as respectivas instituições hão de ser vistas não mais a

partir da perspectiva do Estado, que administra a justiça, mas na perspectiva dos consumidores, ou seja, dos destinatários da justiça, de modo que a problemática não traz à tona apenas um programa de reformas mas também um método de pensamento. (Pellegrini Grinover, 1998, p.115/116).

Na verdade, um novo método de pensamento, nova postura mental, talvez resulte numa maior eficiência, com menor custo e sem se correr o risco de simplificação demasiada da ritualidade do processo judicial, capaz de comprometer as garantias de julgamento justo. Sobre o aspecto da procedimentalidade, alerta Mauro Cappelletti (1988):

O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil - essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório (397). Embora esse perigo seja reduzido pelo fato de que a submissão a determinado mecanismo de solução dos litígios é facultativa tanto antes quanto depois do surgimento do conflito, e que os valores envolvidos são de certa forma flexíveis, é necessário reconhecer os problemas potenciais. Por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os "novos" direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas. " (Cappelletti, 1998, p. 163/164)

José Renato Nalini (2000), em sua obra **O Juiz e o Acesso à Justiça**, chama a atenção para os aspectos culturais e práticos que a análise do tema suscita. (...) *culturais, em que o acesso à justiça é movimento do pensamento, e os aspectos práticos, em que se decompõe como movimento de reforma normativa, reforma institucional e reforma estrutural* (2000, p.19). Na abordagem dos

aspectos culturais, o referido autor, no que chamou de *estratégias de consciência*, ressalta a importância da dimensão constitucional do acesso à justiça, pontificando:

Não é dado ao julgador esquivar-se de acatar o comando constitucional que exige o funcionamento mais ágil e transparente da justiça, aberta a todos e não restrita a parcelas - ainda que significativas - da população. O livre convencimento possibilita a cada juiz interpretar à sua feição intelectual o preceito da Carta Magna. Não está adstrito a orientação sumular ou a posições dominantes. Daí a riqueza do trabalho mental do juiz, formador de alternativas que corporificam a extração de conteúdos não escancarados da norma, porém nela abrangidos quando se faz inserir no literal o foco de calibragem constitucional (Nalini, Renato, 2000, p. 44).

A juridificação do bem-estar social, conforme Boaventura de Sousa Santos (1996), (...) *abriu caminho para novos campos de litigação nos domínios laboral, civil, administrativo, da segurança social, o que, nuns países mais que noutros, veio traduzir-se no aumento exponencial da procura judiciária ...* . Mais à frente, complementa o ilustre sociólogo:

As respostas que foram dadas a este fenómeno variaram de país para país, mas incluíram quase sempre algumas das seguintes reformas: informatização da justiça; criação de tribunais especiais para pequena litigação de massas tanto em matéria civil como criminal; proliferação de mecanismos alternativos de resolução dos litígios (mediação, negociação, arbitragem); reformas processuais várias (ações populares, tutela de interesses difusos, etc). A explosão da litigação deu uma maior visibilidade social e política aos tribunais e as dificuldades que a oferta da tutela judicial teve, em geral, para responder ao aumento da procura suscitaram com grande acuidade a questão da capacidade e as questões com ela conexas: as questões da eficácia, da eficiência e da acessibilidade do sistema judicial. (Santos, Boaventura, 1996, p. 25)

3. PROCESSO JUDICIAL, DINÂMICA E ESTRUTURA

Processo e método são palavras que conformam o processo judicial. Processo, sucessão de atos unidos a um escopo comum, e o método dialógico, sob o crivo do contraditório, de interação entre os sujeitos participantes, parciais e imparciais. Aliás, com precisão cirúrgica, não processo cirúrgico, que é processo, mas não dialógico e nem submetido ao contraditório, ensina-nos Francesco Carnelutti (2000):

(...) A palavra processo serve, pois, para indicar um método para a formação ou para a aplicação do direito que visa a garantir o bom resultado, ou seja, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa: a justiça deve ser a sua qualidade superior ou substancial; a certeza, sua qualidade exterior ou formal; se o direito não é certo, os interessados não sabem; e se não é justo, não sentem o que é necessário para obedecer. Assim como para o objetivo de alcançar a regulamentação justa e certa é necessário uma experiência para conhecer os termos do conflito, uma sabedoria para encontrar seu ponto de equilíbrio, uma técnica para aquilatar a fórmula idônea que represente esse equilíbrio, a colaboração das pessoas interessadas com pessoas desinteressadas está demonstrada para tal finalidade como um método particularmente eficaz. (Carnelutti, 2000, p. 72)

Todo o processo tem a sua teleologia, causa final; o ir adiante está sempre atrelado a uma motivação. O processo judicial não foge a essa regra. Presta-se para o exercício da Jurisdição, função de dizer e realizar o Direito, diante dos casos ocorrentes. Aí situa-se a motivação do complexo que encerra elementos e partes com validação jurídica, cuja causa final é expungir os conflitos hauridos das relações sociais.

Laborando sobre a estrutura do processo, pontifica Eduardo Couture:

O processo é, em si mesmo, um método de debate. Nele participam elementos humanos: juízes, auxiliares, partes, teste-

munhas, peritos, etc., os quais agem segundo certas formalidades preestabelecidas na lei. Essas formalidades regulam a produção de atos jurídicos processuais; isto é, atos humanos dirigidos pela vontade jurídica. (1997, p. 43)

E sobre a relação processual, e o caráter dialético do processo, atos que se sucedem como nas intervenções de um diálogo, enfatiza Piero Calamandrei (1999):

(...) É este o caráter que se poderia denominar dialético do processo, em virtude do qual, o processo se desenvolve como uma luta de ações e reações, de ataques e de defesas, na qual cada um dos sujeitos provoca, com a própria atividade, o movimento dos outros sujeitos, e espera, depois deles um novo impulso para se pôr, por sua vez, em movimento. Tudo isto pode também se expressar dizendo que o processo não é somente uma série de atos realizados por distintas pessoas na ordem estabelecida pela lei, senão que é também, desde o início até o fim desta série, uma relação contínua entre estas distintas pessoas; assim o caráter dialético do processo leva naturalmente a conceber os atos que o formam como a manifestação exterior de uma relação jurídica, que corre entre os sujeitos do mesmo; e surge assim a noção de relação processual. (Calamandrei: 1999, p. 266 e 267)

A estrutura do processo judicial é dialógica. A arte de dialogar, faz com que haja progressão da trama processual, cujo epílogo, no processo de conhecimento, é a sentença, providência jurisdicional de mérito, se inexistente qualquer obstáculo que impeça o juiz de finalizar, resolvendo o conflito, como: ausência de pressuposto processual, condições para entrega da prestação, seja inédita a demanda etc... Pois bem, na instância, que é a relação processual em movimento, direitos são exercitados, deveres impostos e observados, ônus e sujeições, resultando um complexo de atos frutos da participação direta dos sujeitos do processo.

Dissertando sobre o vínculo que o processo judicial revela, relações e situações dos sujeitos participantes da trama, é preciso Sérgio Bermudes:

(...) Parece-me que a posição de Wach explica mais precisamente a relação processual porque as partes e o juiz se encontram recíproca e simultaneamente vinculados por direitos e deveres: a relação jurídica confere ao autor e ao réu direito à jurisdição, que invocam, aquele através da ação, e este por meio de exceção. O Estado é devedor desse direito. ... Essa reciprocidade de direitos e deveres, que compõem a relação jurídica processual, estende-se aos demais sujeitos do processo, de modo que cada um é credor de todos e todos são devedores de cada um. (Bermudes: 1996, p. 76)

Posta a síntese da estrutura do processo judicial, é importante ressaltar que a dinâmica do instituto repousa na relação de suas forças, na trama de posições e contraposições das partes litigantes, sob o auspício das normas constitucionais que, na direção, atividade e fala dos órgãos jurisdicionais, promete um processo justo. Cumpre registrar que a Constituição Federal pátria, além de garantir o acesso formal, delinea, através de princípios, o acesso substancial à justiça.

O processo judicial é essencialmente dinâmico. O seu movimento decorre da participação dos sujeitos, que, na utilização das normas processuais, delas se servem como instrumental em prol da produção de efeitos para dentro e, especialmente, para fora do processo. Essa instrumentalidade, foi objeto de análise de Cândido Dinamarco (1990), que acentuou a importância do referido caráter para o acesso à justiça. São ilustrativos os esclarecimentos do festejado jurista :

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. (Dinamarco; 1990, p. 434)

Registre-se, por importante, que o comportamento e movimento dos sujeitos do processo, é finalístico e solene. Há forma, tempo, prazo e modo de atuar processualmente: procedimentalidade; vale dizer: A instrumentalidade é princípio, e no nosso sistema preponde-

ra a ordenação normativa do processo, com flexibilidade. Não há liberdade plena, nem legalidade "cega". Há forma como meio, não como fim. Há prazo e preclusão, regras de efetividade do processo judicial, no aspecto do tempo. Há modo comportamental, segurança da ação e reação, oportunidade do ato processual e revelação. Note-se que todo o arcabouço de ritualidade, conflui para o alcance de grande objetivo, maior do que o julgamento, que é o de garantir um processo judicial justo. Em síntese lapidar, posiciona-se o emérito Piero Calamandrei:

(...) Assim, as normas processuais, ao impor uma certa ordem e um certo modo de expressão às deduções das partes e ao proibir ao juiz que leve em conta as defesas apresentadas em formas distintas, asseguram o respeito do contraditório e a igualdade das partes; as mesmas não servem, como poderiam pensar os profanos, para fazer mais complicado e menos compreensível o desenvolvimento do processo, senão, pelo contrário, para fazê-lo mais simples e mais rápido, enquanto obrigam as partes a reduzirem suas atividades ao mínimo essencial e se servir de modos de expressão tecnicamente apropriados para se fazer entender com clareza pelo juiz: as mesmas, em conclusão, ao invés de serem um obstáculo para a justiça, são, na realidade, uma preciosa garantia dos direitos e da liberdade individual. (Calamandrei: 1999, p. 257)

É fundamental a observância do procedimento, mormente das normas procedimentais que se prestam para a ordenação da participação dos sujeitos do processo. Aliás, participação que deve ser eficiente, para que efetivo seja o processo e justo o julgamento. Conforme conclama o ilustre processualista Sergio Bermudes, (...) *Urge que cada sujeito do processo se compenetre da sua função de construtor de catedrais. (1996: p. 80).*

4. FUNÇÃO DE COGNIÇÃO - EFETIVIDADE E JULGAMENTO JUSTO

O insigne Tobias Barreto (2000, p. 492), em síntese lapidar, parafraseando Bethman-Hollweg, ensina-nos : *É verdade que os povos*

mais antigos, quando uma vez atingiram um certo grau de cultura, tiveram também o seu processo. (...) tiveram também uma terapêutica a serviço da patologia do seu organismo jurídico-civil.

Para Carnelutti (2000), o processo de cognição se cumpre, quando alcança conclusão em um juízo. Na verdade, trata-se de inabalável lição do mestre italiano, posto que a finalidade da função de conhecimento, mais expressiva de todas as funções do processo judicial (execução, cautelar e monitória), é a formação de juízo hábil e capaz de argumentar a vontade do Estado-juiz, diante do caso que lhe foi submetido a julgamento.

Na realidade, é esta a finalidade do processo judicial, mormente em sua função de cognição, a qual se presta para possibilitar o diálogo do juiz com as partes, o direito à postulação, direito à prova, e, por fim, o direito a um julgamento justo e adequado a tutelar o direito material, ameaçado ou corroído por contraveniência qualquer; patologia.

A efetividade do processo, em sua função de cognição, é resultado com o qual muitos estudiosos têm-se debatido. Note-se que a noção do que é efetivo, além do resultado real, necessariamente requer os contributos da estabilidade e confiança.

Nessa linha de raciocínio, cumpre refletir sobre questões como as seguintes: quais os atributos de um processo efetivo? De onde advém a efetividade do processo? Qual a importância da efetividade do processo, para o alcance de um julgamento justo? Quais os ingredientes de um julgamento justo, acesso substancial à justiça? Essas indagações hão de ser respondidas.

Para iniciar, é relevante pensar sobre a contribuição de Dinamarco (1990) que, em sua *Instrumentalidade do Processo*, consigna:

A força das tendências metodológicas do direito processual civil, na atualidade, dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais (Dinamarco, 1990, p. 385)

O julgamento justo, sem dúvida, entra para concepção de efetividade do processo e acesso à justiça. Do ponto de vista da prática, o problema reside na necessidade de retirar o JUSTO do terreno das idéias, da aporia, e perpassá-lo para o âmbito do cotidiano do trabalho e para o nível do finalístico. Exsurge então a seguinte pergunta: O justo deve estar plantado na decisão (sentença), revelação do julgamento, ou deve decorrer da formação de juízo, sendo uma realidade durante o transcurso do processo?

Para uma tentativa de solução do problema, mister analisar a decidibilidade, decisão judicial numa perspectiva empírica, vez que ato final de um acontecimento; final do processo, relação entre partes sempre marcado pelo caso novo.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1998), na discussão sobre modelos de dogmática jurídica, precisa:

Decisão é termo correlato de conflito, o qual deve ser entendido como o conjunto de alternativas que surge da diversidade de interesses, da diversidade no enfoque de interesses ou da diversidade das condições de avaliação e que não prevêm, em princípio, parâmetros qualificados de solução. Por isso mesmo, é que exige decisão. (Ferraz Jr, 1998, p.160)

Aludindo sobre a idéia do processo judicial, é enfático Dinamarco:

Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa. (Rangel Dinamarco, 1990, p. 437)

A efetiva tutela de direitos exige um processo judicial com personagens atentos às garantias constitucionais do processo devido e justo. Não é a prestação jurisdicional a qualquer custo que revelará a efetividade da tutela de direitos através do processo. Kazuo Watanabe no primeiro capítulo de sua obra **Da Cognição no Processo Civil**, ressalta: *Uma das vertentes mais significativas das pre-*

ocupações dos processualistas contemporâneos é a da efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos. (Watanabe, 2000, p.19). Mais à frente, examinando as perspectivas de análise da problemática, traz a lume clássico entendimento de Giuseppe Chiovenda, *in*: Watanabe (2000, p. 24): (...) *o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.*

A noção de efetividade, qualidade do que é efetivo, na verdade apresenta-se instável, provida de certa versatilidade. Fala-se em confiança, segurança e estabilidade. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, tratando do significado de um direito ao acesso efetivo à justiça, consignam:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de efetividade é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa " igualdade de armas " - a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos as partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade naturalmente é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. (Cappelletti & Garth, 1988, p.15).

No caminho da instrumentalidade e efetividade do processo, o sempre lembrado Candido Dinamarco, ressaltando a legalidade voltada para o processo, na sua base constitucional, segurança e confiabilidade, argumenta ser:

(...) indispensável todo o sistema de informes às partes sobre os atos processuais do juiz, dos seus auxiliares e da parte contrária. É indispensável que a estes atos e provimentos possa a parte reagir adequadamente gerando situações novas, na sua conveniência. É indispensável, também, que entre as partes e

o juiz se instale no processo um diálogo construtivo, no sentido de melhor instrução daquele para decidir. Informação mais reação com diálogo -, eis a receita do contraditório, segundo a sua mais moderna conceituação. (Rangel Dinamarco, 1990, p. 436/437).

Entender a efetividade do processo, e a efetiva tutela de direitos exige pensar o tempo, o benefício e malefício da sua existência. Sobre tutela antecipatória e efetividade do processo, Luiz Guilherme Marioni, leciona:

A problemática da tutela antecipatória requer seja posto em evidência o seu eixo central: o "tempo". Se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo ele desempenha o mesmo papel, pois processo também é vida. O tempo do processo angustia os litigantes; todos conhecem os males que a pendência da lide pode produzir. Por outro lado, a demora processual é tanto mais insuportável quanto menos resistente economicamente é a parte, o que vem a agravar a quase que insuportável desigualdade substancial no procedimento. O tempo, como se pode sentir, é um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo. (Marioni, 1994, p. 57).

Ainda sobre o tempo, há que se registrar o que leciona Paulo Cezar Pinheiro: (...) *O maior inimigo da efetividade nos dias de hoje é o tempo. Quanto mais demorado for o processo, menor será a utilidade do vencedor de poder usufruir o bem da vida* (2000, p. 81).

Sobre a problemática da efetividade do processo, em sua obra **Temas de Direito Processual**, José Carlos Barbosa Moreira (1984), destaca que a qualidade do que é efetivo implica a aptidão para realizar fins ou produzir efeitos a que se ordena. E o doutrinador mencionado resume os seguintes pontos que revelam efetividade:

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser prati-

camente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstrução dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias. (Barbosa Moreira, 1984, p. 27/28)

5. ESTABILIDADE E CONFIANÇA COMO CONTRIBUTOS DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E CONSEQÜENTE JULGAMENTO JUSTO.

Terceira dimensão e pilar fundamental do Estado de direito, segundo Gomes Canotilho (1998), revela a importância do regime legal de acesso ao direito e aos tribunais. O regime legal é definido como um conjunto de normas de garantia de um processo judicial seguro (estabilidade) e que inspire confiança, esperança firme de que a formação do juízo será justa.

Segue-se a enumeração de uma série de princípios de garantias de processo judicial, como o contraditório, ampla defesa, juiz natural, imparcial e equidistante, igualdade entre os contendores, fundamentação das decisões e publicidade dos atos processuais.

A efetividade do processo judicial repousa nos princípios de estabilidade e confiança. Como instrumento de acesso à justiça, necessariamente exige que as partes litigantes estejam num mesmo plano técnico, em condições de disputa semelhantes, de modo que haja nas posições e contraposições à mesma eficácia dinâmica. Pellegrini Grinover (1985), referindo-se à igualdade de condições - "**par condicio**", defende a mesma eficácia dinâmica no plano dialético.

A professora Ada Pellegrini, dissertando sobre o devido processo legal, contraditório, **par condicio** e estrutura cooperatória do processo, consolida:

Com efeito, se de um lado as posições de vantagens das partes no processo podem ser vistas como direitos públicos subjetivos, segundo a ótica de tipo individualista que privilegia o interesse individual sobre o social; do outro lado, podem ser vistas como garantias, e não apenas das partes mas também do justo processo, segundo a ótica de tipo publicista que dá relevância ao interesse geral na justiça da decisão. Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque complexo e harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limita ao perfil subjetivo da ação e da defesa, como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes uma relação de instrumentalidade. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz; do outro lado, essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões. E, finalmente, garantias constitucionais, enquanto instituídas pelas Leis Maiores dos povos cultos, além de encontrarem respaldo em documentos internacionais, colocando assim o exercício da jurisdição não só acima da flexível contingência da norma ordinária, mas ainda ao abrigo das instabilidades políticas nacionais. (Pellegrini Grinover, 1990, p. 1 e 2)

Falando sobre a participação ativa e contraditória dos sujeitos parciais do processo em seu *iter*, Rogério Cruz e Tucci, com apoio em Cappelletti e Vigoriti, revela:

que o direito de ação e defesa não está limitado ao pedido inicial ou à resposta, mas expressa também uma garantia geral do direito de ser adequadamente ouvido durante todo o procedimento. Cada fase do processo deve ser estruturada de tal modo que faculte às partes uma real oportunidade de defesa. - Cappelletti & Vigoriti, in: Cruz e Tucci (2001, p. 191)

Em ensaio publicado na **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, sobre o tema da Aplicação Judicial do Direito, tivemos a oportunidade de ressaltar a importância do debate judicial e a essencialidade dialética do processo, como aspectos fundamentais para um julgamento justo. Na oportunidade, ressaltamos:

Prosegue-se daí, que não é forçoso afirmar que a sentença do Estado decorre do processo, não como trabalho pronto, mas peça que se delineia durante a instância, o movimento da relação. É o pôr, o contrapor e o compor. Cada personagem do processo, nele exerce papel de relevância, e durante a trama, cobra-se do juiz a prestação jurisdicional com equidistância e imparcialidade e das partes litigantes, que obrem com lealdade e boa-fé. (Mello Júnior, **Revista da EMERJ**, nº 12, 2000, p. 113/114)

Voltado para aplicação do direito pelo exercício da jurisdição, no ensaio mencionado, aduzimos:

A manutenção da ordem jurídica, pondo-a livre de perigo, dano ou subversão corruptiva, é a finalidade legítima da jurisdição, de conteúdo positivista. Preserva-se a ordem jurídica constituída, arrostando o perigo através de tutelas inibitórias, ou quando já violada, restaurando-a com a disposição de comando judicial hábil a ensejar a prevalência da Lei. A proteção do bem juridicamente tutelável, também espera-se do exercício da jurisdição, desde que possível o abrigo dentro do ordenamento, do complexo normativo que além de disciplinar a vida de relação - o dever-ser, define a sanção para as hipóteses de quebra ou ameaça dos imperativos, e obriga o intérprete e o operador do Direito a extraírem do contexto le-

gal o que melhor se acomode com os fins sociais e às exigências do bem comum. Segue-se daí, que só se cumpre a quase-lógica da jurisdição, modelando o exercício dentro dos parâmetros de justiça. E é a idéia de justiça social que encontra-se no núcleo da nossa ordem constitucional, onde se quer uma sociedade livre, justa e solidária. Destarte, pode-se afirmar que as três partes resultam num todo cuja parametricidade é a justiça, solução justa dos conflitos. Não é o menoscabo à lei, mas sua interpretação consoante com os objetivos fundamentais da República, insculpidos na Constituição Federal. Não é tratar com desdém o bem tutelável, mas vê-lo, se num contexto conflituoso este merece tutela concreta por estar em harmonia com a ordem normativa, social e solidarista; em congruência com o Direito plasmado na Constituição. (Mello Júnior, **Revista da EMERJ**, nº 12, 2000, p. 112-113)

A estabilidade e confiança do processo judicial decorrem de regras de legitimidade, da efetiva aplicação das mesmas. Para a produção de julgamento justo, nossa ordem constitucional exige respeito a normas de procedimento, modo e forma de conduzir o processo. Como acentuado por Norberto Bobbio, *in*: Siqueira Castro (1989, p. 209), (...) *A legitimidade é o efeito não da referência a valores, mas da aplicação de certos procedimentos, instituídos para produzir decisões vinculatórias...*

Por sua vez, o emérito constitucionalista, Carlos Roberto de Siqueira Castro (1998), em o seu **Devido Processo Legal**, pontifica:

Cumpre, portanto, aos aplicadores da lei pela via da jurisdição, coroada com o cedro da independência, dar à ordem jurídica uma consecução que seja justa, generosa e reverente à proposta de igualdade e paz social incrustadas nas constituições contemporâneas. (1998, p. 209 e 210)

O desiderato de justiça deve pautar o exercício da jurisdição. Não há como, presentemente, negar a função social do processo judicial, e bem assim a responsabilidade do juiz e demais participantes da relação que o instrumento encerra. Responsabilidade polí-

tica de dirigir e conduzir o processo, atuando as garantias constitucionais, sem transigir sobre as mesmas, firmes na idéia que são elas, na verdade, que legitimam o julgamento, com o justo como qualidade.

Quem legitima o julgamento, é o procedimento ou as garantias constitucionais? A questão é enfrentada pelo douto Rangel Dinamarco, que em seu **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, aduz:

(...) Tal é uma derivação da conhecida tese da legitimação pelo procedimento, lançada em sede de sociologia política, e de valia em relação a todas as áreas de exercício do poder...Na realidade, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a participação que mediante o correto cumprimento das normas processuais tenha sido possível aos destinatários. Melhor falar, portanto, em legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal. (Dinamarco: 2000, p.125)

O ativismo judiciário tem suscitado intenso debate no meio jurídico, mormente pela flagrante preocupação com os mecanismos de acesso substancial à justiça, e efetividade do processo judicial.

Tratando do papel do juiz e das partes litigantes, assinala o emérito José Carlos Barbosa Moreira:

*A transição do liberalismo individualista para o "Estado social de direito" assinala-se, como é sabido, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das "regras do jogo" e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do "social" também no processo derrui o império do *laissez faire*. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual: equaciona-se em novos termos o capital*

problema da "divisão de tarefas" entre as partes e o órgão de jurisdição . (Barbosa Moreira: 1984, p. 51)

A exigência de uma participação mais ativa do juiz extrai-se dos próprios objetivos fundamentais da República que proclamam um Estado social e solidarista. A colaboração entre os sujeitos principais do processo há que ser intensa, real, mormente em relações processuais que denotam a fragilidade de um dos contendores frente ao outro, seja por hipossuficiência econômica, ou até mesmo técnica. Ao órgão jurisdicional, sem adotar postura paternal, compete laborar para a diminuição das desigualdades, vez que, como já foi acentuado, efetividade do processo é, antes do fator tempo, estabilidade e confiança de que ele - o processo judicial, como fenômeno de pacificação dos conflitos, transcorrerá justo; instrumento de julgamento justo.

Além da igualdade material e da atividade de cooperação, a garantia do contraditório é indispensável para o processo judicial justo; real e não virtualmente justo. Processo judicial efetivo, porque estável e confiável.

Sobre a dupla destinação do contraditório, enfatiza Rangel Dinamarco:

(...) Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, num direito das partes e deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz. (Dinamarco: 2000, p.125)

O contraditório deve revelar a concretude da igualdade entre os litigantes; igualdade dinâmica, não estática, como bem explorado por Ada Pellegrini Grinover (1990). Nesse diapasão, e com clareza solar, positiva a ilustre jurista:

(...), o contraditório não se identifica com a igualdade estática, puramente formal, das partes no processo; não exprime a sim-

ples exigência que os sujeitos possam agir em plano de paridade; nem determina ao juiz o mero dever de levar em conta a atividade de ambos, permitindo que façam ou até que deixem de fazer alguma coisa... (Pellegrini Grinover: 1990, p. 7)

A atuação do órgão jurisdicional é fundamental para a vivificação das garantias da igualdade dinâmica e o contraditório. E passa-se pela já falada mudança de mentalidade, postura mental da autoridade judiciária. Para tanto, não é necessário perder a imparcialidade, muito menos a equidistância. Mister uma nova leitura das normas constitucionais e processuais, mormente as que dizem com as garantias do processo judicial, e o dever de o juiz conduzi-lo, sem preconceitos, integrado à realidade social, e como dito por José Carlos Barbosa Moreira (1984), parafraseando Alcalá-Zamorra Y Castillo, imune a "abulia profissional", defeito tão deletério que por vezes contamina os homens das instituições públicas.

Diálogo intenso, atos de direção, informação, captação e valoração das provas. Tudo isso a ordem jurídica justa exige de um juiz de função social, solidarista, e mais atento ao coletivo do que ao individual, às vezes egoístico. Ao tema voltaremos quando da apresentação e discussão dos resultados, isto porque há forte sugestão de que tais ingredientes são fundamentais para o processo judicial e julgamento justo, pois encurta as distâncias entre os que muito têm, e aqueles que nada ou pouco têm; contribui para a igualdade dinâmica.

Dentro do arcabouço das garantias do processo judicial e sua efetividade marcada pela estabilidade e confiança de que seja instrumento para o alcance do justo, é importante ressaltar, no contexto que se tem do juiz natural (órgão de jurisdição pré-constituído e competente), aspectos sobre a sua imparcialidade e equidistância.

A investidura faz com que a pessoa que se vincula ao Estado, deste receba, através do veio, legitimação para julgar, para exercer a Jurisdição. Aí situa-se o princípio, sem o qual, definição do órgão judicante, não seja compossível a existência de processo judicial, legal e devido, para resolução dos conflitos individuais e coletivos.

Na situação da investidura, circunstancializa-se a competência, que apesar de não ser um princípio, mas conjunto de regras que aproxima o julgador à causa, adequada e legalmente, legitimando-

o a solver um dado caso, em exercício de jurisdição ordinária, presta-se para somar a positivação do que se costuma denominar de juiz natural. O juiz natural é o pré-vestido e competente de acordo com a ordem constitucional e processual na qual se encontra inserido.

A par da investidura como simbiose da estrutura de julgamento estatal, de comando marcado pela definitividade, vêem-se a imparcialidade e a eqüidistância. Não é o juiz subjetivamente neutro, mas objetivamente eqüidistante, apegado às garantias constitucionais do processo. Exigência de neutralidade é desperdício de inteligência, vez que utópico, afastado do senso comum. Para ser neutro, o juiz teria que não estar inserido no contexto social do jurisdicionado. Teria que ser um homem sem memória, história, tradições e conceitos. Para julgar, os conceitos são necessários.

Eqüidistância é uma coisa, e imparcialidade, outra bastante diferente. O imparcial não age com preconceito, movido por paixões e comoções que lhe precipitem julgamentos com desprezo ao devido processo judicial, legal e justo. O eqüidistante, como resultado de comportamento objetivo, é o que se coloca no meio, capaz de não propender, tendenciar para qualquer dos interesses contrapostos, antes da formação do juízo marcado pelo garantismo dispensado constitucionalmente ao processo judicial. O juiz há que ser imparcial e eqüidistante, não neutro.

