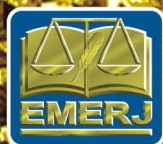


ISSN 1415-4951
(versão impressa)

Revista

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 12 - Nº 48 - 2009



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 12 - n. 48 - 2009
Outubro/Novembro/Dezembro

Rio de Janeiro

© 2009, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Des. Manoel Alberto Rêbello dos Santos; Des. Sergio Cavaliere Filho; Des. Paulo Roberto Leite Ventura; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Décio Xavier Gama; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. José Carlos Barbosa Moreira.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Valéria Monteiro de Andrade; **Editoreção *website*:** Jaqueline Diniz; **Capa:** André Amora; **Revisão ortográfica:** Suely Lima, Thereza Andrade e Ana Paula Maradei. **Impressão:** Divisão de Artes Gráficas - TJ/RJ.

Tiragem: 3.500 exemplares.

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

Rio de

Janeiro:

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.

Edição Especial 2007. Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20020-903 - Rio de Janeiro - RJ

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3471 / 3133-3376 - Fax: (21) 2533-4860

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

Conselho Consultivo

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e

Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Indio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação

Des. Marcus Henrique Pinto Basílio

Coordenador da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



Apresentação

Não se esgota a missão da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro na preparação, formação e aperfeiçoamento de magistrados. Longe disso, propõe-se a transpor fronteiras no sentido de disseminar ideias e fazê-las brotar em contínua messe de frutos do trato e do estudo do Direito.

Por isso, eis que vem a lume mais uma edição de sua apreciada Revista, que chega a seu 48º número, prestes a alcançar o quinquagésimo, sempre se evidenciando útil como o veículo próprio à difusão das teses jurídicas que passeiam por seus corpos docente e discente, assim como das que brotam dos estudos de quantos com ela colaboram - magistrados, professores, advogados e membros do Ministério Público de todos os quadrantes do País - em incessante trabalho de ler e interpretar o Direito e zelar por sua correta aplicação.

Eis, pois, que a EMERJ novamente oferece a seus leitores o trato de momentosos temas que vão do Direito Público ao Privado, passando pelo Constitucional, o Tributário, o Administrativo, o Penal e o Processual, além do Internacional.

Auguro que suas páginas inspirem profícua meditação e que delas se faça o costumeiro bom proveito.

Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

Diretor-Geral da EMERJ



EMERJ

Sumário

Declarações Internacionais e o Direito Fundamental de Acesso aos Tribunais **Nagib Slaibi Filho**

17

Desembargador do TJ/RJ. Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da UNIVERSO.

1. A pessoa humana como sujeito do Direito Internacional. 2. Acesso aos tribunais como garantia fundamental. 3. A pessoa como titular do direito de acesso aos tribunais internacionais. 4. Conclusão.

Visão Crítica das Modificações na Legislação Processual Penal Brasileira – a “Prova” –

33

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça (aposentado) do MP/RJ. Professor Universitário.

1. As três mais novas leis de “reforma pontual” do CPP com objetivo de acelerar o procedimento. Reflexo, contudo, em demora no curso do processo, apesar dos pontos positivos nas três leis novas. 2. No tocante à Lei nº 11.690, de 9.6.2008, o sistema do livre convencimento, agora regulado pelo art. 155, do Código reitera o preceito do art. 5º, LV da CF. 3. A jurisprudência sobre convencimento do juiz não somente em elementos informativos. 4. A intromissão do juiz na fase de investigação, ou na fase pré-processual, apenas para inibir a prática de atos manifestamente ilegais (ar. 5º, XXXV da CF). 5. Provas ilícitas devem ser desentranhadas (art. 157), ainda que por derivação (art. 157, § 1º). Prova pericial em que se faculta a todos sujeitos do processo formular quesitos,

em prejuízo para o andamento do processo. 6. A exigência de especialização (§§ 6º e 7º) dos peritos (art. 184 do CPP). 7. “Do interesse do ofendido: apenas trata o art. 201, contudo, antes mesmo da Lei nº 11.690/08, o ofendido podia apelar da sentença, ainda que como assistente e também se cuidou da proteção da vítima e testemunhas ameaçadas. De qualquer forma ficará a critério do Juiz determinar o segredo de justiça. 8. A novidade da inquirição direta à testemunha pelas partes (art. 212 do CPP), mas o Juiz pode complementar as indagações. O sistema presidencial e a inquirição direta com vantagens e desvantagens. 9. O sistema das videoconferências (art. 217). 10. Os procedimentos comum e especial, sendo que o comum pode ser sumário ou sumaríssimo. O art. 386 do CPP e o fundamento do inc. IV, para a absolvição.