A estabilidade como contributo da efetividade do processo judicial e de julgamento justo, seguro e firme, exige observância de outra relevante garantia. José Carlos Barbosa Moreira (1984), com singular agudeza, acentua que a motivação das decisões emanadas dos órgãos de jurisdição, representa uma garantia do próprio estado de direito.

Controle da administração da justiça, é o enfoque de Gomes Canotilho ao discernir sobre o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Além de referido controle que a motivação propicia, diz mais o emérito constitucionalista:

A exigência de fundamentação das decisões judiciais ou da motivação de sentenças radica em três razões fundamentais: (1)....; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do

exercício da actividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas. (Gomes Canotilho: 1998, p. 583)

Em certa oportunidade, dissertando sobre argumentação judicial, atento aos juízos de verossimilitude e probabilidade, apontamos:

*Na apreciação dos fatos relevantes, evidenciados no processo judicial, e na aplicação do Direito, o juiz deve se valer, na sua argumentação, dos conceitos de verossimilitude e probabilidade, numa simbiose perfeita e suficiente capaz de legitimar a ordem decisória. A verossimilitude advém de juízo por indução, intelectual, instruído pelas regras de experiência que se prestam para harmonizar a mens legis à realidade social, com definição de atualidade. As chamadas regras de experiência exsurgem de percepções do intelecto e do sensorial hauridas da interação do observador com o meio social. A repetição dos resultados dá margem ao surgimento das chamadas presunções hominis, as quais, nada mais revelam do que o direito aparente na concepção do que é justo e atual; e podem ser utilizadas como proposições argumentativas de decisão judicial. A vantagem da prática é a de fazer com que o Direito cumpra a sua finalidade de atuar sobre as tensões sociais, de forma efetiva. (Mello Júnior: **Revista da EMERJ**, nº 12, 2000, p. 116)*

O princípio da motivação e/ou garantia de fundamentação das decisões judiciais tem claro conteúdo político e revela a preocupação com a ideologia do processo, seus fins de legalidade e justiça. É função da judicatura resolver os casos e alinhar os motivos da decisão, atendo-se, na providência final aos limites da causa do pedido e do próprio pedido - ***judex secundum allegata et probata partium judicare debet.***

A motivação empresta transparência, segurança e confiabilidade. No processo de conhecimento, é a síntese da participação processual, das teses e antíteses, sempre vindo a conclusão antecedida de argumentação, retórica "cheia", pois necessariamente fundada no que foi feito.

Ao lado da exigência da fundamentação, e igualmente garantia do processo judicial, finaliza-se esta seção com a publicidade dos atos processuais.

A Constituição Federal preconiza a publicidade dos atos processuais, como garantia de processo legal e justo (LX, Art. 5º), e manda um recado para o legislador ordinário, qual seja: só poderá haver restrição ao princípio da publicidade "quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

Quão importante é o princípio da publicidade para o processo judicial, que ainda no Texto constitucional, vê-lo mais uma vez no inciso IX, Art. 93 - **verbis**: "*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos ..., podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes*".

Pois bem, a publicidade é segurança de legalidade e de justiça. E ser legal, estável, confiável e justo, é a ideologia do devido processo judicial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso propósito neste capítulo é alinhar algumas ilações acerca da temática tratada, procurando sempre na argumentação centrar o foco para a revelação publicista do processo judicial, máxime o de conhecimento. Ao formular essas considerações, partimos do pressuposto de que a Constituição Federal elegeu esse instrumento como hábil e apto a servir à jurisdição e aos jurisdicionados, para a resolução dos conflitos individuais ou coletivos que, como posto nas linhas introdutórias, decorrem das interações estabelecidas num contexto socioeconômico, político, cultural e ideológico propiciador de paradoxos e contradições.

Iniciando, transcrevemos as precisas palavras sobre a teleologia do processo judicial, do douto Humberto Theodoro Junior, inseridas

em artigo da lavra do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, *in verbis*:

Com efeito é importante ressaltar, desde logo, que o processo deixa de ser tratado apenas como o frio método de compor litígios, para se transformar veículo de satisfação do direito cívico e fundamental de todos à tutela jurisdicional. Visto como garantia de acesso à Justiça, no mais amplo e irrestrito sentido, devido processo legal apresenta-se como o processo justo; isto é, o instrumento que não apenas serve à composição de litígios, mas que assegura a melhor e mais justa solução do conflito, segundo os padrões éticos e os anseios gerais de justiça do meio social. Os operadores do direito processual, juízes e tribunais, têm, portanto, sobre as suas costas, uma relevantíssima missão, que é o encargo de tornar realidade a atual garantia de pleno acesso à Justiça, pelas vias do devido processo legal e do processo justo. Dentro de tal ótica, o que se reclama do processo é o resultado com toda a sua carga de eficácia e justiça para tutelar o direito do litigante que tem em seu favor a ordem jurídica. Não são suficientes, para esse mister, a ciência técnica e a erudição dos aplicadores da lei processual. Muito mais que tecnicismo, revela-se decisivo o espírito público, a compreensão social do drama vivido no momento da operação jurisdicional e o propósito de fazer com que a aplicação do direito, pelo ato de julgar, corresponda, ao máximo, à garantia fundamental do processo eficaz e justo. (Theodoro Júnior, in: Delgado (ano III, nº.15, maio/2001, p.10)

Conforme expusemos nos capítulos anteriores, o processo judicial é instrumento da Jurisdição. É complexo normativo que se presta a regular a interação entre os sujeitos participantes, mormente os principais - juiz e partes litigantes. Em outras palavras, é um sistema, cuja estrutura se encontra organizada de forma a propiciar que do debate, orientado segundo o método dialético, haja espaço para a contraposição de representações e, ao final, para a edição de um comando, fundamentado no que lhe foi posto ao discernimento do órgão jurisdicional.

Em termos gerais, essa constitui a marca de instrumentalidade, com atuação contundente do Estado-juiz que precisa envidar todos os esforços para alcançar as condições apropriadas à concretização do caráter público e democrático do processo judicial.

Essa concepção de processo, mormente sua publicização, permite que a função de cognição seja mais efetiva, mais estáveis, seguros e confiáveis os atos praticados para a consecução do julgamento justo.

De pronto, cumpre assinalar que o processo judicial é *veículo de satisfação do direito cívico e fundamental de todos à tutela jurisdicional*. O tornar realidade referido virtuosismo de índole constitucional, é dever político inafastável do Estado.

O ingrediente político vem posto como explicitado por Ronald Dworkin, em sua obra **Uma Questão de Princípio**. A esse respeito, ensina o mencionado filósofo e jurista: (...) *O Direito, assim como concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas, o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária ...* (Dworkin, 2000, p. 217).

Decorre do exposto que, se o compromisso é com o Direito material, e também cívico à tutela jurisdicional, sendo o Direito expressão política, a responsabilidade pela sua observância e realização é fundamentalmente de interesse da pólis, numa concepção alargada de cidadania, que precisa atingir a todos, indistintamente.

A peculiaridade alinhada reforça o afastamento do processo judicial da concepção de simples método, a serviço dos anseios individualistas dos litigadores ou de privilégios de qualquer natureza.

Em outras palavras: o processo judicial não é instrumento qualquer para defesa de interesses que estejam em conflito. E não é, porque deve ser conduzido com as garantias inseridas na Constituição Federal, para cumprir a finalidade da Justiça como tradução efetiva do nosso Estado Democrático de Direito que, como de sabença, é pontuado pela legalidade, liberdade, solidarismo e preponderância do coletivo sobre o individual ante a necessária defesa do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Processo judicial justo, garantia de acesso à Justiça e mais justa solução dos conflitos, são expressões que se conformam e contextualizam a finalidade do instrumento e a função social do juiz.

Cândido Rangel Dinamarco (1990), analisando a tendência de publicização irrestrita do processo judicial, verdadeira instituição do Estado voltada para a reordenação social (ordem social vilipendiada ou ameaçada de afronta, por quebra de imperativo jurídico qualquer), com proficiência, anota:

(...) Isso é sinal de uma escalada intervencionista do Estado, que saiu do imobilismo da filosofia liberal (fins limitados) e tem, hoje, acentuada preocupação pelo social, acima do individual. Daí o abandono das soluções marcadamente privatísticas, que o direito moderno herdou do romano através dos tempos. No direito processual, a preponderância da ordem pública sobre a dos interesses privados em conflito manifesta-se em inúmeros pontos da sua dogmática, v.g.: a) inafastabilidade do controle jurisdicional; b) garantia do juiz natural, competência absoluta; c) impulso oficial; d) livre investigação das provas, liberdade de convencimento, dever de fundamentar sentenças; e) conhecimento de ofício (objeções) (...) h) contraditório efetivo e equilibrado; i) ampla defesa; j) autoridade do juiz, seu poder de polícia, dever de lealdade, repulsa à litigância de má-fé e atos atentatórios à dignidade da Justiça... (Dinamarco, 1990, p. 65)

Nessa linha de reflexão, são garantias e princípios de um processo judicial, além de devido pela Constituição Federal, essencialmente justo, ajustado a realidade social e exigências do bem comum. Nada que se conduza e produza com as garantias constitucionais do processo judicial, sem transigência, engodo e mitigação, pode ser resultante de julgamento injusto e contrário aos *anseios gerais de justiça do meio social*.

Ao nosso sentir, o julgamento justo decorre da formação do juízo, não de sua exposição meramente formal. O justo deve estar presente em todo o transcurso do processo judicial e se confunde com a concreção de suas garantias proclamadas pela Constituição Federal. Decorre daí o dever de todos os participantes da trama processual, mormente os conhecedores da ciência, juízes, advogados, públicos ou privados e membros do Ministério Público.

O cumprimento desse dever revela-se em autêntica responsabilidade política, que transcende o mero voluntarismo ou iniciativa espontânea ou eventual. É responsabilidade ditada pela Constituição Federal. Esse posicionamento adquire robustez, quando refletimos sobre o que pontifica a insigne jurista Ada Pellegrini Grinover (op. cit.): *O processo judicial, (...) deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para transformar-se em instrumento ético e político de atuação da justiça e de garantia à liberdade.* (1990, p. 46)

Eis porque os contributos de julgamento justo, estabilidade e confiança demandam nova mentalidade e mudança de postura profissional e sentido de responsabilidade dos sujeitos que atuam na seara processual.

Segundo essa filosofia norteadora, é de fundamental importância que a dialeticidade do processo, decorrente da garantia do contraditório, seja uma realidade substantiva e não meramente formal. O formalismo tecnicista nega o justo processo judicial e faz da cognição para o julgamento, uma falácia com "cobertura" constitucional. A resultante, por mais inteligente e expedito que seja o órgão jurisdicional, será incapaz de se qualificar como julgamento justo.

Nesse diapasão, cooperação com as partes, informação e esclarecimento, efetivo empenho instrutório são ingredientes necessários e indispensáveis para o equilíbrio entre os litigantes, buscando-se sempre o encurtamento das distâncias de toda natureza, com o fito de possibilitar plena participação processual.

Nada disso compromete a imparcialidade e a equidistância... Antes, assim como explicitado pela Prof. Ada Grinover (1990, p.18), fortalece a imparcialidade. Conforme a ilustre professora, ao juiz cabe (...) *integrar e disciplinar o contraditório, sem que, com isso, venha a perder sua imparcialidade, que sairá fortalecida, no momento da síntese, pela apresentação do resultado de atividades juxtapostas e paritárias, desenvolvidas pelas partes.*

É sempre pertinente levar em consideração que toda decisão judicial (máxime as sentenças como atos finais de julgamento) deve ser preambulada de fundamentação, clara, escorreita e sem ambigüidades. É garantia de legalidade e justiça, além de repelente dos males da arbitrariedade.

Não há dúvida de que a morosidade do processo judicial é grande vilã, quando se trata da sua efetividade. Dela resultam sentimentos de descrédito, falta de confiança no processo como instrumento para o exercício do direito cívico de acesso substancial à justiça, estimulando ilações críticas do tipo: *justiça tardia não é justiça, mas de fato injustiça...*

Na discussão da problemática, alguns mitos hão que ser expurgados, numa quase cruzada evangélica de separar o joio do trigo. Em brilhante artigo, o festejado José Carlos Barbosa Moreira (vide 4.2), chama atenção para a realidade de que o processo tem uma necessidade de demora fisiológica, mormente quando há empenho de concreção de suas garantias constitucionais, que não são garantias somente para as partes litigantes, pois alcançam igualmente o do próprio processo judicial e a Jurisdição. Note-se que as partes não podem, em nome da celeridade, abdicar do devido processo legal para resolução do conflito.

Por outro lado, nas hipóteses em que o direito material comporta ser objeto de transação, é até possível lançar-se mão de meios alternativos para solução da pendência. Mas judicializada a pretensão e iniciado o processo judicial, a parte litigante não pode abrir mão de ser cientificada dos atos do processo, nem renunciar, antecipadamente, ao direito de reação; enfim, ao contraditório. Da mesma forma, a celeridade não é condição suficiente para que as decisões sejam destituídas da devida fundamentação. O mencionado mestre, faz dura crítica ao que ele chama do mito da rapidez acima de tudo, com prejuízo para a qualidade do resultado do processo.

O preclaro jurista Athos Gusmão Carneiro, dissertando sobre o tempo e o processo em sua obra **Da Antecipação de Tutela no Processo Civil**, é enfático:

No plano processual é inconcebível um processo, mesmo sob os influxos de rigoroso princípio da oralidade, que não se alongue no tempo, com a concessão de prazos para que as partes, sob o pálio do contraditório, possam apresentar seus pedidos e impugnações, comprovar suas afirmativas em matéria de fato (excepcionalmente, também de direito), insurgir-se contra decisões que lhe sejam desfavoráveis; e também o juiz precisa

de tempo para apreender o conflito de interesses e para habilitar-se a bem fundamentar as decisões interlocutórias e, com maior profundidade, a sentença (nos juízos singulares como nos colegiados). (Gusmão Carneiro, 1999, p. 01)

Analisando a problemática do tempo no terreno da efetividade do processo judicial, à luz da contribuição dos estudiosos e de nossa prática profissional, formulamos algumas conclusões, que passamos a expor, à guisa de considerações finais.

A revogação do procedimento ordinário não é solução de efetividade do processo e de efetiva tutela do Direito material. Como ressaltamos, a medida legitima o julgamento, porque possibilita a materialização das garantias do processo judicial. O desprezo ao procedimento pode resultar numa brutal insegurança e em falta de confiabilidade no processo.

Um procedimento com fases processuais escalonadas é de fundamental importância para condução de trama que envolva cognição complexa e profunda incursão probatória, onde para a compreensão do todo é necessário o efeito da maturação que só a sabedoria do tempo possibilita. E o procedimento ordinário, talhado de longa data, cumpre essa missão...

Também é verdade (e negá-lo é ignorar a realidade com que convivem os militantes do Direito), que certas situações conflituosas, mesmo complexas, necessitam de pronta intervenção do Estado-juiz, seja ante a evidência perfunctória do direito de quem postula o amparo, seja por força de situação emergencial exigente de pronta atuação, em labor de resultado provisório, mais **quantum satis** a evitar a probabilidade de ocorrência de lesão grave ou de difícil e impossível reparação.

Como deveras aduzido, o nosso sistema processual (a despeito de críticas, por vezes precipitadas, e até panfletárias), é provido de institutos com aptidão potente de resguardo ao Direito material em estado de agonia, com sinais que evidenciem verossimilhança dos fatos sobre os quais se apoia a pretensão judicializada. São as tutelas de urgência, interinais de mérito, cautelares, interditais e inibitórias. Todas, sem exceção, contribuem para a efetividade do processo judicial de julgamento, máxime porque têm a virtude de evi-

tar que o tempo necessário para a fisiologia do processo judicial com rigor garantístico, seja instrumento de derrocada e não de preservação do Direito cívico a uma providência jurisdicional justa.

Aliás, o já citado Athos Gusmão Carneiro (1999, p.10), trazendo à baila lição de Teori Zavascki, alinha que (...) *as medidas antecipatórias, e bem assim as cautelares, dão condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição.*

Entretanto, para que o teórico saia da retórica e alcance o plano da realidade fática, é importante que o operador jurídico compreenda que a cognição sumária não é uma temeridade, vez que constitui recurso de conhecimento transeunte, mutável, não definitivo. Ademais, tem a peculiaridade de atuar como técnica suficiente para formação de juízos de verossimilitude e probabilidade. Além disso, é relevante levar em consideração que a formação de juízo obedece uma escala, do sumário à exaustão, não sendo o exaurimento fonte de verdade absoluta, mas só certeza do caso concreto, após o final do processo, firme em suas garantias constitucionais. Por fim, cumpre aduzir que a utilização de provimentos interinais, quando presentes os pressupostos e apoiados em decisão fundamentada, também contribui para julgamento justo, pois eles atuam sobre a pressa em encerrar o ciclo do processo judicial prematuramente e a indecisão, capaz de sacrificar um bom direito em estado de emergência.

Outra ilação que vem a lume e que também implica mudança de mentalidade diz respeito à necessária compreensão do direito ao processo judicial devido e justo como cívico e gerador de responsabilidades políticas. Deriva daí o imperioso combate à utilização temerária do processo, à postergação infundada, ao recurso à chicana e práticas similares, que são as verdadeiras causas de inefetividade, comprometedoras do julgamento justo.

Não há como negar a ocorrência de referidas patologias, no dia a dia forense... Por vezes, uma parte é asfiriada pelo comportamento astuto da outra, com mais fôlego econômico e financeiro, além de representada por intelecto equipado com estratégias que, com a maquiagem dos industriais, consegue fazer com que o pro-

cesso adormeça retardado, ou galgue instâncias de pretensão meramente protelatória.

Sem dúvida, ilícito comportamento de desrespeito ao processo judicial e à dignidade da justiça, é praxe incorporada; e muitos não dizem nada! E, nesse caso, a omissão não resulta da falta de instrumental repressivo, mas é manifestação explícita de desrespeito à responsabilidade política e ética pelos personagens principais do processo.

Nessa linha reflexiva, é muito oportuno o alerta do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, ao mencionar a necessidade de que o juiz coíba a litigância de má-fé com desassombro, *sob pena de tornar-se responsável pela falência do Judiciário*.

Temos um sentimento, que essa não constitui responsabilidade exclusiva do juiz, pois abarca a todos os que laboram pela causa da Justiça, com denodo e imbuídos do mais alto comportamento ético, mormente os advogados que somam maior do número dos operadores jurídicos, e que a Constituição Federal proclamou como indispensáveis à administração da Justiça.

O processo judicial como instrumento de justiça humana, tangível, há que cumprir a sua função social talhada pela Constituição pátria. E a responsabilidade por tal desafio é de todos que pensam e participam da realidade funcional do processo. Ao juiz cabe conduzir o processo, em sua dinâmica e progressividade com imparcialidade e equidistância, operoso no ofício, sem a pressa deletéria e a indecisão que sepulta o ideário de justiça. As partes, hão que atuar com probidade, lealdade e boa-fé.

A chicana processual há que ser coibida, com altivez e sensibilidade, pois é um dos carcinomas que corroem a efetividade do processo judicial, e o desiderato de julgamento justo. Para isso, é necessário ativismo judicial, e que o órgão jurisdicional não se acometa de abolia profissional, que sem dúvida é outro câncer que compromete a confiança e estabilidade do processo; contributos de julgamento justo.

Não é fácil o mister. Como não é fácil Ser um bem aventurado, com sede e fome de Justiça, tal como o Mais virtuoso proclamou na montanha bíblica. Mas ao juiz compete, com acertos e desacer-

tos, de forma intensa e sensível, reprimir o ilícito processual, atento ao que, com maestria, pontificou o emérito Piero Calamandrei:

É preciso não classificar levemente de chicaneiro o homem de bem que bate à porta do tribunal a pedir ajuda contra a prepotência ou a má-fé alheia, nem nos alegrarmos demasiadamente quando as estatísticas judiciárias dizem que litigiosidade está em diminuição. Se algumas vezes a tendência para o litígio é reveladora de mórbidos instintos anti-sociais, outras vezes o recurso ao tribunal é prova de firme resolução de defender a ordem social contra os opressores e de sã confiança na administração da justiça. Litigar pode querer dizer (como para o famoso moleiro de Sans Souci) ter fé na seriedade do Estado; pode querer dizer também prestar um serviço ao Estado, porque este encontra na defesa do direito a sua mais alta expressão e deve agradecer ao cidadão, que ao pedir-lhe justiça lhe dá, assim, a ocasião de confirmar, defendendo o direito a sua razão de ser mais essencial. Não esqueçamos que Sólon, no dizer de Aristóteles, redigiu as suas leis propositadamente obscuras, a fim de darem lugar a muitas controvérsias, permitindo dessa forma ao Estado o meio de aumentar, pelo julgamento, a sua autoridade sobre os cidadãos.

Concluindo, deixa assentado o indiscutível mestre:

No dia em que visse fecharem-se os tribunais por falta de processos, não saberia se me devia alegrar ou entristecer: alegrar-me porque num mundo em que já não se encontrasse alguém disposto a fazer mal ao seu semelhante, tal significaria o triunfo do amor universal: entristecer-me porque num mundo em que já não houvesse ninguém disposto a revoltar-se com a prepotência alheia, tal significaria o triunfo do aviltamento universal. (Calamandrei, 1991, p.125 e 126) ☐

AGRAVO DE INSTRUMENTO: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS, COMPARATIVAS E REFORMADORAS

JOÃO JOSÉ CUSTÓDIO DA SILVEIRA

Juiz de Direito e Coordenador Regional da Escola Paulista da Magistratura; Professor de Direito Processual Civil da Universidade do Vale do Paraíba (UNIVAP-SP) e na pós-graduação da Universidade Estadual Paulista (UNIP).

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA

A importância do Recurso de Agravo adquire dimensão exata quando observados seus primórdios, bem como sua inclusão e permanência nas mais variadas legislações. E dentro da concepção romanista do processo civil, remodelada nos ares de contraditório e ampla defesa, trata-se de peça fundamental na integração do sistema processual.

Contudo, visualizando-se este 'sistema' sob o prisma de um invólucro ideal que acondicione a entrega da prestação jurisdicional, nota-se desmedida preocupação com a eliminação de quaisquer falhas na condução do procedimento. Um enfoque crítico da legislação processual permite concluir que os institutos processuais, por vezes, servem exclusivamente ao Processo, prejudicando justamente a consecução do escopo da jurisdição.

Tal como inúmeros outros, o agravo tem se mostrado mais um entrave no exercício da atividade jurisdicional do que propriamente uma benesse. A utilização sem critérios sobrecarrega de tal forma

os Tribunais que sua função primordial, qual seja, reavaliação da justeza de sentenças, experimenta prejuízo diante da nova e mais volumosa tarefa de participar da tramitação dos procedimentos, revisando decisões interlocutórias.

É preciso repensar os alicerces do instituto. Sua utilização a qualquer tempo durante o trâmite processual, aliada ao formato que exige apreciação urgente de efeito suspensivo e análise final por órgão colegiado, versando muita vez singela decisão interlocutória sem importância para o resultado da demanda, são tópicos que contribuem para a lentidão na função judicante.

Equacionar as oportunidades de interposição do agravo e simplificar seu formato de julgamento são providências que, se de um lado não interferem na integração perfeita do sistema processual, por outro servem à aceleração procedimental.

2. HISTÓRICO E DIREITO COMPARADO

O contato com antecedentes históricos do recurso de agravo, bem assim o estudo comparativo com sua roupagem estrangeira, fornecem subsídios não só para a análise crítica de suas funções na atualidade. Igualmente, pode-se detectar os inconvenientes que impulsionaram sua reforma no decorrer do tempo de forma a propiciar soluções, quiçá já constantes de seu histórico em outros direitos.

Nesta linha de raciocínio, sabe-se que no direito canônico, previamente permissivo de recurso contra as interlocutórias, sobreveio limitação diante das inconveniências que tal liberalidade acarretava ao processo e às partes. O mesmo ocorreu com o direito lusitano no reinado de Dom Afonso IV, com a reação perante o uso indiscriminado permeado pela 'malícia' das partes.

O antecedente germânico do desafio às decisões prolatadas no curso do processo, por sua vez, tinha lugar apenas ao final de cada uma das fases processuais. Na atualidade, não são poucas as legislações que simplesmente não contemplam recurso imediato contra as interlocutórias, como a francesa, sem que isto importe em comprometimento do sistema de garantias processuais.

São conhecimentos que reportam à reflexão sobre a valia de forma e uso do agravo, possibilitando visão crítica e ideal de inovação.

2.1 Origens do Instituto

Na sistemática romana do período Justinianeu, por força de obediência e respeito irrestritos às decisões proferidas por integrantes da mais alta hierarquia judiciária, a saber, Senado do Príncipe, seu Delegado, o Prefeito do Pretório, o procurador do Sacro Palácio e Juízes de elevada categoria, era-lhes atribuída a vestimenta de irrecorribilidade.¹

A maturação do procedimento deu lugar ao nascimento da **supplicatio**, forma engendrada para que a parte pudesse solicitar ao governante 'reapreciação' da sua causa, sem contudo colocar em dúvida a justeza da decisão.² Fala-se aí no do antecedente remoto do Agravo.

No direito canônico, embora constasse das **Decretas** de Gregório IX (1234) a possibilidade de apelação contra as questões incidentais, no Concílio de Trento ponderou-se acerca de sua inconveniência para o processo e para as partes, incluindo-se no **Decretum de Reformatione** a proibição de se apelar antes da sentença.³

Já o germânico encerrava fases processuais distintas e finalizadas por sentenças, passíveis de apelação sob pena de imutabilidade na inércia.

A nobreza do reino português tomou proveito do arranjo romano, vedando apelação contra decisões de autoridades como Juízes das Relações, da Índia e Minas, bem como Corregedores da Corte e de Lisboa. Porém, da mesma forma, também franqueou o abrandamento da irrecorribilidade, passando a admitir uma 'súplica' do inconformado à Casa da Suplicação.

Nada obstante, o uso indiscriminado das apelações contra as decisões incidentais, até mesmo com o propósito de retardamento dos processos, deflagrou a reação de Dom Afonso IV com édito de proscricção das apelações desafiadoras das interlocutórias, exceção feita às hipóteses de potencial dano irreversível ou de difícil reparação na sentença final.

¹ Cf. Luiz Antônio da COSTA CARVALHO, **Do agravo no processo brasileiro**, 1936, p. 11.

² Cf. Carlos SILVEIRA NORONHA, **Do agravo de instrumento**, 1978, p. 13.

³ Cf. Moacyr LOBO DA COSTA e Luiz CARLOS DE AZEVEDO, **Estudos de história do processo**, 1996, p. 141.

Surgem então as *querimas* ou *querimônias*, súplicas dirigidas diretamente a *el Rey* para reapreciação das decisões. Formavam-se as 'cartas de justiça', inicialmente contendo apenas os reclamos dos litigantes e, adiante, preparadas pelo escrivão (*cartas testemunhavees*) ou pelo tabelião (*estormentos públicos*), alimentadas com peças e a resposta do magistrado.

A formação do instrumento era dispensada quando não distasse o juízo **ad quem** mais do que cinco 'léguas' do **a quo**. Tinha lugar o *agravo de petição*, encartado nos próprios autos que eram encaminhados para reapreciação, naturalmente imprimindo efeito suspensivo à decisão.

Posteriormente, surgiram o *agravo de ordenação não guardada* (Afonsinas, Liv. 3º, Tit. 20, § 46), utilizado quando deixasse o julgador de 'guardar' a Ordenação sobre a regularidade do processo, e o *agravo no auto do processo* (Manuelinas, Liv. 3º, Tit. 54, § 8), destinado ao conhecimento pelo magistrado quando subissem os autos através de qualquer recurso outro.

2.2 Evolução na Legislação Brasileira⁴

Proclamada a Independência, o Direito Brasileiro passou a cuidar de cinco espécies de agravos: instrumento, petição, ordinário, de ordenação não guardada e no auto do processo.

No processo de evolução legislativa, o Código de Processo Criminal do Império, de 29 de novembro de 1832, avançou sobre a administração da justiça civil e suprimiu os agravos de instrumento e petição, condensando-os no agravo no auto do processo (art. 14). A Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, revogou aquele dispositivo e revigoreou a legislação anterior.

O Regulamento 737, de 25 de junho de 1850, manteve os agravos de petição e instrumento e extinguiu aquele no auto do processo. Sobreveio a Consolidação da Leis Sobre o Processo Civil, editada através da Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876,

⁴ Em estudo exauriente sobre o assunto, confira-se Teresa Arruda ALVIM Pinto, **Agravo de instrumento**, 1991, p. 31 e segs.

conservando o agravo de instrumento, ladeando o de petição e o no auto do processo (arts. 1453 e 1498). No entanto, a Lei nº 3.272, de 5 de julho de 1885, restabeleceu o Regulamento 737 para disciplinar a matéria.

Apesar da instituição da dualidade na Constituição de 1891, a quase totalidade dos códigos estaduais contemplava o agravo de instrumento, enumerando casuisticamente seu cabimento.

Restaurada constitucionalmente a unidade do Direito Processual Civil e editado o Código de 1939, concedeu-se o agravo de petição contra as decisões que pusessem termo ao processo sem julgamento de mérito e algumas interlocutórias mistas, declarando irrecorríveis as interlocutórias simples com algumas exceções, para as quais proveu-se os agravos de instrumento (art. 842) e no auto do processo (art. 851).

O Código de 1973, de inspiração inicial restringindo manutenção apenas do agravo de instrumento, acabou por contemplar o retido, sabendo-se que a Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, simplificou a nomenclatura, passando doravante a se conhecer apenas o agravo.

2.3 Sistemática Estrangeira

O agravo no Direito Português condiciona-se simplesmente ao descabimento da Apelação perante a decisão gravosa (art. 733, CPC). Sem prejuízo, impera a fungibilidade para conhecimento de um ou d'outro recurso quando houver dificuldade na análise da natureza do ato recorrido (art. 687, nº. 3, CPC). São disciplinadas categorias distintas para o recurso, catalogando situações em que a subida será imediata, diferida, em separado e nos próprios autos. Apenas estes últimos têm efeito suspensivo, além dos excepcionados expressamente (art. 740, CPC).

No Direito Alemão, prevê-se o **Beschwerde** (ZPO, § 567) com efeito meramente devolutivo. No Austríaco, o **Rekurs** (ZPO, § 514) excepcionalmente poderá contar com suspensividade, sendo opcional ao recorrente conhecimento imediato do recurso ou por ocasião do julgamento da Apelação.⁵

⁵ Cf. J. M. OTHON SIDOU, *Processo civil comparado*, 1996, p. 310.

Em França não se conhece recurso semelhante ao agravo, reservando-se a apelação para impugnação de decisões interlocutórias. O mesmo ocorre na Itália, com previsão da Apelação contra as **sentenze non definitive** (art. 340, CPC), possibilitando-se ao recorrente interposição imediata ou diferida, a exemplo do nosso agravo retido.

A apelação também se mostra como recurso único no Canadá para desafiar um **jugement interlocutoire**, estando o processamento dependente de admissão por um Juiz da Corte de Apelação (art. 511, CPC). Igualmente no Chile (art. 187, CPC), muito embora o processamento da apelação contra as **sentencias interlocutórias de primeira instancia** se dê na forma instrumental, à similitude do nosso agravo de instrumento, tendo efeito meramente devolutivo.⁶

O Direito Espanhol estabelece a **reposición** como recurso dirigido ao próprio prolator quando discordante a parte de decisões não definitivas (art. 451, LEC). Na Legislação Argentina, prevê-se a **reposición** unicamente contra as providências simples, estando a se admitir a apelação contra as interlocutórias.⁷

3. O AGRAVO NA ATUALIDADE

Iniciando as digressões sobre o peso de retardo que vem sendo trazido pelo agravo aos procedimentos judiciais, toca breve notícia sobre sua incidência e formatação na legislação vigente.

É preciso destacar logo de início a despreocupação com o debate acerca de sua natureza jurídica, lembrando apenas que posicionamentos há considerando o agravo como ação (Betti, Leone, Santoro, Vannini), inclusive lhe atribuindo roupagem de direito subjetivo público (Liebman, Sergio Costa, Frederico Marques).⁸

3.1 Brevemente, Conceito, Incidência e Formas

O termo 'agravo' tinha a significância inicial de prejuízo experimentado pela parte, o que se alterou no decorrer do tempo para

⁶ Cf. Athos Gusmão CARNEIRO, **Recurso especial, agravos e agravo interno**, 2003, p. 147.

⁷ Cf. Valentina Jungmann Cintra ALLA, **O recurso de agravo e a Lei 9.139**, de 30.11.1995, 1998, p. 45.

⁸ Cf. José Eduardo CARREIRA ALVIM, **Novo agravo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 42.

traduzir justamente o remédio que se ministraria ao mal que significava (metonímia).

Conforme adiantado no estudo do direito comparado, o instituto está direcionado ao combate das 'decisões interlocutórias'. A distinção entre estas e as definitivas é criação do direito romano medieval, resultante interpretativa do Código Theodosiano e das **Decretales**, justamente com a finalidade de se limitar o uso da apelação apenas contra as sentenças.

O Código de Ritos define os atos do juiz, categorizando a interlocutória quando se resolver 'questão incidente' no curso do processo (art. 162, § 2º, CPC). E para impugná-la, prevê-se o recurso de agravo (art. 522, CPC).

Acerca das formas, o agravo poderá ser de instrumento, contra decisão de primeira instância ou denegatória de seguimento a recurso extraordinário ou especial, *retido*, com eficácia diferida, e ainda *regimental*.⁹

3.2 Anacronismo do Agravo de Instrumento

Conforme já alinhavado, compartilha-se do entendimento de que os institutos processuais não podem servir, em hipótese alguma, ao retardamento na entrega da prestação jurisdicional. Quando isto se verifica, faz-se o momento de repensar sua real eficácia. "O processualista, sem deixar de sê-lo, há de estar atento à indispensável visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico. Há de estar informado dos conceitos e sugestões que outras ciências lhe possam fornecer e conhecer a vivência do processo como instrumento, conhecer a sua potencialidade a conduzir resultados, ter sensibilidade para as suas deficiências, disposição a concorrer para seu aperfeiçoamento".¹⁰

A primeira constatação que deve ser feita diz respeito à utilização desenfreada do agravo, por culpa do sistema processual e não dos operadores do direito, pródigo em aceitar recursos a qual-

⁹ Cf. Athos Gusmão CARNEIRO, op. cit., p. 103.

¹⁰ Cândido Rangel Dinamarco, **A instrumentalidade do processo**, 1998, p. 154.

quer tempo. De fato, parece haver um temor no processualista brasileiro sobre a competência dos juízes de primeira instância, que podem não respeitar estritamente a almejada 'formatação' de um procedimento idealizado para ser perfeito (na forma).

Sucedo que esta preocupação exacerbada com o respeito às regras do Processo milita contra o objetivo que deveria ser seu único tormento, a saber, efetivar a jurisdição com pronunciamento de mérito em tempo razoável. Conseqüência, sobrecarga da segunda instância, chamada a participar da condução do procedimento.

É oportuno o destaque da sistemática do agravo no processo trabalhista (art. 893, IV, CLT), que pode ser de *petição*, ao desafiar decisões proferidas no curso da execução, ou de instrumento, restrito a combater decisões denegatórias de recursos (art. 897, CLT).

Vale dizer, o processo de conhecimento na Justiça do Trabalho não conhece impugnação às decisões que resolvam questões incidentais. Embora se reconheça a especificidade do rito diante das matérias de sua competência, não se pode afirmar que haja prejuízo ao direito de defesa.

A simplificação de formas num 'procedimento de resultado' como é o trabalhista, longe de merecer o estigma da superficialidade processual, deve servir de espelho para uma nova visão no âmbito do Direito Processual Civil. Encontra-se hoje tão preocupado em franquear possibilidades de reforma às decisões de primeiro grau, que não percebe estar inviabilizando a entrega da prestação jurisdicional em prazo minimamente aceitável.

Outro enfoque pertinente surge de uma atividade empírica. Na análise de processos não vitimados por agravos de instrumento durante sua tramitação, além do menor tempo para finalização, raramente se verifica reconhecimento de nulidades que hajam ferido o rito procedimental. Ao contrário do que possa parecer, isto não decorre de diferença na capacitação técnica de seus condutores, mas demonstra que o Processo se comporta muito bem quando o agravo se torna uma verdadeira exceção. Observe-se, ainda, a ínfima parcela de provimento a agravos retidos, haja vista a experiente visão da segunda instância de que o apego às formas traria regressão inadmissível à solução da lide.

Esta realidade se confirma diante da nova postura adotada pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo no que concerne à exigência da taxa judiciária quando da interposição do agravo de instrumento, anteriormente dispensada.¹¹

A diminuição do número de agravos de instrumento diante da nova política de custas não só trouxe benefício ao andamento dos processos nos tribunais, como também comprovou que a condução dos procedimentos (não agravados) na primeira instância mostra-se adequada, direcionando-se com maior presteza a um pronunciamento de mérito sem que se possa falar em 'desrespeitos procedimentais'.

3.2.1 Processamento e julgamento

Confirmando o anacronismo do recurso, basta observar seu complexo formato de processamento e julgamento.

É incontestável a celeridade obtida com o direcionamento imediato ao tribunal competente, abandonando a sistemática anterior de interposição perante o prolator da decisão requestando reconsideração e, só após, remessa. Mas as virtudes se encerram neste tópico.

Não se trata de exceção, mas regra, a postulação de efeito suspensivo ao recurso (art. 527, III, CPC), solução vislumbrada pelo legislador processual para situações de efetiva urgência - grandeza no objetivo e ingenuidade na crença de que sua utilização seria pautada por tal parâmetro. O resultado, sobrecarga aos relatores, obrigados a apreciar liminarmente os agravos com severo prejuízo para a análise das apelações.

Outro fator negativo na formatação do recurso é a obrigatoriedade de análise por órgão colegiado. A tímida concessão de poderes ao relator para liminarmente negar seguimento ao recurso ou ainda convertê-lo em agravo retido (art. 527, I e II, CPC), padeceu pela necessidade alvitada de se resguardar a possibilidade de 'erro' e permitir revisão de sua decisão (arts. 527, II, *in fine*, e 557, § 1º, CPC, respectivamente).

¹¹ Art. 4º, § 5º, da Lei Estadual nº 11.608/2003.

O fato é que a condução do procedimento depende de incontáveis decisões interlocutórias, em sua maioria sem significância para o resultado final da lide. E à guisa de exemplo, se em poucas linhas o juiz rejeita impugnação à gratuidade¹² ou ao valor da causa, indefere pedido de desentranhamento de documentos ditos extemporâneos ou, ainda, designa audiência de conciliação a contragosto de uma das partes, a segunda instância será acionada.

O relator sorteado interromperá sua seqüência de apreciação dos recursos para análise do efeito suspensivo postulado pelo agravante. Após, ouvirá o Ministério Público se for o caso, e pedirá dia para julgamento. Na data designada, um órgão *colegiado* reapreciará a decisão hostilizada e, através de Acórdão formalmente relatado, solucionará a questão.

À toda evidência, esta movimentação intensa e trabalhosa na instância recursal não tem justificativa alguma, senão a 'perfeição formal' de um sistema processual, mormente considerando o retardo imposto ao julgamento das apelações. Traz, ao revés, prejuízos irreparáveis aos jurisdicionados com a lentidão ocasionada.

4. ALTERAÇÕES POSSÍVEIS

Como se viu, o termo 'agravo', que inicialmente correspondia ao dano suportado pela parte em razão de ato judicial, passou a significar justamente o remédio utilizado para combatê-lo, em verdadeira metonímia. Contudo, a prática forense tem demonstrado que a denominação do recurso de agravo voltou a significar gravame, afastando-se da sua essência de antídoto para representar verdadeiro prejuízo à parte contrária.

Entrementes, é preciso que se admita descabida a solução radical, com simples eliminação do agravo, ainda que falta não faça em legislações estrangeiras como se apontou no estudo do direito comparado. Aliás, se isto ocorresse, não seria surpresa o abarrota-

¹² "JUSTIÇA GRATUITA - Benefício concedido - Agravo de instrumento interposto - Meio idôneo - Pronunciamento que constitui decisão interlocutória - Impugnação criada pela Lei nº 1.060/50 que não altera a natureza da decisão, nem o sistema de recursos do Código de Processo Civil - Inteligência e aplicação dos artigos 162, parágrafo segundo e 522, 'caput', do CPC" (TARS - AC nº 190.132.373, 7ª Câm, Rel. Juiz Araken de Assis, 12.02.92, v.u).

mento dos tribunais com mandados de segurança, em verdadeiro desvirtuamento do remédio constitucional.

Talvez a razão mais importante, que por si só justificaria a manutenção do agravo instrumental, seja a relevância das decisões concessivas ou negativas das tutelas de urgência. Neste aspecto, o próprio escopo do Processo poderia sofrer prejuízo em caso de equivocada negativa ou concessão de medida emergencial, de caráter acautelatório ou antecipatório.

Outro motivo para a permanência do recurso na legislação processual está no considerável índice de reformas das decisões desafiadas, notoriamente superior quando contrastado ao dos julgamentos em apelação. E a razão desta diferença substancial deve ser creditada tanto à maior experiência e diálogo dos órgãos colegiados quanto a uma diversidade de enfoque sobre a condução do procedimento.¹³

Resta saber se as decisões singulares reformadas efetivamente trariam prejuízo ao objetivo final do Processo. Na maioria dos casos, a experiência mostra que a resposta é negativa.

Respeitante às decisões confirmadas, freqüentemente se vislumbrando intuito procrastinatório do agravante, mereceria maior atenção remédio já previsto na legislação, mas de tímida utilização pelo órgão **ad quem**. O reconhecimento sistemático da litigância de má-fé àqueles que houverem interposto recurso "com intuito manifestamente protelatório" (art. 17, VII, CPC), bem como agravo regimental "manifestamente inadmissível ou infundado" (art. 557, § 2º, CPC), importaria em medida educativa com grande potencial de diminuição dos recursos temerários.

De fato, "a possibilidade de imposição de multa, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, encontra fundamento em razões de caráter ético-jurídico, pois, além de privilegiar o postulado da lealdade processual, busca imprimir maior celeridade

¹³ Exemplo típico desta disparidade de visões está na convicção sobre expedição de ofícios na busca de bens do devedor. Enquanto se preocupa o juízo de primeiro grau com a sobrecarga de trabalho acarretada à serventia, levando morosidade ao trâmite de todos os processos durante o cumprimento de tarefa que somente em último caso não deveria ser do credor (2º TACivSP - AI nº 648.794.00/3, 2ª Câmara, Rel. Juiz Gilberto dos Santos, 31.07.00, v.u.), é dominante o entendimento da instância recursal sobre a incumbência de participação ativa do Estado na satisfação do direito (2º TACivSP - AI nº 537.999, 10ª Câmara, Rel. Juiz Irineu Pedrotti, 05.08.98, v.u.).

ao processo de administração da justiça, atribuindo-lhe um coeficiente de maior racionalidade, em ordem a conferir efetividade à resposta jurisdicional do Estado".¹⁴

Posta a questão nestes lindes, já tarda a modificação na estrutura do agravo de instrumento, bem como seu enfoque de julgamento.

4.1 Vedação ao Agravo Regimental

Com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.352/01, houve tentativa de levar a julgamento por órgão colegiado apenas os agravos instrumentais em situações de urgência. Nesta toada, a concessão de poderes ao relator para liminarmente negar seguimento ao recurso ou ainda convertê-lo em agravo retido (art. 527, I e II, CPC).

Contudo, o histórico temor do legislador com a justeza dos julgamentos singulares não poupou sequer a segunda instância. Em ambos os casos, rejeição liminar ou conversão, caberá novo agravo ao colegiado competente (arts. 527, II, *in fine*, e 557, § 1º, CPC, respectivamente). Vale dizer, "sempre haverá recurso dirigido à câmara ou turma, circunstância essa que, longe de acelerar, redundará em verdadeiro entrave ao procedimento recursal".¹⁵

A supressão de mais este obstáculo processual no caminho da celeridade e instrumentalidade, que significa, *grosso modo*, relutância em aceitar a revisão de uma decisão interlocutória por apenas um magistrado de segundo grau, é medida imperiosa.

Ora, trata-se de reapreciação de ato judicial amiúde sem importância para o procedimento, que satisfatoriamente poderia ser efetivada apenas pelo relator. Não se concebe seja possível questionar seu entendimento sobre descabimento liminar do agravo ou sua acomodação com a conversão em retido, como se não tivesse haurido experiência judicante suficiente com discernimento para reservar ao colegiado questões efetivamente relevantes, como exame de tutelas de urgência ou decisões que possam redundar em nulidade ao procedimento.

Partindo destas premissas, poder-se-ia mesmo franquear exclusivamente ao relator o julgamento do mérito recursal quando

¹⁴ STF - Emb.Dcl em AgRg em RE nº 246.564-0/RS, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, 19.10.1999, m.v. (RJ 270/72).

¹⁵ José Rogério Cruz e TUCCI, **Lineamentos da nova reforma do CPC**, 2002, p. 117.

entendesse pertinente, à vista da questão debatida, alargando possibilidade já ventilada pela legislação processual em casos específicos (art. 557, § 1-A, CPC).

Seria bastante que as decisões de rejeição liminar ou julgamento singular do agravo pelo relator estivessem sujeitas a revisão por ocasião da apelação, com reincidência do tema a critério do apelante. Um paralelo com o agravo na modalidade retida, mas sem necessidade de interposição formal, bastando o ressuscitar da matéria como preliminar do apelo, postergando-se até aí o manto preclusivo.

4.3 Redução Equacionada dos Momentos de Interposição

A estrutura do rito no processo de conhecimento, em especial do ordinário, via de trâmite da maioria das lides, permite cogitar sobre a racionalização dos momentos de interposição do agravo de instrumento. E o mais importante, sem tolher de qualquer forma sua utilização pela parte.

O raciocínio parte da constatação de que as decisões que, em tese, não poderiam aguardar reapreciação somente quando da apelação (forma retida), podem ser revisadas em três momentos específicos do rito ordinário.

Em primeiro lugar, as decisões dadas no limiar do procedimento, que analisam pedidos de tutelas de urgência ou determinam emenda à inicial sob pena de indeferimento, devem estar submetidas ao agravo instrumental imediato, inclusive com efeito suspensivo.

Prosseguindo, sabe-se que apenas após a réplica é que poderá haver pronunciamento substancial do juiz. Nesta esteira, análise de tempestividade da contestação, resolução sobre intervenção de terceiros, exceções rituais, incidentes processuais e, notadamente, saneamento do processo (em audiência ou não, cf. art. 331, *caput* e § 3º, CPC).

Por fim, não se acomodando a lide com o julgamento antecipado e aberta a dilação probatória, a conclusão da colheita de provas se verifica com o encerramento da instrução e oportunização a memoriais.

Alterando-se a estrutura de prazos para agravo, sem prejuízo da sistemática preclusiva, poder-se-ia equacionar nestes três mo-

mentos a possibilidade de interposição do recurso.¹⁶ Desta forma, o estabelecimento de prazo após as decisões iniciais, depois do saneamento do feito e, enfim, tão logo encerrada a instrução.

É certo que o julgamento antecipado da lide deveria ser precedido de comunicação às partes sobre este entendimento do juiz; a partir daí seria estabelecido o prazo para agravo de instrumento, inclusive possibilitando eventual alegação de cerceamento de provas. Assim, todas as decisões proferidas após a apresentação da réplica, inclusive resolução de incidentes e exceções, seriam desafiadas em um só recurso, que possibilitaria ao órgão *ad quem*, prevento para o julgamento final, uma reflexão própria saneadora do processo.

Outrossim, deferida ou não a produção de determinadas provas protestadas no decorrer da instrução, só após seu encerramento é que haveria possibilidade de agravo, discutindo todas as decisões proferidas sobre o tema em uma única oportunidade.

5. ASPECTOS CONCLUSIVOS

Como salientado, o recurso de agravo tem acarretado lentidão ao trâmite procedimental em razão de sua utilização indiscriminada, assoberbando a segunda instância, com prejuízo aos julgamentos das apelações. Exsurge daí um dos fatores de morosidade na prestação jurisdicional.

Atualmente, em um único processo é corriqueiro se agravar contra decisões onde se aprecia tutela de urgência, eventual intervenção de terceiros, exceção de incompetência, impugnação à gratuidade e ao valor da causa, colhendo-se vários recursos antes mesmo da ocasião saneadora. Ainda seguem-se outros, combatendo deferimento de perícia, honorários periciais e pertinência de prova testemunhal, por exemplo.

Destarte, o equacionamento dos momentos de interposição do agravo na legislação processual redundaria significativa aceleração procedimental, combinada com diminuição sensível no nú-

¹⁶ A idéia não é nova. O direito germânico medieval contemplava a possibilidade de recursos no curso do procedimento, malgrado o encerramento das fases se desse por 'sentença', passível de 'apelação'.

mero de agravos de instrumento para apreciação em grau recursal. A mesma premissa serviria para racionalizar o recurso nos ritos especiais do processo de conhecimento, bem assim nos processos de execução e cautelar.

Em verdade, tornaria até mesmo desnecessária a modalidade retida, salvo quando houvesse conversão determinada pelo relator sorteado.

Também esta decisão do órgão *ad quem*, juntamente com aquela de rejeição liminar do agravo e, notadamente, julgamento do mérito recursal exclusivamente pelo relator (alargando-se possibilidade já ventilada pela legislação processual em casos específicos: art. 557, § 1-A, CPC), haveria de estar blindada contra novas provocações. Aqui, singela vedação ao agravo 'regimental', franqueando-se apenas reiteração da matéria em apelação a critério da parte.

Imposição de penalidades pecuniárias numa realidade jurídica onde a 'benesse da gratuidade' é regra, por óbvio, não resolve a problemática criada pelo agravo de instrumento; muito menos, to-lher seu uso. A resposta, como sempre, está no aprimoramento da legislação com minoração dos aspectos negativos de cada instituto processual, preservando-se sua essência. ☐

RESPONSABILIDADE CIVIL NA GESTÃO DA QUALIDADE. UMA ESTRATÉGIA MULTIDISCIPLINAR DE PREVENÇÃO DO DANO

Luizella Giardino Barbosa Branco

Mestra em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC/Rio e Pós-Graduada em Direito Comunitário pelo Centro de Estudos Europeus da Universidade de Coimbra. Vice-presidente da Comissão de Comércio Internacional da OAB/RJ.

Carlos Afonso Leite Leocádio

Advogado militante nas áreas de Responsabilidade Civil, Direito do Consumidor, Direito Ambiental. Professor dos cursos de Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes.

Edgard Pedreira de Cerqueira Neto

Especialista em Gestão da Qualidade e Normas ISO 9000, com estudos, estágios e trabalhos na União Soviética, Japão, Inglaterra e, nos EEUU, no Massachusetts Institute of Technology (MIT).

O mundo empresarial contemporâneo apresenta uma preocupação constante com a criação e o aperfeiçoamento de técnicas de trabalho voltadas para a qualidade no âmbito de suas atividades. Entre as grandes corporações, essa preocupação está presente na imensa maioria das empresas. Como resposta a esse fenômeno,

que se dá em nível mundial, diversos organismos internacionais dedicaram-se a desenvolver padrões de gestão da qualidade nas mais diversas áreas.

Desse esforço internacional pela padronização dos modelos de gestão surgiram as normas ISO (*International Organization for Standardization*), juntamente com numerosas regulamentações setoriais desenvolvidas em todo o mundo. Mas embora guardem uma estreita preocupação com o direito, essas normas caracterizam-se por serem essencialmente técnicas, concebidas apenas como modelo de gestão, seja no campo industrial, comercial ou de serviços. Algumas versões chegam a tratar da responsabilidade civil pelo fato do produto, mas de maneira muito mais sugestiva do que normativa.

Os modelos de gestão da qualidade existentes preocupam-se tão-somente em demonstrar esforços no sentido de prevenir danos e não em efetivamente preveni-los. Assim, o foco principal dos atuais modelos de gestão da qualidade não é a prevenção do dano em si, mas, como se disse, a prevenção da responsabilização civil em caso de dano. Pelo atual modelo, as normas de conduta oferecem às empresas o argumento do caso fortuito ou da força maior, sob o fundamento de que adotam modelos consagrados de gestão da qualidade, envidando todos os esforços no sentido de prevenir o dano. Mas observe-se que o que se pretende evitar não é o dano, é a responsabilidade civil decorrente de um eventual dano causado.

Embora esses modelos internacionais de conduta possam atingir seu objetivo em muitos países do mundo, livrando as empresas da responsabilidade por danos causados a terceiros, no Brasil não é tão simples conseguir esse intento.

Como se sabe, em muitos tipos de relação jurídica a responsabilidade civil no Brasil é objetiva, isto é, independe de culpa. O direito brasileiro, nessas relações, adota as diversas teorias do risco, como o risco proveito, o risco administrativo etc. E o novo Código Civil, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003, no parágrafo único do artigo 927, adotou a responsabilidade objetiva para todas as pessoas que desenvolvem atividades de risco, ainda que a relação jurídica entre a pessoa que explora a atividade de risco e a que sofreu o dano seja puramente civil ou comercial. Em todos esses casos, a

ausência de culpa não exime a empresa da responsabilidade civil, posto que esta independe do fator culpa.

Portanto, no Brasil, o fato de a empresa obedecer rigorosamente às mais exigentes normas internacionais de gestão da qualidade, com a certificação de instituições de auditoria independentes e idôneas, não a exime da responsabilidade civil por danos causados a terceiros. Em especial, verifica-se nos casos de dano decorrente de fato do produto ou do serviço, no direito do consumidor, dano ambiental, dano decorrente de risco e dano causado por inadimplemento ou mora contratual, no direito civil e comercial, que a empresa será onerada com a reparação do dano, embora tenha adotado as normas internacionais consagradas no âmbito da gestão da qualidade e se empenhado em esforços para evitar danos a terceiros.

Assim, foi com o intuito de buscar prevenir os riscos iminentes a que as empresas sujeitam-se com o simples exercício de sua atividade, e desta forma evitar, ou ao menos minimizar, os prejuízos e indenizações que às vezes chegam a quantias bastante elevadas, que surgiu a tecnologia da *Qualidade com Responsabilidade*®.

A inovação deste conceito reside em integrar as normas de gestão da qualidade e as normas de responsabilidade civil, com vistas a criar metodologias de trabalho que contemplem os aspectos técnicos e jurídicos da qualidade, orientando as empresas no sentido de adotarem um modelo que efetivamente assegure a qualidade de produtos e serviços, evitando assim o dano.

Com vistas a operacionalizar esse procedimento em setores ou na cadeia produtiva de uma empresa, a tecnologia da *Qualidade com Responsabilidade*® trabalha também com a análise de risco.

Assim, a partir de um diagnóstico preciso e individualizado do risco, é possível direcionar os investimentos em qualidade e prevenção de danos, com vistas aos riscos mais relevantes. Dessa forma, proporciona-se à empresa o máximo aproveitamento de seus recursos, minimizando os riscos inerentes à sua atividade, considerando-se cada uma de suas particularidades internas e cada uma das normas de responsabilidade civil aplicáveis ao seu negócio.

Cabe ressaltar, porém, que a gestão da qualidade e a análise de risco, embora sejam bases de apoio e equilíbrio da tecnologia da

Qualidade com Responsabilidade®, não são seu pilar central. É o direito, no seguimento da responsabilidade civil, que se apresenta como o sustentáculo dessa nova tecnologia, agindo como propulsor e motivador da integração das três áreas envolvidas.

As disciplinas da qualidade, análise de risco e responsabilidade civil sempre foram estudadas isoladamente. Essas competências nunca haviam sido tratadas antes sob uma perspectiva conjunta. Percebendo essa lacuna, desenvolvemos conjuntamente esta nova concepção de direito preventivo, que realiza a integração criativa dessas disciplinas. Observamos que as três ciências, apesar de não se relacionarem diretamente entre si, são conexas e complementares, estando todas comprometidas com o mesmo objetivo central, qual seja, o de conceber uma estratégia de proteção contra danos a terceiros, através de uma postura pró-ativa e preventiva.

Enfim, é esta a tecnologia da *Qualidade com Responsabilidade*®: um novo modelo de gestão, que contempla a análise de risco e a implementação de um sistema de gestão da qualidade personalizado, com vistas à efetiva prevenção de danos a terceiros, sob o ponto de vista específico das normas de responsabilidade civil do direito brasileiro aplicáveis especificamente ao negócio da empresa.

A articulação de idéias proposta, que conjuga informações, modelos e técnicas da tríade qualidade, análise de risco e responsabilidade civil, pretende capacitar o empresário a refletir de forma mais completa e criativa sobre a implementação de normas de gestão da qualidade, a partir de estudos e pesquisas no âmbito da probabilidade e da sua repercussão no mundo do direito, mais especificamente da responsabilidade civil.

Assim, propondo a conjugação de competências profissionais diversificadas, especializadas em normas de gestão da qualidade, em análise de risco e em normas de responsabilidade civil, que objetivam a criar metodologias de trabalho e de gestão que contemplem os aspectos técnicos e jurídicos da qualidade, objetiva-se apresentar um novo caminho, que orienta as empresas para a adoção de modelos de gestão que efetivamente assegurem a qualidade de seus produtos e serviços, sem descurarem-se da possibilidade do dano, presente em todas as formas de atividade existentes.

CONCLUSÃO

A "Qualidade e sua Gestão" há muito vem ocupando a atenção dos administradores, homens de negócios e profissionais de diversas áreas que, conscientes do relevante papel que essa ciência desempenha no mundo contemporâneo, vêm aplicando sistematicamente suas normas e convenções como forma de garantir sua eficiência e permanência em um mercado cada vez mais exigente e competitivo.

A inovação aqui abordada, contudo, passa pela meritória percepção destes autores em associar esse tema, já amplamente conhecido, à Responsabilidade Civil, disciplina inafastável de todas as formas de atividade econômica existentes.