A Redução de Danos enquanto Pilar da Estratégia de Luta contra as Drogas

Eduardo Maia Costa

53

Juiz do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

1. A luta contra as drogas em Portugal tem a redução dos danos como base estratégica acima de tudo, a par da prevenção, do tratamento, da inserção social e da repressão do tráfico. 2. A redução dos danos tem uma justificação específica e área de intervenção principal. 3. A Estratégia Nacional de Luta contra a Droga (ENLCD) define, desde 1999, o alcance e a dimensão da redução de danos da nova política de combate às drogas. 4. A intervenção que para a solução do problema de forma pragmática e humanista é exercida de forma regeneradora médico-terapêutica por considerar o toxicodependente uma pessoa humana, responsável e titular de direitos. 5. A descriminalização do consumo, outra medida emblemática desse programa, veio a ser publicada no ano 2000 (Lei nº 30/2000), e a

de redução de danos pelo DL nº 183/01. Foi a aprovação que representou um marco histórico na legislação sobre a matéria. 6. Merecem ser mencionadas medidas idênticas na luta contra a SIDA (AIDS, no Brasil). As cautelas intensas do legislador e os bons resultados obtidos, apesar das críticas que foram feitas. O Plano de 2006 e a criação dos gabinetes e centros de acolhimento. 7. Em conclusão tem-se a redução de danos em lugar central na política de toxicodependência, considerando-se essencial a ‘desdogmatização’ e a abordagem deste problema.

Notas sobre a (In)Disponibilidade do Objeto Litigioso e a Arbitrabilidade

59

Leonardo Faria Schenk

Doutorando e mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor convidado de Processo Civil da EMERJ. Advogado.

1. Introdução. 2. Sinais de avanço: a desvinculação entre a arbitragem e a disponibilidade do objeto. 3. Ainda na linha evolutiva: o novo Código de Processo dos Tribunais Administrativos português. 4. A força do critério da disponibilidade. 5. O modelo brasileiro: breve panorama. 6. Conclusão.

O Sursis Processual na Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

74

Antonio Carlos dos Santos Bitencourt

Juiz de Direito do TJ/RJ. Representante do Núcleo de Volta Redonda da EMERJ.

1. A pena como resposta, do “mal pelo mal”. 2. O novo conceito que passou a ter o tratamento das infrações de qualquer natureza, seja de grande, média ou de pequena ofensividade, afastando a ideia do Direito penal retributivo. 3. Assim, com a representação nos crimes de lesão corporal, com a composição civil, a transação penal, as conversões da pena privativa em alternativa de prisão e

a suspensão condicional do processo e as outras, que levaram à prevalência, tanto que aplicável, do princípio da oportunidade regrada na ação penal pública. 4. A suspensão condicional do processo da Lei 11.340/06 e sua origem (o *sursis* processual), de quem trataram muito bem o Desembargador Weber Martins Pereira e o Ministro Luiz Fux. 5. Os requisitos objetivos e subjetivos para adoção de tal medida (o *probation* do direito anglo-saxônico).

A Teoria da Perda da Chance como Solução para o “se” Indenizável

87

Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum

Professor da EMERJ, FGV, IBMEC, UFF, UNESA, CEPAD e ESA. Advogado.

Introdução - A problemática! 1. Como se classificam os danos. 2. Teoria da perda da chance. 2.1 - Diferença entre dano hipotético e perda da chance. Juízo de possibilidade e juízo de probabilidade. 2.2 - Histórico. 2.3. Definições. 2.4. Natureza jurídica da perda da chance. 3. Aplicação prática - O caso do “O Show do Milhão” analisado pelo REsp. 788.459-BA (4ª Turma do STJ). 4 . Aplicações práticas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Conclusão.