Essa idéia precursora traz uma importante contribuição para o cotidiano de todos aqueles que perseguem a qualidade como meta e precisam estar legalmente amparados pelos riscos inerentes à natureza de sua atividade.

A possibilidade de se calcular o risco de cada etapa em uma cadeia produtiva, antecipando as conseqüências legais de cada passo, traz uma maior segurança e economia aos agentes.

Esta nova tecnologia, que nós autores chamamos de "Qualidade com Responsabilidade - QcR", faz renascer o conceito de qualidade sob um prisma nunca antes experimentado, através de uma perspectiva conjunta que oferece soluções únicas, adequadas a cada tipo de situação e demanda.

Em obra singular, com o mesmo título deste artigo, dedicamos um capítulo inteiro aos contratos internacionais de comércio, oferecendo, assim, importantes informações aos operadores da área comercial internacional, alertando para a importância da elaboração de cláusulas específicas que resguardem os contratantes de possíveis danos. □

O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Lísia Carla Vieira Rodrigues

Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível Regional de Jacarepaguá. Professora da EMERJ e dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Estácio de Sá.

I - INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916, obra idealizada por Clóvis Bevilácqua, refletia os ideais do século XIX, em que os princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar e do "pacta sunt servanda" estavam no seu apogeu, possuindo tal diploma caráter extremamente individualista e conservador, além de privilegiar o sujeito de direito como titular de um patrimônio imobiliário.

Deixou, pois, a anciã codificação civil de ressaltar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais ao abordar a questão patrimonial, mostrando-se compatível com as legislações erigidas no século XIX, tais como os códigos Napoleônico e o Alemão, os quais vivenciavam o Estado Liberal de Direito, ao defender os interesses da burguesia, que passava a ter força econômica.

Cite-se, na oportunidade, a lição do Prof. Luis Edson Fachin:

O Código Civil Brasileiro, a par de ser patrimonial-imobiliário, portanto um sistema nucleado em torno de uma noção patrimonial fundamental, de patrimônio imobiliário como prevalente, é coerente com a feição dos códigos do século XIX e foi fundamentalmente feito no século passado. Outro é o horizonte contemporâneo. Aquele projeto está assentado num

*contexto que não o atual, mas sim nos valores imanentes do passado e alguns do começo desse século; é, pois, um Código coerente com o sentido do individualismo jurídico, ou seja, um tipo cuja preocupação é a de dar conta do indivíduo, ou ainda, do sujeito de direito em relação a cada um desses três pilares; isto é, do sujeito que contrata, que se obriga, que vai adimplir com as obrigações assumidas, que pode estar em mora, que vai responder pela mora na **perpetuatio obligationis**, enfim, vai responder com todas as consequências das obrigações, o sujeito que contrata e se obriga, é senhor de titularidades que pode realizar um projeto parental e, ao cabo de sua vida, tem a possibilidade também de transmitir, mediante o legado ou a deixa testamentária, o patrimônio, no todo ou em parte, como prevê o artigo 1626 do Código Civil Brasileiro.¹*

Saliente-se que o antigo código esperava ser a verdadeira "constituição" do direito privado, disciplinando as relações jurídicas civis de forma casuística, com a pretensão de solucionar as diversas situações que poderiam envolver os sujeitos de direito.

A evolução por que passou o mundo, no entanto, exigiu profundas modificações no ancião diploma civil e na legislação privada extravagante.

Operou-se a revolução industrial, que acarretou o desenvolvimento dos meios de produção, das instituições financeiras e do mundo dos negócios. A indústria, de artesanal que era, passou a lançar em massa produtos no mercado, cuja distribuição coube a empresas diversas do fabricante, que igualmente trabalhavam em massa, visando atender às necessidades de milhões de habitantes.

Desta forma, as relações contratuais tiveram que se adequar à velocidade da vida moderna, mostrando-se raras as avenças cujas cláusulas eram amplamente discutidas entre as partes. Em consequência, surgiram os chamados contratos de adesão, elaborados pelos fornecedores de produtos e serviços e simplesmente "firmados" pelo consumidor, que muitas vezes sequer os lia ou compreendia o seu significado.

¹FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

A velha fórmula adotada pelo Código Civil de 1916 não mais atendia aos reclamos da sociedade, já que se tornara obsoleta para disciplinar a relação consumerista, face à notória fragilidade do consumidor frente aos grandes grupos econômicos que com ele negociavam.

Tal constatação levou o constituinte de 1988 a determinar no art. 5º, inciso XXXII, que *o Estado promovesse, na forma da lei, a defesa do consumidor*, estabelecendo, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prazo para que fosse promulgado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor inegavelmente aumentou a consciência dos destinatários finais da relação de consumo, ao cobrar dos responsáveis pela produção e serviços uma atuação eficiente, acarretando, ainda, maior procura pela manifestação do Poder Judiciário nas lides desta ordem, em especial pela mudança no enfoque da reparação civil.

Lembre-se que o supracitado codex alterou profundamente o sistema da reparação dos danos causados nas relações de consumo, já que, anteriormente à sua edição, deveria o lesado provar a culpa do fornecedor de produtos e serviços, o que, normalmente, deixava de gerar qualquer indenização, pela total impossibilidade de fazê-lo.

Há de ser feita honrosa menção, ainda, aos Juizados Especiais Cíveis que, como facilitadores do acesso à Justiça, contribuíram de forma decisiva no sentido do ressarcimento dos danos gerados aos consumidores por vício ou fato do produto ou do serviço.

Suprindo as lacunas e deficiências do antigo regime civil, surgiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Ocorre que o Código Civil de 1916 mostrava-se insuficiente para disciplinar as demais relações jurídicas de natureza privada, já que fulcrado em princípios e valores dominantes no século XIX, totalmente diversos daqueles adotados pela atual sociedade brasileira.

De uma concepção individualista das relações contratuais e de propriedade, necessitava-se da finalidade social e ética na administração do patrimônio e na celebração do contrato; exigia-se, pois, uma lei civil que atentasse mais para a realidade do que para categorias ideais e abstratas, que tudo abarcavam.

Ainda aqui, há de ser mencionada a lição do Prof. Luiz Edson Fachin:

À época da elaboração do Código Civil (1916) estava em conflito um conjunto de idéias que permite afirmar-se que ele não foi, em sua derradeira formulação, obra e graça da palavra intelectual de um homem insular, mas um produto de valores dominantes. O Código deveria servir a um determinado modelo de relações jurídicas que envolviam o chamado "homem privado". Poder-se-ia ter elaborado um Código que pretendesse ser instrumento da solidariedade social. Tal concepção, caso houvesse sido adotada em sua elaboração, seria algo completamente diverso da chamada "Constituição do homem privado." Dizendo-se "homem privado", coloca-se em primeiro plano o indivíduo, isoladamente considerado, estatuidando-se um sistema centrado em categorias e abstrações, terreno fértil para o debate estéril.²

Numa tentativa de modernizar a legislação civil, entrou em vigor em janeiro de 2003 a Lei 10.406/2002, que instituiu o novo Código Civil Brasileiro, como resultado do Anteprojeto elaborado por uma Comissão de Juristas presidida por Miguel Reale.

Apresenta o novo diploma civil cinco livros, quais sejam: parte geral; obrigações e contratos; coisas; família e sucessões. Não é demais destacar que o Anteprojeto de Lei foi elaborado em 1975, abrangendo matérias hoje disciplinadas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor no que se refere às relações de consumo.

Os elementos de convergência e divergência dos diplomas legais supracitados é matéria que vem merecendo destaque na doutrina brasileira, em especial pela chance de se apresentarem soluções contraditórias para problemas aparentemente abraçados pelas duas legislações.

O presente artigo pretende analisar os aspectos gerais norteadores das duas leis e, a seguir, a relação que entende deva ser estabelecida entre elas.

² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

1 - Aspectos Gerais da Proteção ao Consumidor

A proteção ao consumidor atende ao mandamento constitucional insculpido no art. 5º, inciso XXXII da Carta Magna:

*Art. 5º
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.*

E por que defesa?

Porque, inegavelmente, o consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo.

É o consumidor que irá firmar contratos de adesão, muitas vezes em seu prejuízo. É o consumidor que sofrerá os aborrecimentos causados pela aquisição de um eletrodoméstico defeituoso ou por uma viagem mal sucedida, temperada de situações constrangedoras e frustrações.

Frise-se a redação do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a qual determinou que o Congresso Nacional, em cento e vinte dias da promulgação da Lei Maior, elaborasse tal codex, apresentando-se o art. 5º, XXXII, como norma de eficácia limitada.³

Mas não é só.

No capítulo destinado à ordem econômica e financeira, estabeleceu a Magna Carta, no art. 170, inciso V, que a defesa do consumidor fosse incluída entre os princípios gerais da atividade econômica, ao lado da soberania nacional, da função social da propriedade e da livre concorrência.

Merece destaque o art. 24, inciso VIII da Constituição, que determinou que a União, o Estado, e o Distrito Federal legislassem concorrentemente quanto à responsabilidade por dano ao consumidor.

³Segundo José Afonso da Silva as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte. O art. 5º, inciso XXXII da Constituição é considerado norma constitucional de princípio e eficácia limitada, por deixar a defesa do consumidor ser regulamentada pela lei ordinária.

Citem-se, na oportunidade, o art. 150, parágrafo 5º, da Magna Carta, determinando à lei medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos incidentes sobre mercadorias e serviços, além do art. 175, parágrafo único, inciso II da Lei Maior, que deixa para a lei a regulamentação do direito dos usuários dos serviços públicos, em última análise, do direito dos destinatários finais dos serviços públicos.

Não é demais ressaltar que a Constituição Brasileira visa a concretização dos direitos fundamentais individuais e sociais, haja vista a redação dos arts. 3º, 5ª, 7º, os quais asseguram ao cidadão meios de fazê-los valer no caso de descumprimento, inclusive pelo próprio Estado. Possui, desta forma, perspectiva dirigente-compromissária, no dizer do Prof. Lênio Luiz Streck:

*Non podemos esquecer, destarte, que a tradição (...) nos lega a noção de Estado Democrático de Direito, representada pela idéia de que este se assenta em dois pilares: direitos fundamentais-sociais e democracia. Dito de outro modo, a Constituição dirigente-programática-compromissória é condição da possibilidade para a garantia do cumprimento dos direitos sociais-fundamentais previstos no texto constitucional. Sem a garantia da possibilidade do resgate desses direitos, através de mecanismos de justiça constitucional, como proteger o cidadão, o grupo, a sociedade das maiorias eventuais que teimam em descumprir o texto constitucional?*⁴

Tais dispositivos seriam impensáveis, por exemplo, à época do Estado liberal, em que a Constituição apenas limitava a ação estatal, sendo as codificações, em especial o Código Civil, o centro de todo o sistema jurídico. Neste passo, cumpre mencionar a lição da Prof. Cláudia Lima Marques:

O intervencionismo estatal, a publicização do Direito privado no século XX e a idéia de Estado Social resultaram no reco-

⁴ Streck, Lênio Luiz. "Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil", In: STRECK, Lênio Luiz e outros, **A Constitucionalização do Direito**, 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

*nhecimento de uma função positiva da Constituição, a determinar não só a abstenção do Estado, mas sua ação, a transfigurar e impregnar como medida normativa todo o sistema do Direito. Atualmente, não há mais dúvidas de que a Constituição representa a norma máxima, o centro do próprio sistema do direito brasileiro. Sendo assim, é lógico que a Constituição, norma hierarquicamente superior, sirva de guardiã e de centro do próprio sistema do direito brasileiro. Estas linhas mestras constituem a ordem pública de um país, a influenciar todas as leis daquele sistema de direito.*⁵

Logo, apresenta a Carta Magna caráter programático, ao determinar ações governamentais no sentido da efetivação dos direitos individuais e sociais nela previstos.

Deve ser citado, neste passo, o princípio da dignidade da pessoa humana, base de toda a ordem jurídica nacional, insculpido no art. 1º, inciso III da Magna Carta.

Tal princípio inibe a ação do Estado atentatória ao indivíduo, a qual se manifesta não apenas por atos de violência, tortura e desrespeito aos direitos humanos, mas também pela falta da promoção dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, como, por exemplo, o direito à saúde, à educação e à proteção ao consumidor.

A proteção e defesa do consumidor surge, pois, como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, que fundamentará os direitos e garantias individuais, os direitos sociais, econômicos e culturais, figurando como o centro de toda a ordem constitucional. Trata-se de expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que pretende satisfazer uma necessidade humana básica - a necessidade de consumo em uma sociedade de consumo.⁶

É o direito do consumidor tido como direito humano fundamental e, segundo a classificação de Robert Alexy, figura-se como

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁶ COSTA, Judith Martins, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

direito de proteção, pelo qual o titular do direito vai exercitá-lo perante o Estado para ser protegido da intervenção de terceiros, ou seja, dos entes privados e, excepcionalmente, do próprio Estado.⁷

O caráter constitucional do direito do consumidor é nítido, já que a proteção à parte mais fraca da relação consumerista foi erigida à categoria de direito fundamental, consoante o já mencionado inciso XXXII do art. 5º da Lei Maior.

Há de ser lembrado, nessa oportunidade, o ensinamento do Prof. Sergio Cavalieri Filho:

O que fez a Constituição para possibilitar a criação desse novo direito? Está lá no seu art. 5º, XXXII. A Constituição - e este é um ponto fundamental - separou as relações de consumo do universo das relações jurídicas e as destinou ao Código do Consumidor. Esse, destarte, é o campo de incidência do Código do Consumidor - as relações de consumo qualquer que seja o ramo do direito onde elas venham a ocorrer - público ou privado, contratual ou extracontratual, material ou processual. E hoje, sabemos todos, tudo ou quase tudo tem a ver com consumo: saúde, habitação, vestuário, alimentação, transporte, educação, segurança, tudo. Somos hoje cento e sessenta milhões de consumidores gerando diariamente outros tantos milhões de relações de consumo.⁸

Pode-se dizer que a proteção ao consumidor tem por objetivo igualar uma relação jurídica que já nasce com altas doses de desigualdade, visto que uma das partes, em geral pessoa física, passa a negociar com grandes empresas, por óbvio dotadas de elevada suficiência de capital. Em consequência desta posição de vulnerabilidade, a lei consumerista fixa parâmetros para restabelecer o equilíbrio entre os participantes do negócio jurídico, como, por exemplo, os direitos estabelecidos no art. 6º e as disposições do art. 51, os quais alteraram profundamente a disciplina dos contratos.

⁷ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. "O Direito do Consumidor como Direito Fundamental - Consequências Jurídicas de um conceito". *Revista de Direito do Consumidor*, jul./set. 2002.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. "O direito do consumidor no limiar do século XXI". *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, abr./jun. 2000.

Salientem-se as observações dos Profs. Ada P. Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

Por ter a vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas das facetas do mercado. Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica. E tal requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o marketing. É com os olhos postos nesta vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica. Que enorme tarefa, quando se sabe que esta fragilidade é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preço, crédito e outras características dos produtos e serviços. Não bastasse tal, o consumidor ainda é cercado por uma publicidade crescente, não estando, ademais, tão organizado quanto os fornecedores.⁹

Os direitos do consumidor tiveram por base a Resolução nº 39/248, de 09 de abril de 1985, da Assembléia-geral da Organização das Nações Unidas, possuindo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor influência francesa, através do *Projet de Code de la Consommation*; espanhola (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei nº 26/1984); portuguesa (Lei nº 29/81, de 22 de agosto); mexicana (Lei Federal de Protección al Consumidor, de 5 de fevereiro de 1976) e canadense (*Loi sur la Protection du Consommateur - Quebec*, promulgada em 1979).¹⁰

No que se refere aos aspectos da publicidade e da responsabilidade civil pelos acidentes do consumo, foi marcante o direito co-

⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

munitário europeu (Diretivas 84/450 e 85/374) e, quanto às cláusulas gerais de contratação, louvaram-se os autores do anteprojeto na lei consumerista portuguesa (Decreto-lei 446/85, de 25 de outubro) e alemã (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGB Gesetz, de 09 de dezembro de 1976). A legislação norte-americana foi, outrossim, utilizada, através dos Federal Trade Commission Act, Consumer Product Safety Act, Truth in Lending Act, Fair Credit Reporting Act, fair Debt Collection Practices Act.¹¹

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor possui normas de ordem pública e interesse social, como consta do seu art. 1º, insuscetíveis de serem modificadas por convenção entre as partes. Admite, no art. 107, que entidades civis de consumidores, de associações de fornecedores e sindicatos de categoria econômica regulem, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo, tornando-se a convenção obrigatória aos signatários a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos. Frise-se que o acordo terá por objeto apenas as matérias elencadas no art. 107, obedecidas as disposições da legislação consumerista.

Havia no passado grande discordância entre os doutrinadores quanto à aplicabilidade da Lei 8078/90 aos contratos celebrados antes da sua entrada em vigor. No início da vigência do citado diploma legal, o predominante entendimento do Superior Tribunal de Justiça era no sentido da sua incidência imediata às avenças de execução continuada ou de trato sucessivo, face ao caráter cogente das suas normas, consideradas de direito econômico (Recurso Especial 2595-SP).¹²

Ocorre que tal posicionamento modificou-se com o decorrer do tempo, encontrando-se em sentido oposto à hodierna orientação desta Egrégia Corte de Justiça, como se constata dos acórdãos abaixo citados:

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IRRETROATIVIDADE - PRECEDENTES.

I - O Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência. Segundo os precedentes desta Corte, o só fato de se constituir lei de ordem pública é insuficiente para se admitir a retroatividade, em razão da própria suspensividade contida na legislação consumerista, que determinou sua entrada em vigor para cento e oitenta dias após a sua edição.

II - A Lei nº 9.298, de 01/08/96, que alterou o artigo 52, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor, não se aplica aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência, devendo prevalecer a multa contratada de 10% (dez por cento), nos limites constantes do próprio Código de Defesa do Consumidor, em sua redação original (STJ - 3ª Turma - AGRESP 489858/SC - Rel. Min. Castro Filho).¹³

CIVIL E PROCESSUAL. RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL. PERDA DAS PRESTAÇÕES PAGAS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DA CLÁUSULA PENAL. PACTO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE DA LEI 8.078/90. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO SOBRE A INCIDÊNCIA DO ART. 924 DO CÓDIGO CIVIL. AÇÃO IMPROCEDENTE.

I - Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor a contrato celebrado antes da sua vigência, pelo que a cláusula penal que prevê a perda da totalidade das parcelas pagas contratada antes da entrada em vigor da Lei 8.078/80 não pode ser afastada com base em tal diploma, anotado que não constituiu objeto da controvérsia a incidência do art. 924 da lei substantiva pretérita ao caso.

¹³ Revista Eletrônica de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 29 de outubro de 2003. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 12 de março de 2004.

*II - Recurso especial conhecido e provido (STJ - 4ª Turma - RESP 62668/MG - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).*¹⁴

Ao estabelecer normas incidentes sobre a política nacional de consumo protetivas da parte mais fraca da relação jurídica consumerista, não pretendeu a Lei 8.078/90 valer-se da perfeita e absoluta adequação do fato à norma, utilizada pela anciã legislação civil, que tinha como ideal a regulamentação de todas as relações jurídicas que pudessem ser praticadas pelos atores da vida em sociedade, erigidos à condição de sujeito de direito.

Valeu-se o código consumerista, ao revés, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, preferindo deixar ao magistrado um juízo de valor quando da aplicação da lei. Exige, pois, a Lei 8.078/90 que o julgador complete a norma, num sistema de permanente construção, a partir dos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

A norma autoriza o magistrado a se reportar a outras do próprio sistema ou a conceitos ou valores sociais, usos e costumes aceitos numa determinada época, para realimentá-la. Por óbvio, à medida em que os valores sociais mudam, a interpretação da regra igualmente se modifica.

Como exemplo de cláusula geral, cite-se o art. 7º da legislação consumerista, determinando que os direitos previstos no código não excluirão aqueles decorrentes dos princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade - mutáveis de acordo com o momento em que serão utilizados.

O art. 8º do mesmo codex também é considerado cláusula geral, já que os riscos normais e previsíveis e as informações necessárias e adequadas aos produtos e serviços serão delimitados pelo magistrado de acordo com a hipótese concreta que lhe foi submetida e na forma das condições de tempo e lugar de onde se passaram os fatos.

De forma semelhante atuam os conceitos jurídicos indeterminados no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, citando-se, como exemplo, o 51, inciso IV:

¹⁴ **Revista Eletrônica de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 02 de dezembro de 2003. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 12 de março de 2004.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

.....
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
(...)

Trata-se, na verdade, de conceito jurídico indeterminado, eis que a nulidade da avença foi pré-estabelecida pelo legislador, restando ao magistrado apenas uma atividade interpretativa, no sentido de verificar se ocorreu a violação à boa-fé ou à equidade; diversamente dos exemplos anteriores, cláusulas gerais, onde há grande margem à ação do juiz, que deverá pesquisar a jurisprudência e a doutrina para criar o regramento aplicável ao caso concreto, já que a lei deixou de estabelecer as consequências para a sua violação.¹⁵

As obrigações consideradas incompatíveis com a boa-fé ou a equidade serão estabelecidas pelo julgador de acordo com as circunstâncias do caso concreto e com as noções de boa-fé e equidade vigentes ao tempo da aplicação.

A respeito do tema, é esclarecedora a lição do Prof. Sergio Cavalieri Filho:

O uso da cláusula geral foge aos parâmetros das normas tipificadoras de condutas, transferindo para o juiz a tarefa de elaborar a norma de comportamento adequada para o caso. Na ótica do eminente Ministro Ruy Rosado, externada em brilhante palestra proferida para os magistrados fluminenses, "a cláusula geral contém implícita uma regra de direito judicial, dirigida à atuação do juiz, que lhe impõe, ao examinar o caso, primeiramente fixar a norma de dever de acordo com a realidade do fato e o princípio a que a cláusula geral adere, para somente num segundo momento confrontar a conduta efetivamente realizada com aquela que as circunstâncias recomen-

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

dem. Em síntese, na cláusula geral há uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo. Ela é uma realidade jurídica diversa das demais normas (princípios e regras) e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretude do caso."

Os conceitos abertos também transferem para o juiz a tarefa de valorar a norma que deverá ser aplicada de acordo com padrões éticos dominantes. É o que ocorre, por exemplo, com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verdadeiras vedetes do direito constitucional moderno. O que é razoável? O que é proporcional? O que é abusividade e vulnerabilidade? São conceitos que exigem um juízo de valor em face da situação concreta, em busca da melhor e mais justa solução para o conflito em julgamento.¹⁶

2 - Aspectos Gerais do Novo Código Civil

Em janeiro de 2003 passou a vigorar a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil Brasileiro, cujo anteprojeto de lei foi encaminhado pelo Ministro da Justiça Armando Falcão, à época, ao Presidente da República, através da mensagem número 160, de junho de 1975, sendo remetido ao Congresso Nacional no mesmo ano. Na Câmara dos Deputados recebeu 1.063 emendas, logrando aprovação em 1984; e, no Senado Federal outras 332 lhe foram feitas, figurando como Relator Geral o Senador Josaphat Marinho.

O anteprojeto de lei resultou do trabalho de comissão nomeada pelo Governo em 1969, da qual faziam parte juristas de escol: foi presidida por Miguel Reale e composta por José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro.

Na verdade, formou-se a comissão supra no sentido de serem revistos anteprojetos anteriores de mudança do Código Civil de 1916, elaborados por Orlando Gomes, que regularia as relações de famí-

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. "O direito do consumidor no liminar do século XXI". *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, abr./jun. 2000.

lia, direitos reais e sucessões, e Caio Mário da Silva Pereira que, juntamente com Sylvio Marcondes e Theóphilo de Azeredo Santos, redigiu o Anteprojeto do Código das Obrigações.

Note-se que desde 1969 já era patente a necessidade de reforma do diploma civil, o qual, promulgado no início do século XX, não mais traduzia a vontade social brasileira, passando por sensíveis mudanças ao longo dos anos.

Deve ser destacado que o Código Civil de 1916 espelhava os valores do século XIX, e funcionava como um sistema fechado, totalmente avesso às intervenções da jurisprudência, da doutrina e da realidade da população para o qual era destinado.

Com efeito, no século XIX ferviam os ideais da burguesia ascendente, vitoriosa sobre o sistema medieval de exagerada estratificação social, mostrando-se as codificações como reflexos desta era, tais como: a concepção individualista da vida em sociedade, a consagração dos princípios da igualdade e da liberdade e, ainda, como natural consequência dos dois primeiros, a noção individualista do contrato, máxima expressão da vontade dos participantes do negócio.

Cite-se, na oportunidade, a lição da Prof. Judith Martins Costa:

O Código afinal vigente em 1916 aliou a tradição sistemática moderna recebida intelectualmente pelos seus autores ao espírito centralizador de centenária tradição lusitana. Traduz, no seu conteúdo - liberal no que diz respeito às manifestações de autonomia individuais, conservador no que concerne à questão social e às relações de família - , a antinomia verificada no tecido social entre a burguesia mercantil em ascensão e o estamento burocrático urbano, de um lado, e, por outro, o atraso o mais absolutamente rudimentar no campo, onde as relações de produção beiravam o modelo feudal.¹⁷

Desta forma, era o Código Civil de 1916 fiel à diretriz oitocentista, na medida em que a autonomia da vontade apresentava-se como a principal orientação em sede contratual, privilegian-

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

do a lei a concepção de sujeito de direito enquanto titular de um patrimônio. Despia-se o código de qualquer intervenção em prol da sociedade, e em prejuízo do indivíduo; como hoje faz o novel regime, onde estão assentados os princípios da função social do contrato e da propriedade.

Digna de nota é a observação de que no vetusto regime civil inexistia qualquer referência aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana, hoje constitucionalmente consagrados.

Por certo, com o desenvolvimento da indústria e a produção em massa, o surgimento dos grandes grupos econômicos, a concentração de capital em mãos de poucos, o aumento e o empobrecimento da população, perceberam os operadores da lei que a concepção individualista causava, na verdade, um enorme desequilíbrio na prática dos negócios jurídicos.

Disciplinava a velha codificação civil as relações que julgava interessantes para o direito, via de regra as de natureza patrimonial, arvorando-se na pretensão de regulamentar minuciosamente todas, já que assegurava direitos ao nascituro e estabelecia disposições para depois da morte do sujeito, tais como o inventário e partilha de bens. Saliente-se que estas previsões legislativas eram absolutamente inflexíveis à ação dos operadores do direito, peculiaridade do sistema fechado abraçado pelo código. A rigidez deste sistema e a insuficiência do diploma civil para disciplinar as novas relações da vida em sociedade determinaram o aparecimento de diversas leis extravagantes, como por exemplo, a do divórcio e separação judicial, dos registros públicos, do loteamento e da locação de imóveis urbanos.

Presidida por Miguel Reale, que acabou por redigir integralmente a parte relativa ao Direito das Obrigações e Direito da Empresa em razão do falecimento de Agostinho Alvim e Sylvio Marcondes, a comissão elaboradora do anteprojeto do código percebeu que tal distância da realidade brasileira não mais poderia ser mantida.

O entendimento de que a legislação civil deveria estar em conformidade com a experiência social para, a partir dos fatos, agir sobre eles, demonstra, segundo a melhor doutrina, a concepção culturalista de Miguel Reale, que pretendeu elaborar um anteprojeto, para o futuro.

Na oportunidade, há de ser mencionado o entendimento do Prof. Gerson Luiz Carlos Branco:

O culturalismo enquanto corrente de pensamento que aponta a cultura como paradigma central das ciências e da filosofia possui diversas formas de expressão e conseqüências evidentes na construção do conteúdo das ciências.

A conseqüência do culturalismo de Reale sobre as ciências é uma visão integrante do conhecimento, uma busca constante da relação entre o que é a realidade e o pensamento a respeito da própria realidade. A realidade é reconhecida como o resultado da ação do sujeito sobre o mundo, que ao mesmo tempo é atributiva de significado e que é determinada pela natureza.

A concepção culturalista de Reale nega a possibilidade de secção absoluta do conhecimento e a construção de sistemas puramente lógicos, motivo pelo qual é extremamente importante o conceito de história e a compreensão do homem como um ser que interage com o mundo e que tem "a consciência da funcionalidade indissolúvel" da relação que estabelece no ato de conhecer a realidade.

Em resumo, há conseqüências evidentes na forma como se vê o mundo e como é feita a sua descrição.

Porém, para Miguel Reale, a ciência não é meramente descritiva, mas também conformadora da realidade, porque o homem que conhece deixa de ser o homem que não conhecia e seus atos serão praticados de outra forma.

Por isso a ação de um culturalista sobre a realidade tem conotação carregada de significado, pois quando ele tem a oportunidade de agir sobre os fatos, o faz tendo em vista a sua concepção de cultura. (...)

É dos problemas do homem comum que Reale parte, e por isso as dúvidas que são apresentadas surgem como crítica ao dado e não como suposição a respeito da existência do que é. (...)

Essa breve introdução ao capítulo é necessária porque Miguel Reale foi e ainda é um homem de grande lucidez, e cada um

*dos artigos do novo Código Civil que sofreu a sua intervenção possui a sua marca, uma marca que não é mero reflexo de uma concepção em relação ao passado, mas a marca que uma grande mente quer deixar para o futuro, para o futuro do homem comum, que é quem traça os rumos da história.*¹⁸

E é o próprio Prof. Miguel Reale que afirma:

*Concretitude, que é? É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta. Em mais de uma oportunidade ter-se-á ocasião de verificar que o Código preferiu, sempre, essa concreção para a disciplina da matéria.*¹⁹

Em que pese a perspectiva de mudança, foi a Lei 10.406/02 tímida ao positivar soluções já consagradas pela doutrina e jurisprudência, como, por exemplo, a resolução do contrato por onerosidade excessiva; insistindo em manter institutos como a anticrese e a retrovenda.

As observações supra são confirmadas pela redação da Mensagem 160, de 1975, da lavra do Ministro da Justiça Armando Falcão, que encaminhou o Projeto de Código Civil ao Presidente da República Ernesto Geisel, citada pelo Prof. Clayton Reis em sua obra **Inovações ao Novo Código Civil**:

Como resulta da minuciosa Exposição de Motivos, com a qual o Professor Miguel Reale fundamenta e justifica a obra reali-

¹⁸ COSTA, Judith Martins, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁹ REALE, Miguel et al. **O Novo Código Civil discutido por juristas brasileiros**. 1ª ed. Campinas: Bookseller Editora Ltda., 2003.

zada, obedeceu esta a plano previamente aprovado por este Ministério, de conformidade com as seguintes diretrizes:

.....
e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência.

.....
i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.

.....
m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.²⁰

Mais uma vez é pertinente assinalar o entendimento do presidente da Comissão elaboradora do Anteprojeto:

É a razão pela qual costume declarar que o Código Civil é "a constituição do homem comum", devendo cuidar de preferência das normas gerais consagradas ao longo do tempo, ou então, de regras novas dotadas de plausível certeza e segurança, não podendo dar guarida, incontinenti, a todas as inovações ocorrentes. Por tais motivos não há como conceber o Código Civil como se fosse a legislação toda de caráter priva-

²⁰ REIS, Clayton. **Inovações ao Novo Código Civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

*do, pondo-se ele antes como a "legislação matriz", a partir da qual se constituem "ordenamentos normativos especiais" de maior ou menor alcance, como, por exemplo, a lei das sociedades anônimas e as que regem as cooperativas, mesmo porque elas transcendem o campo estrito do Direito Civil, compreendendo objetivos e normas de natureza econômica ou técnica, quando não conhecimentos e exigências específicas.*²¹

Conservou o novo Código Civil a estrutura do ancião diploma ao dividir-se em parte geral e parte especial, com o fito de facilitar a comunicação entre as diversas partes da lei, permitindo que o intérprete aplicasse a solução de um setor para outro em que a mesma não houvesse sido originariamente pensada,²² contribuindo para a sua unidade.

Utilizou a legislação civil, como a consumerista, em diversos momentos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Rendeu-se aos argumentos de que o modelo casuístico, ou técnica da regulamentação por *fattispecie* anteriormente adotado, deixava de se apresentar eficiente para disciplinar a diversidade das relações jurídicas do século XX.

Há de ser mencionado o entendimento dos Profs. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery a respeito do conceito de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados:

17. Cláusulas gerais. Definição. Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (Generalklauseln) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir (Wieacker, Privatrechtsgeschichte, parágrafo 25, III, 3). As cláusulas gerais são formulações contidas em lei, de caráter significativamente genérico e abstrato (Engisch, Einführung, Cap. VI, p.

²¹ REALE, Miguel et al. **O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros**. 1ª ed. Campinas: Bookseller Editora Ltda., 2003.

²² COSTA, Judith Martins, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

120-121), cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (Larenz-Wolf, *Allg. Teil*, parágrafo 3º, IV, n. 94, p. 82-83). Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.²³

Muito em comum possuem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Em ambas as hipóteses estará o magistrado diante de normas vagas, ou seja, as constituídas por valores objetivamente assentados pela moral social, aos quais o juiz é reenviado.²⁴

Segundo a Prof. Judith Martins-Costa:

Não se trata, aqui, de utilizar as "regras comuns de experiência" (CPC, art. 335), mas de utilizar as valorações tipicizantes das regras sociais, porque o legislador renunciou a determinar diretamente os critérios (ainda que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e no espaço (regras morais, sociais e de costume).²⁵

Citem-se como exemplos os arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002:

²³ NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2002.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Percebe-se que a própria norma encaminha o juiz para a função social do contrato e os princípios da probidade e boa-fé que a integrarão, os quais possuirão diferentes significados, considerando-se a época, o local, os costumes e a moral social da sua incidência.

Está o intérprete, pois, diante de uma cláusula geral que será aplicada em variadas hipóteses e por longo período sem que se modifique a sua redação.

Com efeito, na medida em que mudam as noções de função social do contrato, probidade e boa-fé com o decurso do tempo, os costumes e a moral social, pode o magistrado se reportar a valores do próprio sistema jurídico, ou a outros que lhe são exteriores, para chegar ao real significado destes princípios.

Os conceitos jurídicos indeterminados, como já salientado no capítulo anterior, em muito se assemelham às cláusulas gerais, notadamente quanto às vantagens do seu emprego pelo legislador ao editar novas regras. Apresentam, no entanto diferenças, pois nestas a atividade criadora do juiz é muito maior, já que deverá analisar axiologicamente a norma, verificar a sua aplicação à espécie, imprimir efeitos ao ato praticado, ou, ainda, graduá-los, no caso de existir previsão legal.

Nos conceitos jurídicos indeterminados ocorre a subsunção do fato à hipótese normativa, ou seja, os conceitos formados por termos indeterminados integram sempre a descrição do fato em exame com vistas à aplicação do direito,²⁶ havendo, via de regra, expressa manifestação do legislador quanto às consequências do ato.

Um exemplo aclarará a hipótese.

O parágrafo único do art. 944 do Código Civil é redigido da seguinte forma:

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Art. 944. *A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.*

No caso, deverá o julgador avaliar se ocorreu a excessiva desproporção aludida no dispositivo; em havendo a tipificação, reduzirá a verba reparatória. Nesta oportunidade, o artigo remete a outro critério valorativo, qual seja, a diminuição será feita eqüitativamente, obedecida a proporção entre a gravidade da culpa e o dano.

O magistrado avaliará a desproporção entre a culpa e o prejuízo e atenderá ao comando normativo, reduzindo eqüitativamente a indenização.

Diversamente ocorre nos arts. 421 e 422, em que o julgador deverá, inclusive, atribuir efeitos aos atos praticados em discordância com a norma, não se tratando apenas de adequação da hipótese fática à hipótese normativa.

O Prof. Menezes Cordeiro, citado pela Prof. Judith Martins-Costa, identifica três tipos de cláusulas gerais:

(...) de tipo restritivo, aí operando contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, como nos casos da restrição à liberdade contratual, inclusive a liberdade de se retirar injustificadamente da fase das tratativas negociais; de tipo regulativo, regulando, através de um princípio, todo um vasto domínio de casos, como ocorre com a regulação da responsabilidade por culpa; e de tipo extensivo, por forma a ampliar uma determinada regulação através da possibilidade, expressa, de aí serem introduzidos princípios e regras dispersos em outros textos, como é o caso das disposições do Código do Consumidor e da Constituição Federal, que asseguram, aos seus destinatários, a tutela prevista em acordos e tratados internacionais e na legislação ordinária.²⁷

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Em que pese a grande vantagem da utilização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, não se poderia construir um corpo disciplinador das relações civis apenas com tal espécie de normas, face à insegurança jurídica que tal sistema causaria, razão pela qual valeu-se o anteprojeto também da casuística; na verdade, em muito maior proporção, fiel aos paradigmas que o nortearam e à tradição do nosso direito civil.

O presidente da comissão elaboradora do Anteprojeto, Prof. Miguel Reale, elucidou em palestra proferida na Academia Paulista de Letras os princípios incorporados no Código Civil de 2002:

(...) a eticidade, implicando a substituição do formalismo verificado no Código de 1916 por modelos hermenêuticos, de modo a permitir a contínua atualização dos preceitos legais, (...) e valores éticos como a boa-fé, os costumes e a função social dos direitos subjetivos; a socialidade, que marca o objetivo de superação do individualismo jurídico, temperando a liberdade contratual com a função social do contrato, estatuidando o princípio da interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão, reduzindo os prazos de usucapião, valorizando a natureza social da posse e submetendo o direito de propriedade à sua função econômica e social; a operabilidade, estabelecendo soluções normativas facilitadoras da interpretação e aplicação do Código, tais como a clareza de distinção entre prescrição e decadência, a disciplina apartada das associações e das sociedades, a utilização de cláusulas gerais (boa-fé, proibidade) e de preceitos de conteúdo indeterminado (oneriosidade excessiva).²⁸

Eticidade, socialidade e operabilidade são as marcas do Código Civil de 2002.

A eticidade está presente no novo diploma civil e, aliada aos princípios da boa-fé objetiva e da lealdade, pretende que a conduta dos sujeitos de direito seja pautada por atitudes corretas (**correttezza**),

²⁸ Palestra proferida pelo Prof. Miguel Reale na Academia Paulista de Letras, em 29.11.2001.

leais e honestas, não se contentando apenas com a intenção dos agentes em praticar o ato segundo os ditames do Direito.

Com efeito, a eticidade impõe aos participantes do comércio jurídico o dever geral de colaboração, operando defensiva e ativamente; isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos.²⁹

O princípio da boa-fé contratual, expresso no art. 422, é dirigido a todo o tipo de avença e aplicado desde a fase pré-contratual até a sua conclusão, e ao momento pós-contratual.

A título de exemplo, merecem ser citados o art. 113, que determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; o art. 187, que diz cometer ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, e o art. 128, que trata da eficácia da condição resolutiva.

O princípio da socialidade manifesta-se como exigência da vida contemporânea nos grandes centros urbanos, onde várias pessoas dividem a mesma habitação, refletindo no todo a conduta de uma só.

A visão individualista do Código Civil de 1916 já não mais era suficiente aos novos reclamos da sociedade brasileira, que necessitava de um diploma inibidor das ações contrárias aos seus interesses e que valorizasse a solidariedade social.

A socialidade encontra-se especialmente expressa nos arts. 421 (função social do contrato); 422 (interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão), assim como na função social da propriedade (art. 1228, parágrafo primeiro) e nas normas referentes à usucapião, reduzindo os prazos estabelecidos pela anciã legislação (arts. 1238, 1239 1240 e 1242).

Por fim, há a operabilidade. Manifesta-se tal princípio no cuidado da comissão em estabelecer, já na norma, soluções facilitadoras da sua interpretação e aplicação, notadamente quanto à precisão dos conceitos.

A hipótese mais marcante é, sem dúvida alguma, a distinção entre prescrição e decadência. O Código Civil de 1916

²⁹ COSTA, Judith Martins, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

elencava em um só dispositivo prazos prescricionais e decadenciais.

O art. 206 do novo Código enumera os prazos prescricionais, sendo os decadenciais expressamente citados após a hipótese normativa prevista, como no art. 618.

Em que pese as inovações supramencionadas, sofreu o diploma civil de 2002 muitas críticas. Dentre elas, a do Prof. Luiz Edson Fachin, citado pelo Prof. Clayton Reis, que considerou o Anteprojeto inconstitucional:

(...) a análise do projeto realizada neste parecer permite concluir-se pela sua inconstitucionalidade, devido ao fato de privilegiar uma visão eminentemente patrimonialista, em detrimento da proteção à dignidade da pessoa humana. A inconstitucionalidade foi ressaltada a partir dos aspectos - não exaurientes - apontados no texto do Projeto.

(...) a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada em suas relações interpessoais, visando a sua emancipação. Nesse contexto, à luz do sistema Constitucional, o aspecto patrimonial, que era o elemento de maior destaque, é deixado em segundo plano. Não tem mais guarida Constitucional uma codificação patrimonial imobiliária, traço que marcou a edição do Código Civil de 1916.³⁰

O Prof. Gustavo Tepedino, da mesma forma, não poupou críticas ao Projeto do Código Civil de 2002, ao considerá-lo envelhecido, face à experiência constitucional dos últimos anos:

Pretendem alguns, equivocadamente, fazer aprovar um novo Código Civil, concebido nos anos 70, cujo Projeto de Lei toma hoje o n° 118, de 1984 (n° 634, de 1975, na Casa de origem), que pudesse corrigir as imperfeições do anterior, evidentemente

³⁰ REIS, Clayton. **Inovações ao Novo Código Civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

envelhecido pelo passar dos anos, como se a reprodução da mesma técnica legislativa, quase um século depois, tivesse o condão de harmonizar o atual sistema de fontes.

O Código projetado peca, a rigor, duplamente: do ponto de vista técnico, desconhece as profundas alterações trazidas pela Carta de 1988, pela robusta legislação especial e, sobretudo, pela rica jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década. Demais disse, procurando ser neutro e abstrato em sua dimensão axiológica, como ditava a cartilha das codificações dos Séculos XVIII e XIX, reinstalou, purificada, a técnica regulamentar.

Valeu-se o Projeto, é bem verdade, candidamente, de algumas poucas cláusulas gerais (particularmente as dos arts. 420 e 421, em tema de função social do contrato e da boa-fé objetiva), as quais, contudo, desassociadas de um conteúdo axiológico preciso, acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar.³¹

Caminhando em sentido oposto, disserta a Prof. Judith Martins-Costa, já a respeito do Código Civil de 2002:

Contudo, se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa - isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente - , passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.

Ora, sendo o Coordenador da Comissão Elaboradora do Projeto um filósofo e humanista do porte de Miguel Reale, é natural

³¹ TEPEDINO, Gustavo (Org). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. 1ª edição. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2000.

que o seu texto encontre-se permeado por regras nas quais é funda a exigência de eticidade que deve pautar as relações extrapatrimoniais e patrimoniais entre as pessoas, portadoras que são da especial dignidade que, agora, a própria Constituição Federal lhes reconhece. Por isso, afirma Reale, o novo Código, diferentemente do Código de 1916, "muito avaro ao referir-se à eqüidade, à boa-fé, à probidade" , é "ao contrário, pródigo em inserir, nos mais diversos aspectos das relações civis, a exigência da eticidade nas condutas, como um verdadeiro dever jurídico positivo".³²

O entendimento esboçado pelo Prof. Luiz Edson Fachin a respeito da inconstitucionalidade do Anteprojeto mostrou-se minoritário dentre os doutrinadores pátrios, que acabaram por optar pela interpretação da lei civil em conformidade com os princípios e normas constitucionais, destacando a importância do Código Civil de 2002, que trouxe visão inovadora, se comparada com a do ancião regime. Tal é a diretriz defendida pela Prof. Carmem Lúcia Rocha:

O único cuidado que me parece necessário atentar e promover de imediato com a lei nova é o que sustenta Pontes de Miranda, segundo o qual há que se haver com simpatia em relação a uma nova norma, porque com antipatia não se interpreta, combate-se. O que se há de buscar, parece-me, é que a nova legislação chegue a uma aplicação justa, que seja um instrumento competente para concretizar os melhores ideais de uma sociedade solidária e livre, tal como determina, em seus princípios fundamentais, a Constituição da República de 1988, sob a égide da qual sobrevém o novo Código Civil. Muda-se, sempre, em busca de aperfeiçoamento dos institutos e das instituições.³³

³² COSTA, Judith Martins, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

³³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "Os Princípios Constitucionais e o Novo Código Civil". **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 22, 2003.

3 - A Constituição Federal, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil

Como anteriormente demonstrado, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor cumpre missão constitucional, na defesa da parte mais fraca da relação consumerista, ao atender ao comando do art. 5º, inciso XXXII da Magna Carta.

Deu-se conta o legislador constitucional da vulnerabilidade do consumidor ao pactuar com empresas de muito maior poderio econômico; e, dando azo à promulgação do código consumerista, pretendeu equilibrar as partes envolvidas no negócio jurídico, diversamente do que ocorre com a legislação civil que, a princípio, prespõe a igualdade dos participantes.

Neste passo, cumpre tecer considerações a respeito da tendência de publicização do Direito Civil, o que se mostra óbvio ao serem observados na Constituição Federal, por exemplo, o art. 5º, incisos V, XXVII, XXVIII, XXX, XXXI, XXXII e art. 226, de nítido cunho privado.

Mais uma vez há de se retornar ao Estado liberal, onde as Constituições não regulavam matérias de ordem privada, limitando-se a prever a organização estatal e a definir os direitos individuais e políticos do cidadão. É relevante notar que mesmo estas Leis Maiores deixaram de ser consideradas imediatamente aplicáveis, dependendo sempre do legislador infra-constitucional para a produção de efeitos jurídicos concretos.

Modificou-se o status supramencionado com a adoção de instrumentos de controle da constitucionalidade, notadamente nos países europeus, e o surgimento do Estado Social, onde se operou significativa mudança no papel desempenhado pela Constituição, que passava a não apenas organizar o Estado e a garantir direitos individuais; efetuando verdadeiros programas a serem obedecidos pelo Poder Público, além de garantir direitos sociais e econômicos obrigatoriamente por todos observados.

Tiveram lugar nas Cartas Constitucionais matérias tradicionalmente deixadas para o direito privado, como por exemplo, as relativas ao direito de família, à criança, ao adolescente e ao idoso. Inclu-

indo-se matérias desta ordem na Lei Fundamental de um país, quebrou-se a rígida distinção de outrora entre o público e o privado, fundindo-se ambos em um ordenamento comum.

Vencida a primeira resistência quanto à alocação de tais normas na Lei Fundamental, outra barreira deveria ser rompida.

Com efeito, boa parte da doutrina mencionava que as regras que disciplinavam matérias que não fossem referentes à organização estatal e à consagração dos direitos fundamentais seriam despidas de imediata aplicação por dependerem do legislador ordinário.

Cite-se o magistério do Prof. Daniel Sarmento:

*Diante deste fenômeno, o pensamento constitucional hegemônico não atribuiu caráter vinculante a toda a Constituição, mas apenas à sua parte orgânica e às normas consagradoras dos direitos liberais e políticos. Como ressaltou Ana Prata, segundo esta doutrina, "todas as normas que excedessem o estatuto organizatório do Estado e o elenco dos direitos assegurados aos cidadãos contra este tinham um cariz não preceptivo, traduzindo-se num conjunto de declarações políticas de princípio sem força vinculativa". Os demais mandamentos constitucionais, característicos das cartas sociais do século XX, eram vistos como "normas programáticas", desprovidas de aplicabilidade imediata e que por isso dependeriam da **interpositio legislaore** para deflagração de efeitos. Assim, a ampliação da Constituição pagou no primeiro momento um preço caro: a crise da sua juridicidade. Daí sedimentou-se a doutrina que dividia as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, lançando as últimas num verdadeiro "limbo" jurídico, ao negar-lhes qualquer eficácia vinculante.*³⁴

Em boa hora, a doutrina rebelou-se contra tal diretriz, defendendo os Profs. José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso a eficácia mínima das normas constitucionais, na medida em que, ao me-

³⁴ SARMENTO, Daniel. "A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado". **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003.

nos, influenciavam na interpretação e integração do ordenamento jurídico; vinculavam negativamente o administrador e o Poder Público, os quais não poderiam agir contrariamente às suas disposições, provocando, finalmente, a não recepção do direito anterior incompatível.³⁵

Na Europa, Konrad Hesse sustentou a eficácia imediata das regras civis-constitucionais, salientando que as normas constitucionais absorveriam mais facilmente as mudanças operadas na sociedade, por serem abertas, desempenhando o Direito Constitucional quanto ao Direito Privado as funções de garantia, orientação e impulso:

" La Ley Fundamental contiene, en primer lugar, condiciones para la efectividad real de importantes institutos jurídico-privados y los protege de una supresión o de un vaciamiento por medio de la Ley; ofrece así un aseguramiento de los fundamentos del Derecho Privado que éste por sí mismo no podría producir, de actualidad por ejemplo para las garantías de matrimonio y de la propiedad (...).

Junto com la preservación, el apoyo y la garantía del Derecho Privado preexistente y de sus fundamentos, corresponde al Derecho Constitucional una función de guía (...). El Derecho Constitucional reacciona em general com rapidez a los cambios de la realidad: gracias a la amplitud y apertura de sus normas está en situación de tener en cuenta las transformaciones de los presupuestos y de las exigencias más rapidamente y más facilmente que el Derecho Privado. Debido a su influencia sobre el Derecho Privado, se convierte así en un medio para su desarrollo. De este modo puede actuar como motor de un cambio también de la legislación y de la jurisprudencia jurídico-privadas." ³⁶

Digno de nota é o comentário do Prof. Pietro Perlingieri a respeito da legislação italiana, reconhecendo igualmente o fenômeno

³⁵ SARMENTO, Daniel. "A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado". **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003.

³⁶ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Editorial Civitas, S. A, 1995.

da constitucionalização do direito privado e, ainda, que a espinha dorsal do sistema jurídico de um país encontra-se na Constituição, irradiadora de todos os princípios, programas e normas para o legislador ordinário:

Ao lado do Código Civil de 1942, ainda em vigor com algumas modificações, cabe considerar o notável peso da legislação emanada posteriormente. Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no

*sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.*³⁷

Não passou o fenômeno despercebido pelos doutrinadores pátrios, sugerindo a Prof^a. Carmem Lúcia Silveira Ramos que fossem repensados os valores consagrados no ordenamento em face das novas exigências sociais:

Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocaram-se transformações fundamentais do sistema do direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva).

Esta publicização do direito regulador das relações privadas, e a concomitante privatização das normas aplicáveis à atividade do Estado, tornou menos nítida, na ótica da ordem jurídica, a distinção entre direito público e privado, sendo fenômeno reconhecido, como regra, nos sistemas jurídicos romanistas atuais.

Envolve um fenômeno que objetiva, por um lado, a renovação da estrutura da sociedade, e, por outro, a adaptação a uma nova realidade econômico-social, em que os padrões tradicionais foram drasticamente alterados, com a internacionalização das relações econômicas e sociais, obri-

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

*gando a repensar os valores ideologicamente consagrados no ordenamento jurídico e as influências interdisciplinares sofridas pelo direito nesta fase de mutação.*³⁸

Há de ser feita menção, outrossim, ao pensamento da Prof^a. Cláudia Lima Marques a respeito do tema:

A igualdade entre todos os sujeitos de direito foi a base filosófica e política da Revolução Francesa e do resultante maior Código moderno, o Code Civil de 1804 da França. O próprio Miguel Reale identifica aqui o início (ou o modelo) do direito moderno. Os sujeitos civis (nobres e plebeus) têm os mesmos direitos e serão regulados por um só Código, uma só lei, a lei dos iguais.

*Sendo assim, constata-se que tanto a modernidade, quanto a pós-modernidade são baseadas no discurso dos direitos, a primeira no discurso dos direitos adquiridos, na segurança e ordem (institucional), e a segunda, nos direitos qualificados por sua origem, no discurso dos direitos humanos e fundamentais, como resultados de um objetivo de política legislativa de agora tratar desigualmente, aqueles sujeitos da sociedade considerados vulneráveis ou mais fracos (crianças, idosos, deficientes, trabalhadores, consumidores, por exemplo).*³⁹

A inclusão do direito consumerista no rol dos direitos fundamentais constitui nítida manifestação de haver se tornado público o que antes era tido como liberdade de contratar, em razão da já mencionada vulnerabilidade do consumidor e da orientação constitucional humanística, que coloca em destaque o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, tendo em vista a prevalência das normas constitucionais em relação a todas as demais, sendo, na maior parte, cons-

³⁸ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. "A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras". In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 p. 03-28.

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. "Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas". **Revista de Direito do Consumidor**. N. 45, 2003.

tituídas de cláusulas gerais, da opção pelo legislador constituinte de aí alocar normas tradicionalmente destinadas ao direito privado, pode-se dizer que atualmente é a Magna Carta o centro de todo o direito privado.

Logo, o ordenamento jurídico infra-constitucional deve se apresentar de acordo com as normas da Lei Maior, aí abrangidas aquelas referentes à legislação consumerista e civil.

Atendendo a Lei 8.078/90 a uma ordem constitucional, todas as regras concernentes às relações de consumo passaram a ser abrangidas por tal diploma, que deverá prevalecer se confrontado com outras que regulem a mesma matéria. Logo, na presença da relação consumerista, devem ser considerados a lei e os princípios específicos que a tratam, face ao disposto no art. 5º, XXXII da Constituição e art. 48 das suas Disposições Transitórias.

Segundo o Prof. Sergio Cavalieri Filho, com o advento da legislação do consumo, formou-se verdadeira sobreestrutura jurídica,⁴⁰ ou um microsistema, a ser sempre aplicado em havendo relação consumerista, que conviverá com a estrutura estabelecida pelo Código Civil, o qual, dentre outras matérias, tratará de estabelecer os requisitos e pressupostos de validade dos contratos em espécie que não digam respeito ao já citado microsistema.

Para o Prof. Sergio Cavalieri Filho, será a sobreestrutura sempre aplicada no caso da relação de consumo:

No meu entender, e não tenho dúvida disso, qualquer que seja a ordem jurídica existente, a sobreestrutura será sempre aplicável. Pode-se mudar a ordem jurídica, mas não se mudar a sobreestrutura; podem-se criar novos institutos, de acordo com aquilo que o legislador entender de colocar no Código, sem alterar ou atingir, entretanto, esses princípios que são previstos no Código do Consumidor e destinados especificamente à proteção do consumidor. Porque as normas do novo Código, repetido, foram estabelecidas visando a uma outra realidade, tendo em vista uma igualdade entre as partes, ao passo que os prin-

⁴⁰ FILHO, Sergio Cavalieri. "O Novo Código Civil e o Código do Consumidor. Convergências ou Antinomias?" **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, 2002.

*cípios do Código do Consumidor foram previstos com base na idéia de que o consumidor está em uma situação de vulnerabilidade, de inferioridade. Então, é preciso tratar desigualmente os desiguais, para que eles se igualem.*⁴¹

O posicionamento do Prof. Sergio Cavalieri Filho mostra-se divergente daquele defendido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar.

Este jurista entende que, quanto às regras de conduta, em havendo previsão no novo Código Civil de matéria que envolva relação de consumo, tal como ocorre na prescrição para as ações de reparação de danos, a regulamentação da lei civil deve prevalecer, já que é lei mais recente do que a 8078/90, revogando-a nesta parte:

*No que tange às regras que enunciam condutas e suas consequências, a toda relação de consumo aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Porém, se o Código Civil, em vigor a partir de 2003, tem alguma norma que especificamente regula uma situação de consumo, nesse caso, há de se aplicar a norma do Código Civil, isso porque se trata de lei mais recente. Como exemplo, lembro as disposições que temos hoje sobre o contrato de transporte de pessoas e coisas que integram o novo Código Civil e compõem um capítulo próprio, não constantes do Código Civil de 1916. Ora, todos sabemos que o transporte é uma relação de consumo estabelecida entre um fornecedor de serviço e um consumidor desse serviço. Embora o legislador tenha posto isso no Código Civil, na verdade, ele está regulando uma relação de consumo, à qual se aplica o Código Civil, não o Código de Defesa do Consumidor.*⁴²

Divergindo do entendimento do Ministro, pugna a doutrina majoritária pela prevalência dos princípios e normas da lei do consu-

⁴¹ FILHO, Sergio Cavalieri. "O Novo Código Civil e o Código do Consumidor. Convergências ou Antinomias?" **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, 2002.

⁴² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. "O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (Pontos de Convergência)". **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, 2003.

mo, estando caracterizada tal espécie de relação jurídica, já que umbilicalmente ligados a direito fundamental contido na Constituição.

O legislador brasileiro preferiu inserir o sistema de proteção ao consumidor na Constituição Federal, outorgando-lhe, pois, caráter constitucional. De forma diversa dispuseram a legislação italiana, que inseriu as normas protetivas ao consumidor no Código Civil, e a alemã, que alterou a parte geral do BGB para incluir os conceitos de consumidor e empresário, modificando, também a parte obrigacional, no que se refere às normas específicas sobre os contratos, aí havendo incorporado normas de proteção ao consumidor.⁴³

Em que pese a prevalência dos princípios e normas consumeristas na presença da relação jurídica de consumo, alguns pontos merecem ser resolvidos na convivência dos primeiros simultaneamente com os princípios e normas insertos no novo Código Civil.

Na atualidade, a maneira tradicional de se resolver o conflito de leis no tempo através dos critérios da anterioridade, especialidade e hierarquia não mais atende às vicissitudes da sociedade pós-moderna.

Certo é que o mundo pós-moderno convive com a pluralidade, com as diferenças, optando o legislador por respeitar a realidade e por editar normas que traduzem as diversas relações jurídicas hoje existentes.

Há algum tempo atrás, o próprio legislador dizia expressamente quais os textos que considerava revogados com a edição de uma nova lei. Agora, o intérprete deve fazer tal adequação.