Execução nas Ações Coletivas nas Relações de Consumo

102

Ludmilla Vanessa Lins da Silva

Juíza de Direito do TJ/RJ. Professora da Escola da Administração Judiciária - ESAJ e da Universidade Estácio de Sá das disciplinas Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Pós-graduada - lato sensu - pela EMERJ.

1. Introdução. 2. Os direitos ou interesses protegidos na ação civil coletiva. 3. Legitimação *ad causa* ativa para propor ação civil coletiva. 4. Da coisa julgada. 5. Da liquidação coletiva. 6. Da execução nas ações coletivas. 7. Conclusão.

A Prisão Temporária e a Justiça Federal

115

Ricardo Ribeiro Campos

Juiz Federal na Seção Judiciária do Ceará. MBA em Poder Judiciário pela FGV/RJ.

1. Introdução. 2. A Medida Provisória nº 111/1989 (Lei nº 7.960/89) como detenção informal, ou prisão para averiguações. 3. O prazo de 5 dias prorrogáveis. 4. As críticas ao instituto: de caráter formal e a de teor material. 5. A lição de Jayme Walmer de Freitas (*in Prisão Temporária*). 6. A Lei nº 7.960/1989 como regulamentação da prisão temporária, a manifestação da Doutrina e os pressupostos da medida. As reclamações quanto ao princípio da presunção da inocência.

A Constitucionalidade do Art. 492, § 1º, do Código de Processo Penal

134

Jayme Walmer de Freitas

Juiz Criminal em Sorocaba/SP. Mestre e doutorando em Processo Penal pela PUC/SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura e de Leis Especiais da Rede LFG.

1. Introdução. 2. Inconstitucionalidade. 3. Brevíssimo histórico da legislação sobre Juizados: constitucionalidade. 4. Consequência prática: vantagens em todos os quadrantes. 5. Interpretação jurisprudencial do art. 60 § único, da Lei nº 9.099/95. 6. Conclusão: constituconalidade das Leis nº 11.313/06 e 11.689/08.

As Cotas da Justiça e as Cotas do Brasil

144

Frei David Santos OFM

Dirigente da ONG Educafro - Educação e Cidadania de Afrodescendentes.

I. Introdução. II. As cotas para negros: por que mudei de opinião. III. Pesquisa confirma: cotas em Universidades Públicas são bem aceitas. IV. Dos intelectuais ao Senado nacional: uma revisão necessária. V. Conclusão.

Estatuto da Criança e do Adolescente: 157

19 Anos de Subjetivações

Mário Luiz Ramidoff

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná; Mestre (CPGD-UFSC) e Doutor em Direito (PPGD-UFPR); Professor Titular no UniCuritiba.

1. Introdução. 2. Subjetivação. 3. Subjetividade. 4. Cidadania infantojuvenil. 5. Emancipações subjetivas. 6. Considerações finais.

A Proteção do Consumidor nos 175

Contratos de Telefonia Móvel e Fixa e a Interpretação Jurisprudencial

Plínio Lacerda Martins

Promotor de Justiça/MG. Professor de Direito do Consumidor. Professor convidado da EMERJ. Mestre em Direito pela UGF.

1. Introdução. 2. Breve histórico do serviço de telefonia no Brasil. 3. Conceito. 4. Reclamações do serviço de telefonia. 5. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao serviço de telefonia. 6. Práticas abusivas no serviço de telefonia fixa (STEC). 7. Práticas abusivas no serviço de telefonia móvel (SMP). 8. Práticas abusivas no serviço de TV a cabo.

O ICMS e a Guerra Fiscal entre os Estados 202

Vinicius Figueiredo Chaves

Advogado, pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV - Escola de Direito/Rio, com extensões em Direito Tributário e Direito Societário e Mercado de Capitais. Professor Convidado do MBA da FGV e da Pós-graduação da Universidade Estácio de Sá.

1. Introdução. 2. As desigualdades regionais como elemento indutor da competição entre os Estados. 3. Conceito e características da guerra fiscal. 4. Efeitos práticos da guerra fiscal. 5. Competência tributária relativa ao ICMS.

6. Fixação das alíquotas do imposto. 7. Necessidade de Lei Complementar para a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais. 8 Lei Complementar nº 24/75. 9. Conselho Nacional de Política Fazendária. 10. Emenda Constitucional nº 03/93. 11. A Posição do Supremo Tribunal Federal. 12. Aspectos da Reforma Tributária. 12.1. Unificação das regras do ICMS. 12.2. Guerra fiscal. 12.3. Desigualdades regionais. 13. Conclusão.

Responsabilidade por Danos Ambientais - 228 **Indenização e Recomposição dos Prejuízos** **- Condenações nos Tribunais Brasileiros**

Ana Cecília Vieira Montenegro

Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela EMERJ. Especialista em Direito Ambiental.

1. Introdução. 2. Decisões jurisprudenciais. 3. Conclusão.

Improbidade Administrativa: Configuração 240 **e Reparação do Dano Moral**

Emerson Garcia

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

1. Delimitação do plano de estudo. 2. Os atos de improbidade e as sanções cominadas. 3. O ressarcimento integral do dano. 4. Contornos gerais do dano moral no âmbito privado. 5. A causação de dano moral coletivo. 6. Os atos de improbidade e o dano moral coletivo.

A Abolição Inconclusa e o Apartheid 260 **que nos Coube**

Renato Ferreira

Advogado. Pesquisador do Laboratório de Políticas Públicas da UERJ.

1. A discriminação ainda existente entre pessoas por motivo da cor. 2. A lição de Joaquim Nabuco. 3. A secular inércia pública contra o racismo estrutural. 4. As cotas das universidades públicas e outras instituições privadas é um caminho viável. 5. Promoção de desenvolvimento sem revanchismo. 6. A questão já se acha sob exame no STF e em nosso Tribunal.

A Importância das Ações Coletivas nas Relações de Consumo de Massa

262

Eduardo Buzzinari Ribeiro de Sá

Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. Considerações iniciais sobre o tema. 2. A *class action* do Direito norte-americano. 3. A tutela coletiva no Direito brasileiro. A tutela coletiva nas relações de consumo. 5. Considerações finais.

Colaboraram neste Número

Ana Cecilia Vieira Montenegro, 228

Antonio Carlos dos Santos Bitencourt, 74

David Santos, 144

Eduardo Buzzinari Ribeiro de Sá, 262

Eduardo Maia Costa, 53

Emerson Garcia, 240

Jayme Walmer de Freitas, 134

Leonardo Faria Schenk, 59

Ludmilla Vanessa Lins da Silva, 102

Mário Luiz Ramidoff, 157

Nagib Slaibi Filho, 17

Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum, 87

Plínio Lacerda Martins, 175

Renato Ferreira, 260

Ricardo Ribeiro Campos, 115

Sergio Demoro Hamilton, 33

Vinícius Figueiredo Chaves, 202



Declarações Internacionais e o Direito Fundamental de Acesso aos Tribunais

Nagib Slaibi Filho

Magistrado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da UNIVERSO

O acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional constitui verdadeira revolução jurídica, que lhes possibilita vindicar seus direitos contra as manifestações do poder arbitrário, e que dá um conteúdo ético às normas tanto do Direito Público interno como do Direito Internacional (Cançado Trindade.)

1. A PESSOA HUMANA COMO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL

Dedica-se este trabalho¹ ao direito de acesso do cidadão aos seus tribunais nacionais, perquirindo, através dos atos internacionais de declaração de direitos e garantias, uma das garantias fundamentais consideradas imprescindíveis ao reconhecimento de uma sociedade civilizada.

O que aqui se destaca não é o direito do Estado de se socorrer da jurisdição internacional, ingressando nas cortes internacionais em face do seu Estado nacional, mas o direito da pessoa humana

¹Extraído de trabalho apresentado ao Professor Antonio Celso Alves Pereira como requisito para a aprovação na disciplina de Relações Internacionais do Curso de Doutorado da Universidade Gama Filho, 1º semestre de 2008.

de procurar amparo nos seus tribunais nacionais, até mesmo em face do seu Estado de origem.

E assim é por que a garantia de acesso aos tribunais corresponde, nos tempos atuais, à evolução da consciência coletiva sobre o acesso à Justiça como essencial à vida moderna do Direito, independentemente de eventuais limitações que existam nos diversos países quanto ao acesso à jurisdição.²

Percebe-se que finalmente restou ultrapassado o longo período nas relações internacionais em que somente se reconhecia o Estado e os organismos internacionais constituídos por Estados como os protagonistas da política internacional e os únicos sujeitos de direitos.