O Código Civil de 2002 revogou expressamente apenas o antigo código de 1916 e a parte primeira do Código Comercial (Lei 556, de 25 de junho de 1850), nada mencionando a respeito dos demais diplomas. A Lei de Introdução ao Código Civil pouco ajuda a resolver a questão, pois estabelece que a lei posterior revogará a anterior quando expressamente o declara, regule inteiramente a matéria de que tratava a anterior ou seja com ela incompatível.

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. "Código de Defesa do Consumidor e Código Civil: superação das antinomias pelo diálogo das fontes". Palestra proferida na EMERJ em 18 de junho de 2004.

Diante das diferenças e da pluralidade das relações jurídicas que fazem parte da vida em sociedade, defende o Prof. Erik Jayme, mestre alemão sempre citado pela Prof. Cláudia Lima Marques, a convivência simultânea dos diversos diplomas legais através do "diálogo das fontes".⁴⁴

A Constituição Federal traça a espinha dorsal de todo o ordenamento jurídico brasileiro, e possui no seu corpo normas de direito privado. Traça, pois, a Magna Carta as diretrizes fundamentais que deverão ser seguidas pela lei ordinária ao regular as relações jurídicas de cunho privado.

Já foi mencionado que o Direito do Consumidor tem origem no art. 5º, inciso XXXII da Carta, prevalecendo as suas normas na presença da relação consumerista.

Não se está querendo dizer que o Direito do Consumidor exclui sempre e em qualquer caso a norma civil, e nem tampouco que a norma civil jamais utilizará conceitos e princípios adotados pela legislação consumerista.

Na imagem construída pela Prof. Cláudia Lima Marques, a convivência entre as normas civis e consumeristas acontecem como em um edifício com duas entradas: uma entrada comum, utilizada por todos, situada na base do prédio, e a outra, com acesso direto à cobertura, com vista privilegiada.⁴⁵

A base é o direito civil, funcionando como entrada comum, utilizada por todos, e a cobertura é a legislação consumerista, à qual apenas alguns privilegiados têm acesso.

A cobertura não pode sobreviver sem a base. Desta forma, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não pode sobreviver sem a lei privada geral, eis que aí estão os conceitos fundamentais de todo o direito privado.

Quais os tipos de diálogo que podem ocorrer entre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o novo Código Civil?

Aqui mais uma vez são necessários os ensinamentos da Prof^a. Cláudia Lima Marques:

⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. "Código de Defesa do Consumidor e Código Civil: superação das antinomias pelo diálogo das fontes". Palestra proferida na EMERJ em 18 de junho de 2004.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. "Código de Defesa do Consumidor e Código Civil: superação das antinomias pelo diálogo das fontes". Palestra proferida na EMERJ em 18 de junho de 2004.

Em minha visão atual, três são os tipos de "diálogo" possíveis entre estas duas importantíssimas leis da vida privada:

1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema e a outra um micro-sistema específico, não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade;

2) na aplicação coordenada das duas leis, uma pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente;

3) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (...), ou como no caso da possível transposição das conquistas do Richterrecht (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de double sens.⁴⁶

A base conceitual do Direito do Consumidor, a "entrada comum", é fornecida pelo Direito Civil. Certo é que os conceitos e casos de nulidade absoluta, nulidade relativa, prescrição, decadência, pessoa física e jurídica, prova, as regras gerais quanto aos contratos de seguro, compra e venda, por exemplo, são todos fornecidos pelo Direito Civil e absorvidos pelo micro-sistema consumerista.

Entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor existe, outrossim, relação de subsidiariedade e complementariedade. O art. 7º da Lei 8.078/90, por exemplo, admite que o conteúdo de outras leis seja "incorporado" ao da consumerista, desde que mais favorável ao consumidor, o que pode perfeitamente ocorrer quanto aos prazos de prescrição.

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. "Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas". **Revista de Direito do Consumidor**. N. 45, 2003.

E, ainda, entre os dois supracitados diplomas há relação de influências recíprocas sistemáticas ou diálogo de coordenação e adaptação sistemática quando, por exemplo, determinadas conquistas jurisprudenciais do Direito do Consumidor são levadas ao Direito Civil e vice-versa como a interpretação da boa-fé objetiva, hoje positivada no direito geral e que foi aí utilizada por muito tempo em razão de construção dos Tribunais e graças à influência da Lei 8.078/90 não podendo ser olvidado o importante papel da jurisprudência na interpretação e concreção das cláusulas gerais.

Desta forma, convivem no ordenamento jurídico o Código Civil e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Numa sociedade plural em que diversas leis podem ser aplicadas em um caso concreto, como realizar a interpretação e incidência corretas? Como saber se num contrato de compra e venda será aplicada a legislação civil ou consumerista?

Para se considerar a incidência do Código Civil ou do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é necessário voltar os olhos para os sujeitos e para a natureza da relação jurídica.

Como já se mencionou em outro momento da dissertação, a Constituição Federal determinou que o Estado promovesse a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII) por achá-lo vulnerável; certamente, a parte mais fraca da relação jurídica.

Desta forma, em estando presente relação de consumo, incidirá a Lei 8.078/90.

Mas quando estará configurada a relação de consumo?

Quando estiverem presentes os atores descritos pelos artigos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90, já que este diploma legal deixou de nominar os contratos que seriam por ele abarcados.

O conceito de fornecedor está insculpido no art. 3º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, definindo-se produto como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, e serviço como 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. 3º, parágrafos 1º e 2º).

A caracterização do consumidor exige maiores preocupações do intérprete. A Lei 8.078/90 considera consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, equiparando-se a ele a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A dificuldade surge no conceito de destinatário final para a caracterização de consumidor e, a respeito, existem duas correntes: a finalista e a maximalista.

Para a corrente finalista, o destinatário final seria o destinatário fático e econômico do bem, seja pessoa física ou jurídica. Não bastaria a retirada do bem da cadeia de produção, seria necessário que não houvesse a aquisição do mesmo para revenda ou para uso profissional, empregando-o novamente na cadeia de produção. Exemplificativamente: se uma indústria adquirisse algodão para utilizá-lo na fabricação de tecidos, não seria considerada consumidora, visto que o algodão, matéria-prima, seria reutilizado na confecção do produto final.

Já para a corrente maximalista, bastaria que o consumidor, pessoa física ou jurídica, fosse o destinatário fático do produto, ou seja, bastaria que o consumidor retirasse o bem do mercado e o utilizasse, o consumisse. Para a corrente maximalista, por exemplo, a fábrica de tecidos supracitada seria considerada consumidora, visto que utilizaria o algodão para a produção de tecidos, retirando o bem do mercado com vistas à sua transformação.

A interpretação de destinatário final deverá ser realizada com base nos princípios e normas insculpidos tanto na Constituição Federal, como no Código de Proteção ao Consumidor.

Como anteriormente mencionado, a Lei 8.078/90 erigiu a defesa do direito do consumidor à categoria dos direitos fundamentais, buscando igualar os participantes da relação de consumo, naturalmente desiguais, face à vulnerabilidade de uma das partes.

A Prof^a. Cláudia Lima Marques considera a existência de três espécies de vulnerabilidade: a técnica, em que o comprador não

possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços; a jurídica ou científica, em que impera a falta de conhecimentos técnicos ou jurídicos específicos da matéria objeto da avença, e, ainda, a fática ou sócio-econômica, em que o outro contratante impõe o seu poderio econômico ou superioridade técnica a todos os que com ele acordam.⁴⁷

Desta forma, não se deve perder de vista a principal finalidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, qual seja, a de proteger a parte mais vulnerável da relação de consumo, considerada a vulnerabilidade nos três aspectos antes mencionados (art. 4º, inciso I, da Lei 8.078/90).

O conceito maximalista de destinatário final, na verdade, discrepa do sistema consumerista, na medida em que há possibilidade de o bem adquirido retornar à cadeia de produção, sendo novamente utilizado, mesmo que sob uma nova roupagem, resultando que todos os compradores de algum bem seriam considerados consumidores sem qualquer distinção, o que, por óbvio, foge ao espírito da lei especial.

Neste passo, merece destaque a ponderação do Prof. José Reinaldo de Lima Lopes, para quem os bens adquiridos "devem ser bens de consumo e não bens de capital, havendo entre fornecedor e consumidor um desequilíbrio que favoreça o primeiro."⁴⁸

Não deve ser esquecida a lição da Prof^a. Cláudia Lima Marques, que adota a corrente finalista, quanto ao conceito de consumidor:

Parece-me que "destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que uti-

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

liza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção.

*(...) O destinatário final é o **Endeverbraucher**, o consumidor-final, o que retira o bem do mercado ao **adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)**, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (**destinatário final econômico**) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.*

Portanto, em princípio, estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica. (grifos nossos) ⁴⁹

Aplicar-se-á o Código de Proteção e Defesa do Consumidor quando este último retirar o bem de circulação para adquiri-lo ou utilizá-lo, colocando um fim na cadeia de produção. Da mesma forma ocorre em havendo contrato entre o fornecedor e o consumidor não-profissional e o fornecedor e o consumidor profissional, desde que a avença não vise o lucro e não esteja diretamente relacionada à sua atividade laborativa.

Relativamente à caracterização das pessoas jurídicas e dos profissionais que celebram contratos relativos ao seu labor como consumidores, deverá ser considerada a vulnerabilidade do contratante diante do caso concreto, cabendo à jurisprudência examiná-la e fazer as adequações devidas.

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

O Superior Tribunal de Justiça já adotou o conceito finalista de consumidor em alguma das suas decisões:

RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DESTINATÁRIO FINAL. JUÍZO COMPETENTE. FORO DE ELEIÇÃO. DOMICÍLIO DO AUTOR.

Inserir-se no conceito de "destinatário final" a empresa que se utiliza dos serviços prestados por outra, na hipótese em que se utilizou de tais serviços em benefício próprio, não os transformando para prosseguir na sua cadeia produtiva.

Estando a relação jurídica sujeita ao CDC, deve ser afastada a cláusula que prevê o foro de eleição diverso do domicílio do consumidor (Superior Tribunal de Justiça - 3ª Turma - RESP 488274/MG - Rel. Min. Nancy Andrighi).⁵⁰

Não devem ser olvidadas, outrossim, as noções de consumidor por equiparação, os quais deixariam de ser enfeixados no conceito finalista de consumidor mas que, em face de uma posição de vulnerabilidade diante dos fornecedores, podem ser atingidos ou prejudicados pela atividade dos mesmos, aí englobando-se pessoas físicas ou jurídicas, profissionais ou não.

A primeira noção de consumidor por equiparação está inserta no art. 2º, parágrafo único da Lei 8.078/90, norma genérica, aplicável a todos os capítulos e seções do código consumerista: "equiparase a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo."

Mostra-se nítido o exemplo de adquirentes de uma série de veículos da mesma marca, os quais apresentaram defeito de fábrica; consideram-se consumidores não apenas aqueles que efetivamente pagaram pelo veículo, mas, sim, a totalidade dos usuários que se viram diante dos automóveis defeituosos.⁵¹

⁵⁰ **Revista eletrônica de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília 23/06/2003. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 31 de março de 2004.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

Quer dizer o dispositivo, ainda, que os consumidores podem propor cada qual a sua ação indenizatória, permitindo, no entanto, que seja ajuizada uma única demanda passando-se, após a condenação, à liquidação dos danos específicos de cada comprador.

O art. 17, da Lei 8.078/90, referente à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, dispõe: "para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento."

Conclui-se que basta ser vítima do dano relativo a fato do produto ou serviço, seja pessoa física ou jurídica, para que tenham lugar as normas consumeristas, rompendo-se a idéia da relatividade contratual. Neste passo, oportuna a menção à jurisprudência pátria:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLOSÃO DE LOJA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DA PROCURADORIA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. VÍTIMAS DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDORES.

I - Procuradoria de assistência judiciária tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao "Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor."

II - Em consonância com o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vêm a sofrer as conseqüências do evento danoso, dada a potencial modalidade vício de qualidade por insegurança.

Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça - 3ª Turma - RESP 181580/SP - Rel. Min. Castro Filho). ⁵²

A legislação consumerista considera, ainda, consumidor por equiparação, todos aqueles, pessoas físicas ou jurídicas, determináveis ou não, expostas às práticas abusivas (art. 29, da Lei 8.078/90). Representa notável avanço, na medida em que podem ser aí enfeixados os que adquirem bens para recolocá-los na cadeia de produção, desde que vulneráveis, consoante o art. 29, da Lei 8.078/90.

Cumpra salientar que o citado artigo 29 da Lei 8.078/90 é dirigido aos capítulos V e VI do código consumerista, estando aí elencadas as disposições sobre práticas comerciais (oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, banco de dados e cadastros de consumidores) e proteção contratual.

Exemplificativamente, devem ser mencionados os contratos celebrados entre instituição financeira e pessoa jurídica, em cujo conteúdo haja cláusulas abusivas e a obrigatoriedade de operações casadas, dentre outras.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor considera, pois, como sujeito de direito não apenas o sujeito individual, mas, também o sujeito de direito plural ao regular as lesões dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos.

No Código Civil, ao revés, prevalecem as lesões a direito individual.

Saliente-se, outrossim, que a natureza da relação jurídica deve ser observada para identificar se uma relação jurídica é de consumo ou civil.

O Código Civil não regulamenta relações jurídicas de consumo, e pouco faz referência às palavras consumidor e consumo (arts. 86, 307, 1.290 e 1.392; 206, 592 e 1011, parágrafo 2º).

Na verdade, há de se ter em conta o caráter funcional da relação jurídica e do contrato, aliado à atividade desempenhada pelo

⁵² **Revista eletrônica de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília 09/12/2003. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 31 de março de 2004.

sujeito, para a determinação da lei a incidir, consoante a Prof^a. Cláudia Lima Marques:

Como afirmava Carvalho de Mendonça: "O Código Commercial, na coordenação de suas normas, destinou o primeiro lugar á pessoa do commerciante." A qualidade de comerciante era, então, o grande diferenciador. Hoje, une-se a este o status do contratante, a bem esclarecer a visão relacional, em que a presença de um leigo na contratação pode tornar uma relação que era comercial, pela presença de um empresário, em de consumo. A diferenciação maior, porém, advém do caráter finalístico da relação (em especial de consumo: consumidor é o destinatário final!). A matéria pode ser comercial, mas se a finalidade é de consumo, a relação é de consumo. Repita-se, do conjunto destas circunstâncias é que resultará a natureza da relação obrigacional dos contratos.⁵³

Deverá, pois, o intérprete atentar para o caráter civil, empresarial ou consumerista da relação jurídica, além do sujeito, para identificar o principal diploma a ser considerado.

O Código Civil busca regular relações jurídicas entre iguais: entre empresários ou entre civis, inexistindo a presença de um "expert" e a conseqüente presunção de vulnerabilidade de uma parte.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor regulamenta a relação jurídica entre diferentes, entre o destinatário final dos produtos ou serviços e o fornecedor; e, atendendo ao disposto na Constituição, será aplicado com prevalência sobre a lei civil geral, nada impedindo o "diálogo das fontes" como anteriormente explicitado.

II - CONCLUSÃO

1) Possui o Código de Proteção e Defesa do Consumidor origem constitucional, face ao disposto no art. 5º, inciso

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. "Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas". **Revista de Direito do Consumidor**. N. 45, 2003.

XXXII da Magna Carta, regulamentando direito fundamental;

2) A Lei 8.078/90 valeu-se de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ao reger as relações de consumo, sistema não abraçado pelo Código Civil de 1916;

3) O Código Civil de 2002 reflete a visão realista do Prof. Miguel Reale, o qual pretendeu atender às exigências sociais do seu tempo;

4) A lei civil de 2002 adotou, da mesma forma que a consumerista, o sistema das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, estando alicerçado nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade;

5) O Código de Proteção e Defesa do Consumidor em razão da sua origem constitucional deve prevalecer, caso suas normas sejam confrontadas com aquelas que regulam a mesma matéria na legislação e operabilidade;

6) O Código Civil de 2002 poderá ser aplicado às relações de consumo se as suas disposições forem mais favoráveis do que as contidas no *codex* consumerista, servindo-lhe, ainda, de base conceitual. ☐

JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RELAÇÕES DE CONSUMO NO MERCOSUL SUGESTÕES PARA A REEDIÇÃO DO PROTOCOLO DE SANTA MARIA

Eduardo Antônio Klausner

Juiz de Direito do TJ/RJ, Professor de Direito Empresarial da EMERJ e da Escola de Administração Judiciária do TJ/RJ, Professor de Direito Empresarial e de Direito Internacional Privado da Universidade Estácio de Sá; Professor Substituto de Direito Internacional da UERJ.

1. INTRODUÇÃO

O MERCOSUL foi constituído em 26.03.1991 através do Tratado de Assunção, do qual são partes a República Federativa do Brasil, a República Argentina, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, com o objetivo de proporcionar a criação de um mercado comum entre os Estados-Partes. Em 17.12.1994 foi firmado o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL, conhecido como Protocolo de Ouro Preto, que atribuiu personalidade jurídica de Direito Internacional ao bloco regional e aprimorou sua organização institucional, a qual possui natureza

intergovernamental¹. O MERCOSUL atualmente está numa fase que pode ser classificada como união aduaneira imperfeita.

Apesar dos eventuais problemas com que se deparam os Estados-Sócios, especialmente em razão da fragilidade econômica dos mesmos, o processo de integração econômica avança, e, para incrementá-lo, é imprescindível a participação do consumidor no mercado intracomunitário como agente econômico, mesmo porque a integração econômica visa a melhoria das condições de vida das populações dos Estados-Sócios do MERCOSUL².

A União Européia, mais experiente em integração econômica, trata a proteção ao consumidor como matéria prioritária, tanto em razão do aspecto humano como em razão da importância da atuação do consumidor no mercado para o sucesso da integração econômica³. A proteção e defesa do consumidor na política comunitária européia decorre do disposto no art. 153 do Tratado da Comunidade Européia, sendo objeto de ações específicas no campo legislativo e executivo para implementação de efetiva defesa dos seus interesses, tanto econômicos como referentes à sua saúde, segurança e bem-estar, frisando-se que a atuação da CE deve complementar a ação dos Estados nesse sentido.

Para que o consumidor possa consumir, precisa de segurança jurídica. E essa segurança só pode ser efetivamente proporcionada através de uma plataforma de direito processual civil internacional

¹ Sobre a formação do MERCOSUL, suas características e seu direito institucional ver PEREIRA, Ana Cristina Paulo. **Direito institucional e material do MERCOSUL**. Rio: Lúmen Juris, 2001; ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de Almeida. **Mercosul & União Européia – estrutura jurídico-institucional**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

² Tratado de Assunção de 1991, preâmbulo, segundo e sétimo parágrafos: “Considerando que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, por meio da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social; [...] Convencidos da necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados-Partes e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens e serviços disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes;”. In RITCHER, Karina. **Consumidor & MERCOSUL**. Curitiba: Juruá, 2002, p.91

³ O consumo possui efeito acelerador do investimento, segundo GALVES, Carlos. **Manual de Economia Política Atual**. 14a. ed. Rio: Forense Universitária, 1996, pp. 417-420. Especial característica do consumo comunitário é possuir efeito indireto sobre a concorrência no mercados ADES EUROPÉIAS. **Livro Verde sobre a defesa do consumidor na União Européia**. COM(2001) 531 final. Bruxelas, 2.10.2001, p. 10-11.

segura e eficiente, capaz de superar as fronteiras jurisdicionais dos Estados-Sócios de maneira eficaz quando se instaurar o litígio entre o consumidor e o fornecedor intracomunitário, e de ser apta a realmente ser instrumento para reparação de eventual lesão a direito do consumidor mercosulino, sem a burocracia, lentidão e alto custo dos tradicionais instrumentos de Direito Internacional Privado.

As normas que dispõem sobre a jurisdição são exaradas pelo Estado, e estas não produzem efeitos em outros Estados: são normas unilaterais. Em razão disso, por vezes mais de um Estado pode se considerar competente para a solução de determinado litígio, ocasionando o que a doutrina denomina conflito de jurisdições. Pode ocorrer, também, que nenhum Estado se atribua competência para julgamento do litígio, quando então teremos um conflito negativo de jurisdições. Por isso é comum, especialmente entre Estados que pretendam a formação de um mercado único, a distribuição e regulação de suas jurisdições internacionais por meio de instrumentos internacionais. Quando se trata de proteger o consumidor no plano internacional, a existência ou não de normas sobre competência internacional significa, para o consumidor, a diferença entre obter efetivamente Justiça ou não, em razão da vulnerabilidade intrínseca que caracteriza o consumidor.

O acesso do consumidor à Justiça no plano comunitário precisa superar as dificuldades que lhe são peculiares, sendo fornecidos através de instrumentos internacionais os meios necessários para tanto. A Comunidade Européia identificou como maiores dificuldades a serem superadas, num conflito transnacional, as seguintes questões: 1) obtenção de assistência judiciária qualificada que possa fornecer ao consumidor informações sobre o direito do seu país e do país onde se situa o fornecedor. Normalmente o consumidor necessitará consultar profissionais de ambos os países para tanto. Esta assistência judiciária ser ou não gratuita é outra questão, considerando que

o valor da relação de consumo tende a ser pequeno; 2) custos com as despesas processuais e os decorrentes de viagens e deslocamentos; 3) determinação da jurisdição internacional competente e do direito material aplicável à demanda; 4) comunicação e notificação dos atos processuais no estrangeiro por meios céleres e eficientes; 5) tradução dos atos; 6) determinação da lei aplicável aos atos instrutórios, o estabelecimento de eventual prerrogativa processual em favor do consumidor, como a inversão do ônus da prova, a necessidade ou não de comparecimento pessoal nos atos judiciais e o local de sua realização; 7) o reconhecimento no estrangeiro da sentença e a sua execução⁴.

O MERCOSUL, também atento a tais necessidades, vem trabalhando na proteção do consumidor mercosulino, mas especialmente no plano processual civil não vem obtendo progresso, tardando a surgir uma solução para a superação do atual impasse, mormente que o Protocolo de Santa Maria, o qual dispõe sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo, não está em vigor.

Nosso estuda visa, longe de ter a pretensão de esgotar o tema, ou de maneira incontrastável, propor soluções, suscitar o debate sobre o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo, reacendendo o interesse pelo importante tema, de modo que o atual marasmo seja debelado e um importante passo para a proteção do consumidor mercosulino e para o processo de integração econômica possa ser dado.

⁴ Cf. COMISSÃO DA COMUNIDADE EUROPÉIA. **Livro Verde sobre o acesso dos consumidores à justiça e à solução de litígios em matéria de consumo no mercado único**, COM (93) 576, final, 16.11.93, *passim*.; **Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre reclamações dos consumidores em matéria de vendas à distância e publicidade comparativa**, COM (2000) 127 final, Bruxelas, 10.03.2000; **Livro Verde da Comissão sobre assistência judiciária em matéria cível: problemas com que se deparam os litigantes em processos transfronteiras**, COM (2000) 51 final, Bruxelas, 09.02.2000; **Livro Verde sobre a defesa do consumidor na União Européia**, COM (2001) 531 final, Bruxelas 02.10.2001.

2. JURISDIÇÃO EM MATÉRIA DE RELAÇÕES DE CONSUMO

O Grupo Mercado Comum⁵ editou em 1994 a Resolução 126/94, norma esta de direito internacional privado⁶, cujo art. 2º. dispõe que, até a aprovação de um Regulamento comum para a defesa do consumidor, cada Estado-Parte aplicará sua própria legislação sobre a matéria, instituindo assim a aplicação da regra do *mercado de destino*⁷.

A seguir foram promulgadas as Resoluções ns. 123/96, 124/96, 125/96, 126/96, e 127/96, que seriam capítulos desse futuro regulamento.

Em 1997, o regulamento comum que unificaria os direitos dos consumidores nos Estados-Partes⁸, denominado Protocolo de Defesa do Consumidor do Mercosul, foi apresentado, aprovado e assinado pelo Ministério da Justiça brasileiro em 29/11, mas recusado pela Delegação brasileira na Comissão de Comércio do Mercosul em 10/12 do mesmo ano, durante a XXV reunião, realizada em Montevideu. O Protocolo assegurava aos consumidores direitos muito inferiores ao assegurado pela legislação brasileira, o que representaria um verdadeiro retrocesso na história da defesa do consumidor no Brasil e no continente, pois a sua incorporação ao ordenamento brasileiro significaria a revogação das disposições da Lei nº. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, inclusive reduzindo o âmbito do conceito de consumidor ao tutelar somente os sujeitos de relação contratual de consumo.

⁵ Órgão executivo do MERCOSUL, subordinado ao Conselho Mercado Comum (o qual é o órgão supremo do bloco), cuja atribuição é implementar as Decisões do Conselho Mercado Comum e fixar programas de trabalho para a condução do processo de integração econômica.

⁶ Assim a classifica MARQUES, Claudia Lima. "Direitos do Consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse". **Revista de Direito do Consumidor**, nº. 32, São Paulo: RT, out./dez de 1999, p. 24.

⁷ "Artigo 2º. Até que seja aprovado um regulamento comum para a defesa do consumidor no Mercosul, cada Estado Parte aplicará sua legislação de defesa do consumidor e regulamentos técnicos pertinentes aos produtos e serviços comercializados em seu território. Em nenhum caso, essas legislações e regulamentos técnicos poderão resultar na imposição de exigências aos produtos e serviços oriundos dos demais Estados Partes superiores àquelas vigentes para os produtos e serviços nacionais ou oriundos de terceiros países."

⁸ Na época, só o Brasil e a Argentina tinham leis específicas sobre direito do consumidor.

Recusado o projeto, todas as anteriores Resoluções, que seriam “capítulos” do Regulamento comum, perderam qualquer eficácia e “nunca chegaram a entrar em vigor”⁹.

Na mesma época, em 22 de novembro de 1996, foi editado o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo¹⁰, o qual visa estabelecer de maneira uniforme a competência internacional dos Estados-Partes, assegurando ao consumidor a prerrogativa de demandar e ser demandado somente no foro de seu domicílio, e também disciplinando outras questões de natureza processual internacional. No entanto, este Protocolo não está em vigor por força do seu art. 18 que dispõe:

“Art. 18. A tramitação da aprovação do presente Protocolo no âmbito de cada um dos Estados-Partes, com as adequações que forem necessárias, somente terá início após a aprovação do ‘Regulamento Comum Mercosul de Defesa do Consumidor’ em sua totalidade, inclusive eventuais anexos, pelo Conselho do Mercado Comum.”

Esta lamentável disposição, que vincula a vigência do Protocolo à do Regulamento Comum, é completamente injustificável e transforma o Protocolo em letra morta, uma vez que o Regulamento Comum não foi aprovado, e, apesar dos estudos desenvolvidos pela CT 7¹¹, não existe nenhuma expectativa de que venha a ser aprovado futuramente um regulamento comum para os Estados-Sócios, uma vez que entre os Estados-Sócios do MERCOSUL os níveis de proteção ao

⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Direitos do Consumidor no Mercosul...** op. cit. p. 28.

¹⁰ Decisão Mercosul/CMC/Dec. 10/96.

¹¹ Comitê Técnico da Comissão de Comércio – CT 7, com atribuição específica para estudar e propor medidas comunitárias de defesa dos direitos dos consumidores no mercado único, valendo-se da técnica europeia de harmonização preconizada no Tratado de Assunção, artigo 1º.

consumidor não estão no mesmo patamar. A própria definição de quem seja consumidor é mais abrangente em alguns Estados, como no Brasil, do que em outros, o que torna remota a possibilidade de adoção num futuro breve de um regulamento comum sobre direitos do consumidor.

Urge, portanto, que as autoridades mercosulinas ajam diante desse fato consumado e busquem uma solução viável para que o consumidor comunitário obtenha algum grau de proteção, o que pode ser proporcionado com o vigor desse Protocolo – desvinculando sua aprovação e vigência da adoção de um Regulamento comum para os consumidores mercosulinos -, Protocolo que possibilita mais facilmente ao consumidor sustentar processualmente a demanda internacional, deixando a solução do mérito da demanda ao direito nacional de cada consumidor conforme a regra de Direito Internacional Privado mercosulina consubstanciada na Resolução GMC nº. 126/94.

Entendemos ainda que, considerando que o Protocolo de Santa Maria não está em vigor ou em tramitação para aprovação nos órgãos competentes dos Estados-Partes – em razão do seu artigo 18 -, deveria a redação do Protocolo de Santa Maria ser revista no intuito de corrigir imprecisões e omissões que consideramos existir, bem como acrescentar algumas regras, de modo a torná-lo instrumento efetivo para obtenção da jurisdição e para proporcionar uma aplicação harmônica e uniforme de suas disposições pelos tribunais dos Estados-Partes, sem necessariamente alterar o seu conteúdo negociado diplomaticamente pelas Partes, o que certamente acarretaria novas dificuldades e obstáculos para a obtenção de um novo acordo para disciplinar a jurisdição internacional em matéria de relações de consumo. Para tanto, ousamos fazer sugestões, as quais passaremos a expor no tópico seguinte.

2.1. Sugestões para uma nova redação do Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo.

Este tópico transcreve, na íntegra, a atual redação do Protocolo de Santa Maria; no entanto, à guisa de contribuição às autoridades mercosulinas, resolvemos sugerir nova redação para alguns artigos do Protocolo, assim como a eliminação de alguns dispositivos, no intuito de tornar o instrumento internacional efetivo como plataforma processual civil internacional, através do qual o consumidor mercosulino possa exercer seus direitos.

A fim de proporcionar ao leitor melhor compreensão das nossas críticas, resolvemos apresentar a íntegra do Protocolo em sua redação original – transcrito no nosso texto em itálico - e, após cada dispositivo que entendemos merecer nova redação, nosso comentário, técnica ordinariamente adotada por juristas ao comentarem documentos legais.

*PROTOCOLO DE SANTA MARIA SOBRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM
MATÉRIA DE RELAÇÕES DE CONSUMO.*

CMC/DEC Nº10/96

TENDO EM VISTA: O Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, a Dec. nº 1/95 do Conselho do Mercado Comum, e o Acordo Nº 8/96 da Reunião de Ministros de Justiça.

CONSIDERANDO:

Que o Tratado de Assunção estabelece o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes.

A vontade dos Estados-Partes de acordar soluções jurídicas comuns para o fortalecimento do processo de integração.

A necessidade de proporcionar ao setor privado dos Estados-Partes um marco de segurança jurídica que garanta soluções justas e a harmonia das decisões jurisdicionais vinculadas às relações de consumo.

O CONSELHO DO MERCADO COMUM DECIDE:

Art. 1º. Aprovar o “Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição

Internacional em Matéria de Relações de Consumo”, que figura no Anexo e forma parte da presente Decisão em idioma Português e Espanhol.

XI CMC - Fortaleza, 17/12/96.

ANEXO

PROTOCOLO DE SANTA MARIA SOBRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RELAÇÕES DE CONSUMO

*OS GOVERNOS DA REPÚBLICA ARGENTINA, DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL, DA REPÚBLICA DO PARAGUAI E DA
REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI, A SEGUIR DENOMINADOS
“ESTADOS-PARTES”;*

CONSIDERANDO que o Tratado de Assunção estabelece o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes;

REAFIRMANDO a vontade dos Estados-Partes de acordar soluções jurídicas comuns para o fortalecimento do processo de integração;

DESTACANDO a necessidade de proporcionar ao setor privado dos Estados-Partes um marco de segurança jurídica que garanta soluções justas e a harmonia das decisões jurisdicionais vinculadas às relações de consumo;

CONVENCIDOS da necessidade de se dar proteção ao consumidor e da importância de se adotarem regras comuns sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo derivadas de contratos entre fornecedores de bens ou prestadores de serviço e consumidores ou usuários;

O preâmbulo de um tratado é parte fundamental do mesmo, pois norteia sua interpretação. Conforme dispõe a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, artigo

31, nº 2¹², o preâmbulo compreende o texto do mesmo para efeitos de interpretação. Assim sendo, a adequada redação do preâmbulo do presente Protocolo é fundamental para a sua eficiente e harmônica aplicação futura pelos Estados-Partes, motivo pelo qual sugerimos as alterações que se seguem, neste e no próximo parágrafo.

A referência no texto a “relações de consumo derivadas de contratos” é inadequada e pode dar ensejo a interpretações díspares entre os tribunais dos Estados-Partes.

A tradicional divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual é inadequada às relações de consumo, pois a fruição do bem de consumo – produto ou serviço – ordinariamente poderá se realizar por outras pessoas que não realizaram qualquer contrato com o fornecedor, pessoas essas que podem sofrer com o vício do produto ou do serviço e que estão em situação análoga à do consumidor contratante, ou seja, são destinatários finais econômicos do produto e vulneráveis diante do fornecedor, como ocorre, v.g., quando os filhos e esposa do contratante que comprou pela internet chocolates de um fornecedor estrangeiro consomem o produto e sofrem severa intoxicação alimentar em razão da má qualidade do mesmo¹³.

Por outro lado, a definição do consumidor mercosulino constante da letra “a” do Anexo ao Protocolo abrange aquele que “utiliza produtos ou serviços como destinatário final”, e é reforçada pela definição de relações de consumo constante da letra “c” do citado Anexo, que abarca o vínculo entre o fornecedor e

¹² Não está em vigor no Brasil, mas influencia pela qualidade de suas disposições e por corresponder às práticas internacionalmente adotadas pelos Estados à redação dos tratados dos quais o Brasil faz parte. Sobre convenções internacionais não ratificadas como fonte de direito ver DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 71-72.

¹³ A tradicional divisão do direito civil quanto à responsabilidade civil em contratual e extracontratual sempre foi insuficiente para aplicar-se às relações de consumo. Sobre o tema ver: KLAUSNER, E. A. **A Efetividade dos Direitos do Consumidor no MERCOSUL e na União Européia**, *ob.cit.*; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. S. Paulo: Malheiros, 2003, 4ª ed., p. 470 *et seq.passim.*; MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Arts. 1º. a 74 – Aspectos Materiais**. São Paulo: RT, 2003, especialmente artigos 17 e 29.

indistintamente quem adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final, deixando evidente que quem utiliza não é necessariamente quem adquire o produto ou serviço, mas terceiro que não participou da relação contratual de consumo.

Assim sendo, não há como conciliar a situação do mero utente, o qual não participa da relação contratual, com um preâmbulo que restringe o âmbito de incidência do Protocolo às relações contratuais. Tal paradoxo se refletirá nas decisões dos tribunais, e a falta de um tribunal comunitário competente para harmonizar o entendimento do direito comunitário¹⁴, com o tempo, inviabilizará a aplicação do Protocolo de maneira uniforme entre os Estados-Partes, o que certamente se refletirá negativamente no momento de se obter o reconhecimento e a execução da decisão judicial no estrangeiro.

A melhor opção, no nosso entender, é suprimir a expressão “derivadas de contratos” passando a redação desse parágrafo ser a seguinte: CONVENCIDOS da necessidade de se dar proteção ao consumidor e da importância de se adotarem regras comuns sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo entre fornecedores de bens ou prestadores de serviços e consumidores ou usuários.

CONSCIENTES de que, em matéria de negócios internacionais, a contratação é a expressão jurídica do comércio, sendo especialmente relevante no processo de integração;

A redação deste parágrafo também é equivocada, pois dá relevo ao comércio e ao contrato e não ao consumo e ao

¹⁴ O MERCOSUL não possui um Tribunal comunitário, como o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, competente para declarar o direito comunitário e harmonizar a sua interpretação entre os diversos órgãos jurisdicionais dos Estados-Sócios. Frise-se que o Tribunal Permanente de Revisão, criado pelo Protocolo de Olivos, não possui tal competência.

consumidor. Como sabemos, a relação de consumo não observa as regras tradicionais de direito contratual e de responsabilidade civil, estando sob a égide de um novo direito no qual a situação de vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo é superada pela atribuição de vantagens jurídicas para reequilibrar a assimétrica relação econômica e jurídica mantida com o fornecedor.

A superação da vulnerabilidade do consumidor não tem em conta só a conveniência do mercado, da economia, mas é fundamental para a vida e o bem-estar das pessoas, pois todos são consumidores. A proteção do consumidor como princípio universal e direito fundamental do ser humano foi reconhecido na Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, na sua 29ª. Sessão em 1973, materializado na Resolução da ONU nº. 39/248, de 1985.

Justamente em razão dessas especificidades, bem como da importância do consumo para o processo de integração econômica, é que as Partes assinaram o presente Protocolo. Por isso, sugerimos uma redação baseada na “Declaração Presidencial de Direitos Fundamentais dos Consumidores do MERCOSUL”¹⁵, firmada em Florianópolis, SC, Brasil, em dezembro de 2000, valorizando o aspecto econômico do consumo e a proteção do consumidor como observância aos direitos humanos. A nossa sugestão é a seguinte: CONSCIENTES de que, em matéria de integração econômica entre os Estados-Partes, o consumo é elemento indissociável e essencial para o desenvolvimento econômico equilibrado e sustentável do MERCOSUL, e de que a proteção jurídica do consumidor assegura o equilíbrio na relação de consumo mantida com o fornecedor, fomentando o comércio intra-comunitário ao mesmo tempo em que garante respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

¹⁵ Texto integral in RICHTER, Karina. **Consumidor & MERCOSUL**. 2002. Curitiba: Juruá, p. 217.

ACORDAM:
CAPÍTULO I
ÂMBITO

Artigo 1º. Âmbito material.

1. O presente protocolo tem como objeto determinar a jurisdição internacional em matéria de relações de consumo derivadas de contratos em que um dos contratantes seja um consumidor, quando se tratar de:

a) venda a prazo de bens móveis corpóreos;

b) empréstimo a prazo ou de outra operação de crédito ligada ao financiamento na venda de bens;

c) qualquer outro contrato que tenha por objeto a prestação de um serviço ou fornecimento de bem móvel corpóreo.

Este dispositivo se aplicará sempre que a celebração do contrato tenha sido precedida, no Estado do domicílio do consumidor, de uma proposta específica ou de uma publicidade suficientemente precisa e que o consumidor tenha realizado os atos necessários a conclusão do contrato.

2. Ficam excluídas as relações de consumo decorrentes de contratos de transportes.

A redação do parágrafo n. 1 do artigo 1º. é inadequada, uma vez que restringe a incidência do Protocolo a relações de consumo derivadas de contrato, posição também adotada no preâmbulo do Protocolo, a qual procuramos demonstrar ser equivocada em razão da natureza da relação de consumo, e por ser paradoxal com os próprios conceitos de consumidor e relações de consumo adotados pelo Protocolo, no qual o usuário do produto ou serviço também é considerado consumidor sem que necessariamente seja contratante. A essa análise precedente nos reportamos.

O ideal para o MERCOSUL, no nosso entender, é adotar a definição e extensão dos conceitos de consumidor, fornecedor e relações de consumo do Código de Defesa do Consumidor

brasileiro, cujas disposições são bastante abrangentes ao incluir consumidores por equiparação. No entanto, nem sempre adotar o ideal é possível, mormente em direito internacional, no qual as regras são forjadas levando em consideração as peculiaridades culturais, econômicas e jurídicas de cada um dos Estados-Partes envolvidos no acordo internacional. Em razão disso, por vezes pode ser mais aconselhável para as partes evitar conceitos e definições tipicamente de direito substantivo em tratados de jurisdição internacional, deixando ao direito material comunitário ou nacional fazê-lo. Conseqüentemente consumidor e relações de consumo no MERCOSUL, para os fins do Protocolo, poderiam ser os assim definidos nas leis nacionais dos Estados-Partes – uma vez que não existe uma definição comunitária de consumidor -, o que protegeria todos os consumidores mercosulinos e não apenas um segmento. O fornecedor internacional não seria, em tal hipótese, especialmente onerado, pois se resolveu focar sua atividade empresarial em determinado mercado nacional já assumiu a responsabilidade pelos produtos e serviços que lá comercializa, em idêntica condição à dos fornecedores nacionais na extensão e nos termos determinados pela lei nacional, todas via de regra consideradas de ordem pública. Por outro lado, a Resolução n. 126/94, anteriormente citada no tópico nº. 2, também determina aos Estados-Sócios do MERCOSUL a aplicação da regra do mercado de destino, ou seja, a aplicação do direito material do domicílio do consumidor¹⁶. Não há sentido, portanto, em restringir a apenas determinadas categorias de consumidores a melhoria do acesso à Justiça no plano internacional proporcionado pelo Protocolo.

A adoção da tese acima esposada, ou seja, deixar a definição de consumidor para a legislação substantiva, poderia também favorecer o consumidor ativo, ou seja, o consumidor turista, aquele

¹⁶ Como regra de conexão de direito internacional privado, determina a aplicação do direito material do local onde são comercializados os produtos ou serviços, normalmente o domicílio do consumidor nos contratos internacionais.

que se dirige ao Estado do fornecedor em viagem de lazer ou negócios e lá consome.

Como o Protocolo está redigido na atualidade não ampara o consumidor ativo, pois o artigo frisa que a proposta de consumo tem que ser enviada pelo fornecedor ao consumidor. A situação é essa, apesar de os Estados-Sócios do MERCOSUL demonstrarem desejar proporcionar proteção também a esta espécie de consumidor, tanto que, recentemente, em Buenos Aires, no dia 3 de junho de 2004, firmaram o “Acordo Interinstitucional de Entendimento entre os Órgãos de Defesa do Consumidor dos Estados-Partes do MERCOSUL para a Defesa do Consumidor Visitante”, no qual se comprometem os referidos órgãos a reciprocamente prestarem auxílio jurídico ao consumidor de Estado-Parte em visita a outro Estado-Parte no qual se envolva em conflito de consumo com fornecedor do Estado-Parte que visita¹⁷.

Quanto a esses consumidores ativos, visitantes, segundo o *“nomen juris”* aos mesmos atribuído no supracitado Acordo MERCOSUL, para evitar a resistência dos fornecedores dos Estados nos quais o nível de proteção ao consumidor não é tão elevado como no Brasil, a proteção do consumidor não seria pela lei do domicílio do consumidor, mas sim pela lei do domicílio do fornecedor¹⁸, o que já é um grande progresso, considerando-se que hoje este consumidor, na prática, está sem uma proteção concreta e efetiva a nível internacional. Para tanto, bastava incluir um parágrafo esclarecedor no artigo.

A redação deste artigo poderia ser: Artigo 1º. Âmbito material.
1. O presente Protocolo tem como objeto determinar a jurisdição internacional em matéria de demandas decorrentes de relações de consumo mantidas por consumidores e fornecedores

¹⁷ Disponível na íntegra no sítio www.mj.gov.br.

¹⁸ Aplicando-se a regra já em vigor no MERCOSUL estampada na Res. 126/94.

mercosulinos. 2. A definição de consumidor para fins do presente Protocolo será a estabelecida por Regulamento MERCOSUL, ou na sua ausência pela lei do domicílio do consumidor. 3. Nas demandas nas quais forem partes consumidores- visitantes, na ausência de Regulamento MERCOSUL, a definição de consumidor para fins do presente Protocolo será a da lei do domicílio do fornecedor.

Acolhendo-se a nova redação sugerida, necessariamente a definição de consumidor constante do Anexo ao Protocolo será suprimida. Para não ficarem as demais definições isoladas no Anexo, é conveniente que passem a integrar o artigo em parágrafos específicos: nº. 4 para fornecedor, nº. 5 para relações de consumo, nº. 6 para produtos e nº. 7 para serviços. Esta técnica é adotada nas leis nacionais dos Estados-Partes.

As lides decorrentes de contratos de transportes foram excluídas da incidência do Protocolo conforme sua redação atual, o que Claudia Lima Marques não acha grave face “aos inúmeros Tratados internacionais sobre o tema¹⁹”, assim como os contratos não abrangidos na definição legal, como os financeiros que não sejam destinados ao financiamento para aquisição de bens. Com a nova redação sugerida, nos parece que não existe justificativa para exceções, devendo o âmbito do Protocolo incluir também essas relações de consumo.

Não acolhida a idéia acima desenvolvida, dentro do acordado pelos Estados-Partes e consubstanciado na atual redação do dispositivo em exame, deve ser procurada uma redação jurídica para os preceitos do Protocolo compatível com o combinado diplomaticamente. Essa redação, no entanto, como já expusemos anteriormente, pode ser mais adequada e precisa. E a redação desse artigo em comento peca ao incluir em seu teor a sentença: “em matéria de relações de consumo derivadas de contratos em que um dos contratantes seja um consumidor”.

¹⁹ Direito do Consumidor no Mercosul... op. cit. p. 35.

Como expusemos anteriormente, a menção a relações de consumo derivadas de contratos dá margem a interpretações diferentes pelos tribunais dos Estados-Partes, em razão da peculiaridade da relação de consumo não se dar somente entre contratantes, mas também entre fornecedor e usuário “em uma relação de consumo ou em função dela” (letra “a” do Anexo ao Protocolo).

Outrossim, a menção no artigo a “relação de consumo”, a qual é devidamente definida no Anexo do Protocolo, já evidencia ser uma das partes “consumidor”; logo, é completamente desnecessária uma nova referência a consumidor no texto do artigo.

Assim sendo, sugerimos a seguinte redação para o artigo 1º.: Art. 1º. Âmbito material. 1. O presente protocolo tem como objeto determinar a jurisdição internacional em matéria de relações de consumo quando se tratar de: a) venda a prazo de bens móveis corpóreos; b) empréstimo a prazo ou de outra operação de crédito ligada ao financiamento na venda de bens; c) qualquer outra relação de consumo²⁰ que tenha por objeto a prestação de um serviço ou fornecimento de bem móvel corpóreo. Este dispositivo se aplicará sempre que a celebração do contrato tenha sido precedida, no Estado do domicílio do consumidor, de uma proposta específica ou de uma publicidade suficientemente precisa e sempre que o consumidor tenha realizado os atos necessários à conclusão do contrato.

Artigo 2º. Âmbito espacial.

O Protocolo se aplicará às relações de consumo que vinculem fornecedores e consumidores:

²⁰ Originalmente, no artigo para publicação na **Revista de Direito do Consumidor**, a letra “c” foi redigida em outros termos: “c) qualquer outro contrato que tenha por objeto a prestação de um serviço ou fornecimento de bem móvel corpóreo [...]”. Resolvemos substituir a palavra contrato por relação de consumo para manter coerência com a nova redação sugerida para o *caput*.

- a) *com domicílio em diferentes Estados-Partes do Tratado de Assunção;*
- b) *com domicílio em um mesmo Estado-Parte, desde que a prestação característica da relação de consumo tenha ocorrido em outro Estado-Parte.*

CAPITULO II

DOMICÍLIO

Artigo 3º. Qualificação de domicílio.

Para fins do estabelecido no presente Protocolo, considerar-se-á o domicílio:

1. quando se tratar de pessoa física, na seguinte ordem:

- a) *a residência habitual;*
 - b) *o centro principal de seus negócios;*
- 2. quando se tratar de pessoa jurídica ou ente despersonalizado, na seguinte ordem:*
- a) *a sede principal da administração;*
 - b) *o lugar onde funcionem filiais, sucursais, estabelecimentos, agências ou qualquer outra espécie de representação de pessoas jurídicas.*

CAPÍTULO III

JURISDIÇÃO

Artigo 4º. Regra Geral.

1. Terão jurisdição internacional nas demandas ajuizadas pelo consumidor, que versem sobre relações de consumo, os juízes ou tribunais do Estado em cujo território esteja domiciliado o consumidor.

A redação do parágrafo sugere falsamente ter o consumidor foro privilegiado apenas quando for autor da ação contra o fornecedor – “nas demandas ajuizadas pelo consumidor” -, pois a interpretação “a contrario sensu” leva à falsa conclusão de que nas demandas nas quais o consumidor seja réu não gozará da

prerrogativa de litigar no foro do seu domicílio, o que não é a intenção dos Estados-Partes, uma vez que concedem foro privilegiado ao consumidor no âmbito dos respectivos direitos internos. Assegurar-se a exclusividade da competência do foro do consumidor – admitindo-se como exceção apenas as hipóteses de foro de eleição devidamente autorizadas pelo Protocolo – é fundamental para se garantir ao consumidor o efetivo exercício do seu direito de ação e defesa. Pelo exposto, sugerimos a seguinte redação: 1. Terão jurisdição internacional nas demandas nas quais forem partes consumidores, que versem sobre relações de consumo, os juízes ou tribunais do Estado em cujo território esteja domiciliado o consumidor.

2. O fornecedor de bens ou serviços poderá demandar contra o consumidor perante o juiz ou tribunal do domicílio deste.

Com a nova redação do parágrafo 1, este parágrafo 2 deve ser suprimido, pois, além de supérfluo, a sua redação é ambígua, como ressaltou Ulrich Wehner²¹ uma vez que dá a falsa impressão de permitir ao fornecedor propor ação em seu domicílio contra o consumidor, o que afronta a prerrogativa de foro do consumidor.

Artigo 5º. Soluções alternativas.

Também terá jurisdição internacional, excepcionalmente e por vontade exclusiva do consumidor, manifestada expressamente no momento de ajuizar a demanda, o Estado:

a) de celebração do contrato;

b) de cumprimento da prestação de serviço ou da entrega dos bens;

c) de domicílio do demandado.

²¹ Contratos internacionais: proteção processual do consumidor, integração econômica e internet. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 38. Abril-Junho de 2001, São Paulo: RT, p. 159-160.

A redação do “caput” deste artigo é imprecisa e fomenta situações injustas, pois permite ao consumidor ajuizar a demanda em qualquer foro no Estado-Parte que se encaixe nas hipóteses que arrola, onerando o fornecedor de maneira injustificável, mormente se considerarmos a extensão territorial de Estados como o Brasil ou a Argentina.

A intenção de toda e qualquer legislação que vise a amparar o consumidor é suprir sua vulnerabilidade, de modo a proporcionar ao consumidor isonomia com o fornecedor. Essa filosofia também inspira as normas processuais, mas não significa conceder um direito desmedido e injustificado em favor de uma das partes da relação processual, onerando a situação da outra parte de modo a dificultar o seu direito de ação e defesa desnecessariamente.

Sugerimos que a redação do artigo se limite à prorrogação do foro a local determinado, ou seja, aos tribunais do Estado-Parte do local de celebração do contrato, ou do cumprimento da obrigação, ou do domicílio do demandado.

Também o “nomen juris” adotado pelo artigo é inadequado, pois ele trata de prorrogação de jurisdição; logo o melhor é fazer referência a foro de eleição, considerando-se tratar de jurisdição posta à disposição do consumidor subsidiariamente a do seu domicílio, autorizada pelo Protocolo em favor do consumidor.

Aconselhamos para a nova redação do artigo o seguinte texto: Art. 5º. Foro de eleição. Também terá jurisdição internacional, excepcionalmente e por vontade exclusiva do consumidor, manifestada expressamente no momento de ajuizar a demanda, o órgão jurisdicional do Estados-Parte do local: a) de celebração do contrato; b) de cumprimento da prestação do serviço ou da entrega do bem; c) de domicílio do demandado.

*Artigo 6º. Filiais, Sucursais, Agências ou Representações.
Se o demandado tiver domicílio em um Estado-Parte e em outro Estado-Parte, filial, sucursal, agência ou qualquer outra*

espécie de representação com a qual realizou as operações que geraram o conflito, o autor poderá demandar em qualquer dos referidos Estados.

Este artigo é inspirado nas disposições da Convenção de Bruxelas sobre cooperação jurisdicional em matéria cível e comercial entre os Estados-Membros da Comunidade Européia, de 1968, hoje substituída pelo Regulamento n.º. 44/2001/CE (válido para todos os Estados-Membros da Comunidade Européia menos para a Dinamarca)²².

Entendemos que tais disposições são inadequadas para atender plenamente às questões que envolvem o consumo moderno e a pretensão de efetivamente se proporcionar o acesso do consumidor internacional à Justiça.

A dinâmica do comércio internacional permite ao consumidor contratar praticamente em todas as partes do mundo, mormente por via da internet. Assim sendo, se contrata a compra de um bem por via da internet diretamente com a matriz de determinado fornecedor que esteja sediado fora do espaço do mercado único, não poderá se valer das regras de jurisdição internacional existentes nesse mercado para processar o fornecedor, mesmo que ele possua uma filial em um dos Estados-Sócios, pois o conflito não foi gerado por uma relação jurídica com essa filial conforme a redação do artigo 6º. Essa situação é descabida, pois o consumidor deixará de estar protegido por um foro mais favorável e provavelmente ficará impedido de exercer seus direitos injustificadamente.

Por sua vez, o consumidor, ao contratar em diversas partes do mundo, mormente por via da internet, normalmente não está apto a distinguir onde o fornecedor virtual está localizado ante a

²² Sobre o tema ver: KLAUSNER, E. A., *op.cit.*; PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito Internacional Privado – volume III – Competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras**. Coimbra:Almedina, 2002, p. 113; FREEMAN, Elisabeth. "The EEC Convention on jurisdiction and enforcement of civil and commercial judgments". **Northwestern Journal of International Law and Business**. 3 v. 1981, p. 496-516.

variedade de estabelecimentos que possui espalhados pelo mundo e ante a utilização de uma língua internacional no oferecimento de produtos ou serviços, como o inglês ou o espanhol, por exemplo.

Assim sendo, é natural que o consumidor presuma que o fornecedor com o qual está contratando está domiciliado no mercado comum se nele possui qualquer espécie de representação, ou que a execução do contrato se concretizará através do estabelecimento mantido pelo fornecedor no mercado comum em cujo território possua o consumidor domicílio, pois nesse território a relação de consumo normalmente chegará a termo com a entrega do produto ou a prestação do serviço, mesmo que a oferta, ou a sua aceitação, tenha sido dirigida à matriz situada fora do espaço comunitário. Afinal, as filiais e demais extensões do estabelecimento principal do fornecedor possuem por objetivo estender os seus negócios a outras praças. O artigo não só desconsidera tais fatos e a própria vulnerabilidade do consumidor ao concretizar a relação de consumo no que se refere aos aspectos técnicos, econômicos e jurídicos da operação internacional, como também contraria um raciocínio que podemos considerar intuitivo em qualquer consumidor, e o desprotege em situação na qual seria bastante razoável o consumidor se considerar amparado no momento da contratação ou da fruição da relação de consumo.

O fornecedor com filial no espaço do mercado único está perfeitamente apto a se defender na jurisdição comunitária, onde já mantém domicílio comercial e um aparato empresarial naturalmente composto da devida assistência judiciária. O fato de a operação comercial ter ou não se realizado através da filial no mercado único é írrito, pois toda filial mantém com a matriz permanentemente informações sobre seus negócios, independentemente do local onde está situada.

Por outro lado, a diferenciação quanto ao tratamento jurisdicional dado à filial e aos demais estabelecimentos do empresário não se justifica, pois se trata do mesmo empresário,

pertencendo todos os estabelecimentos comerciais que mantêm ao seu fundo de comércio.

As filiais e demais estabelecimentos secundários são controlados pela matriz; pertencem à mesma pessoa privada, física ou jurídica, e não são sujeitos de direito. Esses estabelecimentos secundários são elementos do fundo de comércio do sujeito de direitos²³, não se justificando que possuam tratamento especial em detrimento do consumidor como se possuíssem capacidade jurídica independente da capacidade jurídica do empresário.

Esta regra de limitar a competência internacional aos litígios surgidos em razão de operações realizadas por filiais de empresários estrangeiros em território de determinado país ou bloco regional encontra defensores quando considerada regra geral para delimitar a competência internacional de determinado Estado, como ocorre no art. 88 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil brasileiro, a fim de evitar que partes litigantes estrangeiras venham ao juízo nacional demandar causas que não tenham nenhum nexos com a ordem jurídica nacional, não havendo qualquer interesse para aquela jurisdição a sua solução²⁴.

Logo, é injustificável a restrição posta no Protocolo de Santa Maria se a intenção é proteger o consumidor comunitário, uma vez que existe interesse na solução do litígio pela ordem jurídica comunitária, pois, de um lado, estará um cidadão e consumidor do mercado comum, e, do outro, um fornecedor que realiza negócios nesse mercado e que nele mantém filial, sucursal, agência ou representação.

²³ Ver: KLAUSNER, E.A., *op.cit.*; REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, v. 1. atualizado por Rubens Edmundo Requião, SP: Saraiva, 25ª. ed., 2003, p. 276-278.

²⁴ Sobre o tema ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Problemas relativos a litígios internacionais". **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1992, nº 65, p. 144-161; e BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1, art. 88, 6a. ed., Rio, 1991, p. 41. Segundo esses autores o citado artigo 88 e seu parágrafo único do CPC, combinado com o artigo 35, parágrafo 4o. do Código Civil de 1916 (o novel artigo 75 do Código Civil mantém redação similar), dispõem ser competente a autoridade judiciária brasileira quando o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil, reputando-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal, com referência as obrigações contraídas por esses estabelecimentos em suas operações no Brasil.

Outrossim, a própria execução de eventual decisão favorável ao consumidor seria extremamente facilitada pela acessibilidade ao patrimônio do fornecedor executado composto pela filial localizada no mercado único, tanto para atos de penhora como para outros de natureza expropriatória, como leilões e praças.

Outro importantíssimo aspecto a ser disciplinado por uma nova redação do Protocolo, no nosso entender, é o pertinente a pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo Grupo Econômico.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro, apesar de o Código de Processo Civil brasileiro possuir disposição similar à do instrumento analisado (artigo 88, inciso I, e parágrafo único), considerou pessoa jurídica estrangeira domiciliada no território nacional e integrante de grupo econômico internacional como parte legítima para responder a lide decorrente de relação jurídica mantida por consumidor brasileiro com outra pessoa jurídica do mesmo grupo econômico sediada em outro país, tendo em vista especialmente o foro privilegiado do consumidor estabelecido no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, e estar a ré plenamente apta a responder processual e economicamente pela relação de consumo litigiosa da qual se beneficia todo o grupo econômico transnacional. Essa decisão de caráter inovador configura-se como verdadeiro “leading case” para questões envolvendo relações de consumo internacionais mantidas por consumidores brasileiros²⁵.