A pessoa humana é o sujeito e o objeto do Direito e razão, causa, instrumento e destinatário do Poder Público e das instituições sociais e econômicas.

Cada vez mais se reconhece ao indivíduo, simplesmente por sua qualidade de *ser vivo nascido de mulher*,³ o direito de atuar no Direito Internacional, exercendo direitos e se impondo deveres, não como súdito e nacional de um país, mas como o titular da identidade e dignidade inerentes à pessoa humana, e até mesmo confrontando, perante juízes isentos, o próprio Estado nacional nos tribunais próprios e internacionais, em igualdade de condições

² Como, por exemplo, na Constituição brasileira de 1988, o disposto no art. 217, que exige o esgotamento da instância administrativa desportiva como condição específica nas ações que versem sobre a disciplina e as competições esportivas.

³ Tal era a expressão que para os romanos indicava o ser humano, conceito que hoje se mostra surpreendentemente em cheque pelos avanços do conhecimento sobre o genoma. Neste aspecto, ver Matilde Carone Slaibi Conti, *Ética e Direito na manipulação do genoma humano*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, trazendo, p. 28/29, a lição de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, *Los derechos humanos como derechos anteriores o preexistentes: La noción de derechos humanos que se perfila em la modernidad, y que se afianza de modo paradigmático a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, parece aludir a un conjunto de bienes que pertenece a la persona más allá o com prescindencia de lo que al respect pueden determinar los ordenamientos jurídicos, ya nacionales, ya internacionales. Em efecto, bajo esse concepto se designan ciertos derechos que emergerian como connaturales, inalienables, esenciales o inherentes a las personas, por lo que, necessariamente, resultan anteriores o preexistentes a su consagración legal; prelación temporal ésta que, en definitiva, entraña una preeminência o superioridad axiológica sobre otros derechos y, especialmente, sobre los dictámenes de los poderes públicos.*

processuais e em procedimento de acesso a todos ou, ao menos, aos interessados e seus advogados.

A teoria da soberania nacional, como fundamento de instituição dos Estados modernos a contar do final do século XV, desde então serviu de princípio invencível para o menosprezo da individualidade da pessoa humana e de sua rejeição como titular de direito na área internacional.

A soberania nacional foi doutrina que ensejou a criação dos grandes Estados e constituiu um dogma que levou Immanuel Kant, em sua **A paz perpétua**, a propor que nenhum *Estado deve imiscuir-se com emprego de força na constituição e no governo de outro Estado*⁴ e, mais, adiante:

Povos, como Estados, podem ser considerados como homens individuais que, em seu estado de natureza (isto é, na independência de leis exteriores), já se lesam por estar um ao lado do outro no qual cada um, em vista de sua segurança, pode e deve exigir do outro entrar com ele em uma constituição similar à civil, em que cada um pode ficar seguro de seu direito.

A soberania nacional foi o fundamento ideológico de instituição dos grandes Estados fundados em caracteres como a herança comum, a ascendência derivada de um determinado herói ou tribo, o respeito aos ancestrais comuns, e a língua e religião comuns decorrentes da idéia de nação.

Constituiu um verdadeiro dogma nos séculos XVIII e XIX,⁵ a assegurar, no plano interno, a atuação do Governo e respectivas aristocracias ou oligarquias que empolgavam o Poder Público e, no plano externo, o estado de natureza referido por Kant.

⁴ Immanuel Kant, **A paz perpétua**, tradução e prefácio de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 18.

⁵ Consta na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 3º, que o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação e nenhum órgão ou indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente (*Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément*).

Os mais fortes Estados poderiam dominar os mais fracos, os povos menos evoluídos ficavam sob a tutela dos mais civilizados, assim cristalizando o imperativo de que o homem é o lobo do homem, e de que este está submetido ao Estado supremo no exercício de seu poder para regular a vida de homens que, no estado natural, se apresentam como egoístas - é o Leviatã⁶ de que nos fala Hobbes.