No Recurso Especial n. 63.981 – SP, datado de 11 de abril de 2000, publicado no Diário da Justiça em 20 de novembro de 2000, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro julgou demanda na qual um consumidor brasileiro que adquiriu uma câmara PANASONIC em viagem aos Estados Unidos da América, fabricada pela “Panasonic Company”, empresa americana, processa a

²⁵ O caso “PANASONIC” foi minuciosamente apreciado em nossa obra **A Efetividade dos Direitos do Consumidor no MERCOSUL e na União Européia** (no prelo) na qual analisamos cada um dos votos dos Ministros que participaram do julgamento, assim como as conseqüências do “decisum” na ordem jurídica brasileira e mercosulina.

Panasonic do Brasil Ltda. em razão de vício do produto, e obtém sucesso sob argumento de natureza econômica, baseado principalmente no fato de a marca do produto americano ser similar à marca comercializada pela empresa nacional, e pertencerem às companhias americana e brasileira ao mesmo grupo econômico transnacional.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro deve ser considerado para uma nova redação do artigo, sob pena de prejudicar a própria aplicação uniforme do mesmo por todos os Estados-Partes do Protocolo, uma vez que os tribunais nacionais dos Estados-Sócios do MERCOSUL são os tribunais que aplicam o direito comunitário.

O artigo 6º. injustificavelmente protege o fornecedor em detrimento do consumidor. Se todas as filiais estão sob o controle do empresário sediado na matriz, não há porque limitar a competência internacional dos Estados-Partes aos litígios surgidos em relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor apenas quando o fornecedor for domiciliado no MERCOSUL, e através de estabelecimento situado no MERCOSUL ter participado da relação de consumo. Entendemos que independentemente do fato de a relação de consumo ter se constituído no MERCOSUL com a matriz ou com filial do fornecedor situada no MERCOSUL, sempre que o consumidor mercosulino necessitar de processar o fornecedor deverá estar apto a fazê-lo em seu domicílio, cujo foro deverá ser competente sempre que o fornecedor possua filial, ou qualquer outra espécie de representação no MERCOSUL. Por outro lado, a interpretação da expressão “qualquer outra espécie de representação” deverá ser a mais ampla possível na esteira do “leading case” PANASONIC supracomentado, abrangendo assim todas as pessoas jurídicas vinculadas de fato ou de direito ao mesmo grupo econômico.

A nova redação assim se adequará ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, protegerá o consumidor mercosulino nas relações de consumo mantidas com os poderosos

grupos econômicos transnacionais e não prejudicará o pequeno ou médio empresário mercosulino a quem tais disposições normativas não serão aplicáveis.

Sugerimos, portanto, a seguinte redação para o artigo: Art. 6º. Filiais, Sucursais, Agências, Representações, ou Pessoas Jurídicas pertencentes ao mesmo Grupo Econômico. Se o fornecedor demandado tiver domicílio em um Estado-Parte, ou em Estado-Parte mantiver filial, sucursal, agência ou qualquer outra espécie de representação, ou ainda, pessoa jurídica a ele vinculada jurídica ou economicamente, será competente para processar e julgar a demanda o órgão jurisdicional do foro do domicílio do consumidor, independentemente do local onde foi constituída a relação de consumo, do local de cumprimento da obrigação, ou do fato gerador da responsabilidade civil decorrente da relação de consumo.

Parágrafo único. A pessoa jurídica vinculada jurídica ou economicamente ao fornecedor do produto ou serviço parte na relação de consumo mantida com o consumidor lesado possuirá legitimidade passiva para a causa, e será solidariamente responsável ao fornecedor pelos danos sofridos pelo consumidor.

Artigo 7º Pluralidade de demandados.

Se houver vários demandados, em uma mesma ação relativa a um mesmo objeto, terá jurisdição o Estado-Parte do domicílio de qualquer deles.

A redação do artigo sugere que o consumidor, ao integrar a lide em litisconsórcio com outros consumidores no pólo passivo, fica sujeito a um foro diferente do de seu domicílio, o que pode impossibilitar o exercício do seu direito de ação ou de defesa se os demais litisconsortes passivos tiverem domicílios em locais diferentes. Assim sendo, nossa sugestão é para que o comando do artigo estabeleça claramente só ser aplicável aos fornecedores. A redação sugerida é a seguinte: Artigo 7º. Pluralidade de

demandados-fornecedores. Se houver vários demandados-fornecedores, em uma mesma ação relativa a um mesmo objeto, terá jurisdição o Estado-Parte do domicílio de qualquer deles.

CAPÍTULO IV

ASPECTOS PROCESSUAIS

Artigo 8º Reconvenção.

Se a reconvenção se basear em atos, fatos ou omissões, que serviram de fundamento para a demanda principal, terá jurisdição para decidir aquela, o Estado-Parte do juiz com competência relativamente à demanda principal.

Artigo 9º Atos processuais praticados à distância.

1. Na medida em que autorizem os princípios essenciais e básicos do ordenamento jurídico processual do foro atuante, o fornecedor poderá contestar a demanda, oferecer provas, interpor recursos, bem como realizar os atos processuais que deles derivem ante os juízes de seu próprio domicílio, os quais atuarão como requeridos, remetendo a documentação ao juiz requerente.

Comparado às recentes medidas adotadas pela Comunidade Européia para a simplificação e rapidez de atos processuais praticados na jurisdição de um Estado-Membro em favor de outro Estado-Membro²⁶, o sistema de cartas rogatórias muito deixa a desejar em termos de celeridade e eficiência, mormente quando se trata de microconflitos consumeristas nos quais a demora para a realização da Justiça prejudica a fé do consumidor nas instituições

²⁶ Confira: Regulamento (CE) nº 1.348/2000 do Conselho, de 29.05.2000, relativo à citação e notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matéria cível e comercial nos Estados-Membros, que entrou em vigor em 31 de maio de 2001; Regulamento (CE) nº 1.206/2001, do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria cível e comercial, vigorando plenamente a partir de 01 de janeiro de 2004; e Diretiva nº 2.002/8/CE, do Conselho, de 27 de janeiro de 2003, relativa à melhoria do acesso à Justiça nos litígios transfronteiriços estabelecendo regras mínimas de apoio judiciário: assistência judiciária, jurídica e gratuidade de justiça; todos disponíveis no sítio www.europa.eu.int.

encarregadas da proteção do consumidor, e conseqüentemente desestimula o consumo internacional. No entanto, para atingirmos o nível de simplificação da Comunidade Européia, impõe-se a reformulação de textos normativos constitucionais e processuais dos Estados-Sócios²⁷. Assim sendo, nossa intenção é viabilizar a situação possível nas circunstâncias presentes, ou seja, a transmissão de atos por via de carta rogatória, mas de maneira a não inviabilizar a realização da Justiça. Para tanto, o dispositivo em comento necessita de ser reescrito para não onerar o fornecedor desmedida e desnecessariamente.

Como está redigido, o presente artigo desequilibra injustamente a relação processual em desfavor do fornecedor e pode acarretar a completa impossibilidade de defesa do empresário, violando assim o princípio da igualdade das partes, da ampla defesa e do contraditório assegurado aos súditos dos Estados-Partes. E o grande prejudicado é o micro e pequeno empresário, aquele que não possui estabelecimentos em todos os Estados-Partes. Conseqüentemente, continuarão esses fornecedores desestimulados a participarem do mercado comunitário com sensível prejuízo ao processo de integração econômica.

Pelos termos do parágrafo nº 1 do artigo 9º., o direito do fornecedor atribuído pelo Protocolo de se defender no juízo de seu domicílio, onde também poderá praticar atos processuais, fica subordinado à lei processual nacional do foro competente para processar e julgar o litígio – **lex fori**. Logo, o fornecedor estrangeiro mercosulino que for demandado, por exemplo, num Juizado Especial Cível brasileiro, obrigatoriamente terá que comparecer à sessão de conciliação e à audiência de instrução e julgamento no

²⁷ No Brasil, por exemplo, o cumprimento de carta rogatória só pode ser determinado pelo Superior Tribunal de Justiça a quem compete conceder o **exequatur**, nos termos da Constituição Federal, artigo 105, inciso I, letra "i", 30. A íntegra do Tratado de Assunção pode ser obtida em www.mj.gov.br, alterada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004.

Brasil, uma vez que a Lei nº. 9.099/95 exige em seu art. 9º, o comparecimento pessoal das partes, sob pena de ser considerado revel por força do art. 20, mesmo que a demanda proposta pelo consumidor seja temerária, ou o valor da relação jurídica que une as partes seja muito inferior aos custos com que o fornecedor mercosulino terá que arcar para as despesas da viagem ao Brasil de seus representantes e testemunhas, sem que tal despesa tenha qualquer chance de ser reembolsada caso ganhe a lide, uma vez que nos Juizados Especiais Cíveis brasileiros as partes não arcam com custas judiciais e não suportam os derrotados na demanda o ônus da sucumbência, ou seja, o reembolso das despesas do vencedor (arts. 54 e 55).

Verifica-se, assim, o quão distante do ideal encontram-se tais disposições para o incentivo à integração econômica no que diz respeito ao consumo. Melhor faria o Protocolo se admitisse que o fornecedor pudesse contestar a demanda e praticar os demais atos processuais que cita ante o juiz do seu próprio domicílio, independentemente do que dispusesse a *lex fori*. Facilitaria a sua defesa e não oneraria os negócios do empresário com a possibilidade eventual de suportar inevitáveis prejuízos decorrentes do custo de demandas com consumidores estrangeiros, despesas essas que, mesmo vencendo a lide, não seriam passíveis de recuperação ou indenização.

A nossa sugestão para a redação desse parágrafo 1 é a seguinte: 1. Ao fornecedor demandado será assegurado o direito de ser consultado sobre a possibilidade de acordo, contestar a demanda, oferecer provas, interpor recursos, bem como realizar os atos processuais que deles derivem ante os juízes de seu próprio domicílio, os quais atuarão como requeridos, remetendo a documentação ao juiz competente.

2. Não se aplicará o disposto no número anterior se o fornecedor demandado possuir filiais, sucursais,

estabelecimentos, agências ou qualquer outra espécie de representação no Estado Parte onde tramita o processo.

Este parágrafo deverá ser adequado às alterações formuladas no capítulo anterior do Protocolo, concernente à legitimidade passiva “ad causam” e à responsabilidade solidária por danos ou vícios de produtos ou serviços das empresas vinculadas ao mesmo Grupo Econômico. A nossa sugestão para a redação do dispositivo é a seguinte: 2. Não se aplicará o disposto no parágrafo anterior se o fornecedor demandado possuir filiais, sucursais, estabelecimentos, agências ou qualquer espécie de representação, ou ainda empresas a ele vinculadas nos termos do artigo 6º., no Estado Parte onde tramita o processo.

3. A comunicação entre as autoridades jurisdicionais se realizará por meio das Autoridades Centrais, conforme procedimento previsto no Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa.

4. A comunicação de que trata o número anterior deverá conter a informação necessária sobre o direito aplicável a relação de consumo e o direito processual do Estado-Parte no qual tramita o processo, devidamente certificada pelo juiz requerente, a fim de que o fornecedor demandado possa exercer em tempo e forma os direitos que lhe assegura o número “1” deste artigo.

5. A faculdade assegurada ao fornecedor no número “1” deste artigo não altera a jurisdição internacional estabelecida no presente Protocolo, nem as leis processuais que forem aplicáveis segundo o Estado que detenha a jurisdição internacional.

A redação do parágrafo 4 deve ser revista para ter mais clareza: 4. A comunicação de que trata o parágrafo anterior deverá

conter a informação necessária sobre o direito aplicável à relação de consumo e sobre o direito processual do Estado-Parte no qual tramita o processo, devidamente certificada pelo juiz requerente, a fim de que o fornecedor demandado possa exercer em tempo e forma os direitos que lhe assegura o parágrafo “1” deste artigo.

O parágrafo nº. 5 é um paradoxo. Se as disposições do Protocolo não alteram as leis processuais dos Estados-Partes, as barreiras judiciárias continuarão a existir, e não será a simples distribuição da competência internacional através do Protocolo que atenderá às necessidades das futuras partes no litígio internacional, pois estas necessidades vão muito além da simples distribuição de competência internacional entre os Estados-Partes. Como bem coloca Orlando Celso da Silva Neto, os meios de cooperação jurisdicional existentes dentro de um cenário de Direito Internacional Privado clássico, por serem burocráticos e insuficientes, não se prestam ao dinamismo das relações contemporâneas, e não atendem aos interesses de pessoas físicas e jurídicas²⁸, motivo pelo qual as regras processuais necessitam ser harmonizadas ou unificadas para a superação das barreiras judiciárias consistentes na diversidade de ordenamentos processuais dos Estados-Sócios e no modo como tratam determinados institutos de direito processual. Essas barreiras processuais inviabilizam muitas vezes alcançar a finalidade do processo, que é a reparação do direito lesionado no plano internacional. Tais barreiras só podem ser superadas pela padronização de algumas normas processuais pelos Estados envolvidos no acordo internacional, e para tanto a prevalência das disposições processuais do Protocolo se impõe²⁹. O Tratado

²⁸ **Direito Processual Civil Internacional Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2003, p. 207.

²⁹ Sobre a necessidade de uniformização do direito processual em matéria de relações de consumo na Comunidade Européia, consulte-se a obra de PINEDO, Elvira Méndez. **La Protección de Consumidores em la Unión Europea – hacia un Derecho procesal comunitario de consumo**. Madrid: Marcial Pons, 1998. Sobre unificação internacional do direito, ver SILVA NETO, Orlando Celso da. **Direito Processual Civil Internacional Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2003.

de Assunção que constituiu o MERCOSUL prevê, em seu artigo 1º., o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações para lograr o fortalecimento do processo de integração³⁰. Assim sendo, a redação do parágrafo em comento necessita de ser revisada. A redação do parágrafo 1 não deve alterar a jurisdição internacional estabelecida no Protocolo, mas certamente deve alterar as leis processuais dos Estados-Partes que conflitem com suas disposições, sob pena de se tornar letra morta.

Nossa proposta para a redação deste parágrafo é a seguinte:
5. Os direitos assegurados ao fornecedor no parágrafo 1 deste artigo não alteram a jurisdição internacional estabelecida no presente Protocolo, mas afastam a incidência das leis processuais do Estado-Parte detentor da jurisdição internacional as quais contrariem suas disposições.

Artigo 10º Lei processual aplicável.

Para os efeitos deste Protocolo, serão aplicáveis as leis processuais do lugar do processo.

O artigo 10º. deve ter sua redação modificada em razão da nova redação dos artigos antecedentes. Como vimos ao comentar o parágrafo 5 do artigo anterior, para que o objetivo dos Estados-Partes seja alcançado, o presente Protocolo deve ter primazia sobre as leis processuais nacionais. As leis processuais do lugar do processo devem ser aplicadas à demanda, mas apenas no que não contrariar as disposições do Protocolo, o que deve ser expresso para não restarem dúvidas. A aplicação das leis processuais nacionais com primazia sobre o Protocolo nos remonta a uma interpretação monista com primazia do direito interno que se contrapõe à pretendida integração econômica e à própria tradição jurídica dos Estados-Sócios do MERCOSUL, inclusive brasileira –

³⁰ A íntegra do Tratado de Assunção pode ser obtida em www.rj.gov.br.

inclinada ao monismo moderado -, no tratamento dado às relações entre tratados e a ordem jurídica interna³¹.

Por outro lado, o artigo pode ser aproveitado para se assegurar a gratuidade de justiça para os processos oriundos de conflito intracomunitário de consumo, aspecto fundamental para viabilizar o exercício dos direitos do consumidor comunitário independentemente da situação econômico-financeira das partes envolvidas. Assegurar aos processos que tenham por objeto litígios de consumo transfronteiriço de pequeno valor integral assistência jurídica e gratuidade de justiça (isenção de custas judiciais), considerando que tais causas de baixo valor desestimulam o ajuizamento de ações pelos consumidores para fazer valer seus direitos, com todos os prejuízos daí decorrentes para o fomento do consumo no mercado comum, é fundamental para viabilizar o acesso do consumidor intracomunitário à Justiça.

Deve ser frisado que a gratuidade de justiça visa a amparar não só ao pobre mas também a todo e qualquer consumidor, pois a posição processual do consumidor é de hipossuficiente. Sem a gratuidade de justiça, o consumidor, independentemente de sua situação econômico-financeira, não se animará a enfrentar a lide internacional uma vez que o próprio bem de consumo via de regra é de baixo valor econômico, e os custos do litígio – contratação de advogados, despesas judiciais, transporte da parte e testemunhas – somados às dificuldades de se sustentar uma demanda no estrangeiro, especialmente a execução de eventual decisão favorável ao consumidor, são altos, normalmente ultrapassando o valor da causa³².

³¹ Sobre o tema: monismo e dualismo ver DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 6a. ed., 2001, Rio: Renovar, p. 89-115.

³² O tema foi amplamente abordado em nossa obra **A Efetividade dos Direitos do Consumidor no MERCOSUL e na União Européia**. Sobre o tema veja também: COMISSÃO DA COMUNIDADE EUROPEIA. **Livro Verde da Comissão, sobre assistência judiciária em matéria civil: problemas com que se deparam os litigantes em processos transfronteiras**, COM (2000) 51 final, disponível em www.europa.eu.int; MARQUES, Claudia Lima. "A Proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico". **Revista de Direito do Consumidor**, nº 41, jan.-março de 2002. S.Paulo: RT, p. 65-66; Pesquisa Eurobarômetro nº 52.1, sobre os Europeus e o acesso à Justiça, em www.europa.eu.int.

No âmbito do MERCOSUL não existe uma convenção, ou qualquer resolução especificamente sobre a matéria em vigor, mas os Estados-Sócios firmaram um acordo sobre o benefício da justiça gratuita e assistência jurídica gratuita em 15.12.2000 através de Decisão do Conselho Mercosul CMC/DEC. 49/00, e outro do mesmo teor entre o MERCOSUL e os associados Chile e Bolívia, CMC/DEC. 50/00, os quais visam a garantir aos nacionais dos Estados-Partes a assistência jurídica e a sua manutenção quando da execução de qualquer ato em território de outro Estado-Sócio ou Associado.

No entanto, devemos observar que todos os Estados-Sócios possuem normas internas assegurando o benefício da assistência judiciária gratuita a seus nacionais, passíveis de serem estendidas a estrangeiros imediatamente, mormente mercosulinos, uma vez que o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de Las Leñas, 1992, dispõe no art. 3º. que os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados-Partes gozarão nas mesmas condições do livre acesso à jurisdição em outro Estado-Parte como fizerem jus os nacionais desse Estado, inclusive as pessoas jurídicas, vetando o artigo 4º. a exigência de qualquer caução ou depósito para o acesso à Justiça³³.

Por sua vez, o citado Protocolo de Las Leñas dispõe que, para cumprimento das cartas rogatórias, não será exigido o reembolso de despesas, salvo “quando sejam solicitados meios probatórios que ocasionem custos especiais, ou sejam designados peritos para intervir na diligência...”(art.15), o que minimiza a questão quanto aos custos do processo.

³³ Compartilhando o entendimento quanto à extensão dos benefícios da assistência judiciária gratuita prevista na legislação da cada Estado-Sócio aos súditos mercosulinos, mas com base na Convenção Interamericana sobre **exhortos** ou cartas rogatórias ver VESCOVI, Eduardo. “Capítulo 8 – Aspectos generales del sector del derecho procesal civil internacional”, p. 361, in ARROYO, D. P. F. (coordinador). **Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR**. Buenos Aires: Zavalia, 2003. A citada Convenção foi ratificada por todos os membros do MERCOSUL e prevê que as cartas rogatórias contenham informação quanto ao benefício da assistência judiciária. O texto da Convenção pode ser encontrado in DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen. **Vade-Mecum de Direito Internacional Privado**. 2a. ed. Rio: Renovar, 2002. O texto das Decisões MERCOSUL pode ser obtido em www.mercosul.org.uy.

Há pouco tempo, como comentamos ao analisarmos o artigo 1º., numa tentativa de amparar o consumidor-visitante, os Órgãos de Defesa do Consumidor dos Estados-Partes do MERCOSUL – pelo Brasil o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – firmaram acordo no sentido de prestarem auxílio jurídico aos habitantes de um Estado-Parte com relação aos conflitos de consumo que eventualmente se estabelecerem durante sua estada em outro Estado-Parte³⁴.

Evidencia-se, portanto, a conveniência de se dispor sobre gratuidade de justiça e assistência judiciária no Protocolo de Santa Maria. No entanto, no tocante à realização de perícias cuja atividade normalmente exige a participação e o trabalho de profissional liberal nomeado pelo Juiz e não remunerado pelos cofres públicos, como ocorre no Brasil, não é viável impor a esses profissionais o trabalho gratuito. A nossa proposta é atribuir o ônus pelo pagamento da perícia ao fornecedor a fim de não inviabilizar a prova, mesmo porque ao fornecedor cabe provar que não causou dano ao consumidor, pois é sua a obrigação de colocar no mercado produtos e serviços seguros e de qualidade atendendo às expectativas dos consumidores, obrigação essa reconhecida nos ordenamentos consumeristas dos Estados-Sócios do MERCOSUL.

Sugerimos a seguinte redação para o artigo: Art. 10. Lei processual aplicável, despesas e custas judiciais.

1. Para os efeitos deste Protocolo, serão aplicáveis as leis processuais do lugar do processo sempre que não contrariarem as disposições deste Protocolo.

2. À demanda sujeita às normas do presente Protocolo será assegurada assistência judiciária gratuita, a ser concedida conforme a legislação comunitária, ou, na sua ausência, conforme a

³⁴ Íntegra do “Acordo Interinstitucional de Entendimento entre os Órgãos de Defesa do Consumidor dos Estados-Partes do MERCOSUL para a Defesa do Consumidor Visitante”, de 3 de junho de 2004, em www.mj.gov.br.

legislação interna de cada Estado-Parte, e isenção de custas judiciais, com exceção das despesas necessárias à realização de perícias, que serão adiantadas pelos fornecedores.

CAPÍTULO V

EFICÁCIA EXTRATERRITORIAL DAS SENTENÇAS

Artigo 11. Trâmite.

A solicitação de reconhecimento ou de execução de sentença por parte das autoridades jurisdicionais será transmitida por carta rogatória, por meio da Autoridade Central.

Entendemos que este artigo ficou incompleto por faltar referência ao Protocolo de Las Leñas, o qual dispõe sobre carta rogatória executória³⁵. À redação do artigo deve ser incluída referência ao citado Protocolo, nesses termos: Art. 11. Trâmite. A solicitação de reconhecimento ou de execução de sentença por parte das autoridades jurisdicionais será transmitida por carta rogatória, por meio da Autoridade Central conforme procedimento previsto no Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa.

Artigo 12. Jurisdição indireta.

O requisito da jurisdição internacional para a eficácia extraterritorial das sentenças estabelecido no Artigo 20, letra “c”, do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, será considerado satisfeito se a decisão emanar de um órgão com jurisdição internacional, segundo as regras estabelecidas no presente Protocolo.

³⁵ Sobre carta rogatória executória ver TIBURCIO, Carmen. As cartas rogatórias executórias no direito brasileiro no âmbito do Mercosul. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001.

CAPÍTULO VI

SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Artigo 13. *As controvérsias que surjam entre os Estados-Partes por motivo da aplicação, interpretação ou descumprimento das disposições contidas no presente Protocolo serão resolvidas mediante negociações diplomáticas diretas.*

Se tais negociações não resultarem em acordo, ou se a controvérsia somente for solucionada parcialmente, aplicar-se-ão os procedimentos previstos no Sistema de Solução de Controvérsias vigente entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção.

Este artigo está fadado a ser olvidado. As autoridades competentes para a aplicação do presente Protocolo são as autoridades judiciárias dos Estados-Partes, e suas decisões não são passíveis de negociações diplomáticas, como também não estão sujeitas ao Sistema de Solução de Controvérsias vigente entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção. O melhor é suprimir este artigo, ou então aproveitar o ensejo para fazer referência a um futuro Tribunal de Justiça do MERCOSUL com competência para dizer o direito comunitário.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITORIAS

Artigo 14. *Os Estados-Partes, ao depositar o instrumento de ratificação do presente Protocolo, comunicarão a designação da Autoridade Central ao Governo depositário, o qual dará conhecimento aos demais Estados-Partes.*

Artigo 15. *O presente Protocolo, parte integrante do Tratado de Assunção, entrará em vigor, com relação aos dois primeiros Estados-Partes que o ratifiquem, trinta dias após o*

segundo país proceder ao depósito de seu instrumento de ratificação.

Para os demais ratificantes, entrará em vigor no trigésimo dia posterior ao depósito do respectivo instrumento de ratificação.

Artigo 16. A adesão por parte de um Estado ao Tratado de Assunção implicará de pleno direito a adesão ao presente Protocolo.

Artigo 17. Até que entre em vigência o “Regulamento Comum MERCOSUL para o Consumidor”, vigorarão as definições contidas no Anexo ao presente Protocolo, com as modificações eventualmente introduzidas pelo Comitê Técnico N°7 (Defesa do Consumidor) da Comissão de Comércio do MERCOSUL.

Artigo 18. A tramitação da aprovação do presente Protocolo no âmbito de cada um dos Estados-Partes, com as adequações que forem necessárias, somente terá início após a aprovação do “Regulamento Comum MERCOSUL de Defesa do Consumidor” em sua totalidade, inclusive eventuais anexos, pelo Conselho do Mercado Comum.

Este artigo é o dispositivo mais criticado. Ele impede de maneira injustificada a vigência do Protocolo, ao condicionar a aprovação do Protocolo ao prévio estabelecimento de um regulamento comum no MERCOSUL destinado à defesa do consumidor. Esse regulamento não está em vigor, como vimos no tópico 2, e o texto elaborado pelo CT 7 como projeto de regulamento foi rejeitado pelo Governo brasileiro.

Não há justificativa para vincular o presente Protocolo a futuras Resoluções do MERCOSUL, pois tratam de matérias diferentes. O presente Protocolo dispõe sobre direito processual e o futuro Regulamento sobre direito material. Se não existe acordo no pertinente ao estabelecimento de um direito material comum para os consumidores mercosulinos, isso não pode ser impeditivo

para a vigência de regras processuais que permitirão o efetivo exercício dos direitos desses consumidores, garantidos pelas leis de seus domicílios ou pelo direito indicado pela regra de conexão mercosulina de aplicação do direito material do mercado de destino. Logo, esse artigo deve ser suprimido para se permitir a vigência do Protocolo entre os Estados-Partes, independentemente de qualquer condição.

Artigo 19. O Governo da República do Paraguai será o depositário do presente Protocolo e dos instrumentos de ratificação e enviará cópias devidamente autenticadas dos mesmos aos Governos dos demais Estados Partes.

Da mesma forma, o Governo da República do Paraguai notificará aos Governos dos demais Estados Partes a data de entrada em vigor do presente Protocolo e a data de depósito dos instrumentos de ratificação.

Feito em Santa Maria, aos vinte e dois dias do mês de novembro de 1996, em um original nos idiomas português e espanhol, sendo ambos textos igualmente autênticos.

ANEXO AO PROTOCOLO DE SANTA MARIA SOBRE
JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATERIA DE
RELAÇÕES DE CONSUMO
DEFINIÇÕES

a) Consumidor

É toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final em uma relação de consumo ou em função dela.

Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, determináveis ou não, expostas as relações de consumo.

Não se considera consumidor ou usuário aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los

em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação de serviços.

b) Fornecedor

É toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados nos Estados-Partes cuja existência esteja contemplada em seu ordenamento jurídico, que desenvolvam de maneira profissional atividades de produção, montagem, criação seguida de execução, construção, transformação, importação, distribuição e comercialização de produtos e/ou serviços em uma relação de consumo.

c) Relações de Consumo

É o vínculo que se estabelece entre o fornecedor que, a título oneroso, fornece um produto ou presta um serviço, e quem o adquire ou utiliza como destinatário final.

Equipara-se a esta o fornecimento de produtos e a prestação de serviços a título gratuito, quando se realizem em função de uma eventual relação de consumo.

d) Produto

É qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial.

e) Serviços

Enquanto o Comitê Técnico nº 7 (Defesa do Consumidor) não tenha acordado uma definição para “serviços”, será adotada, para os efeitos do Protocolo, a interpretação jurídica do foro atuante.

As definições enunciadas no Anexo, caso adotada nossa proposta de redação para o artigo 1º., deverão ser incorporadas ao citado artigo, como já exposto anteriormente.

Quanto à redação da letra “e”, referente a serviços, a redação do enunciado ficaria melhor, no nosso entender, da seguinte maneira: Enquanto o Comitê Técnico nº 7 (Defesa do Consumidor) não tiver acordado uma definição para “serviços”, será adotada, para os efeitos do Protocolo, a interpretação jurídica do foro atuante.☐