Lembrando a frase de Hegel, tão difundida entre nós por Luiz Pinto Ferreira, *a História é a consciência progressiva da Liberdade*. Com a conscientização da sociedade sobre a dignidade da pessoa humana, a sua proteção se tornou exigência geral no final do século XX e início deste século XXI, com o consenso quase universal da idéia de que o valor da dignidade da pessoa humana é o que deve prevalecer sobre os demais interesses, ainda que em confronto com o Poder Público e com os grupos sociais e econômicos mais poderosos.⁷

⁶ O Leviatã é referido no Velho Testamento, no Livro de Jó, capítulos 40 e 41, como um monstro aquático: *ninguém é bastante ousado para provocá-lo; quem o resistiria face a face? Quem pôde afrontá-lo e sair com vida debaixo de toda a extensão do céu? ... Quem lhe abriu os dois batentes da goela, em que seus dentes fazem reinar o terror?... Quando se levanta, tremem as ondas do mar, as vagas do mar se afastam. Se uma espada o toca, ela não resiste, nem a lança, nem a azagaia, nem o dardo. O ferro para ele é palha, o bronze pau podre.* Thomas Hobbes, filósofo inglês, em 1651, publica obra com o nome do monstro bíblico, destacando, como causa justificante do Estado, no capítulo 17: *A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comunheiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. (...) Esta é a geração daquele enorme Leviatã, ou antes - com toda reverência - daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa.*

⁷ *Direito Constitucional. Ação de obrigação de fornecer medicamentos posta por carente de recursos financeiros, portador de cardiopatia, em face do Município e do Estado do Rio de Janeiro. Sentença acolhendo a demanda. Recurso do Estado do Rio de Janeiro pretendendo a reforma de parte da sentença, dita genérica, de condenação dos réus a qualquer medicamento que se faça necessário durante o tratamento do autor. Dever do Poder Público de fornecer ao portador de doença grave, carente de recursos, remédio de que necessita periodicamente, conforme prescrito em receituário médico (art. 196 da Constituição Federal e Lei Federal nº 8.080/90). O fim da Constituição é a declaração e a garantia dos direitos fundamentais; o Poder vem a serviço do homem, simplesmente cumprindo as tarefas constitucionais, como aquelas declaradas no art. 3º, porque os fundamentos do Estado Democrático de Direito são a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, pos-*

2. ACESSO AOS TRIBUNAIS COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

O acesso à Justiça está entre os mais poderosos instrumentos de garantia dos direitos humanos, assegurado nos mais solenes atos normativos, como as declarações internacionais e as Constituições.

Tais atos normativos conferem aos tribunais, como órgãos de poder isentos e acessíveis a todos, a capacidade de conformar, limitar ou corrigir o abuso de poder do Estado e das demais forças sociais e econômicas que possam eventual e injustamente dominar o indivíduo e lhe suprimir ou restringir o direito fundamental de afirmação da própria personalidade, o qual somente encontra limites na liberdade de outrem.

Também no plano internacional, em cumprimento aos atos internacionais que os instituíram, os tribunais passam a admitir, cada vez mais, os pleitos das pessoas individuais, ampliando o leque dos legitimados ativos que antes ficava restrito aos Estados e às organizações internacionais.

Assegurar à pessoa o *Day in Court*, o direito de acesso aos tribunais na expressiva dicção estadunidense, constitui tema co-

tos no art. 1º da Lei Maior. O Estado, os poderes públicos e o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efetivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efetividade prática, deve escolher precisamente esse meio (Canotilho). A saúde é direito fundamental social, direito de todos e dever do Estado, aqui no sentido amplo de Poder Público, destacando a Carta da República a relevância do tema em seus arts. 6º, 196 e 197, com atendimento integral (art. 198, II), de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, in fine). O caráter pragmático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política, que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro, não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de 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 (Ministro Celso de Mello). Condenação que não pode ser considerada genérica, não se justificando que fique restrita aos remédios mencionados na petição inicial. A necessidade do assistido poderá mudar em atenção ao seu estado de saúde e ao progresso da Ciência Médica, não sendo razoável compelir o carente a ajuizar uma nova demanda a cada alteração da orientação médica. Precedente desta Corte. Negativa do seguimento do recurso pela manifesta improcedência, confirmando-se a respeitável sentença em reexame necessário (Código de Processo Civil, art. 557). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2006.001.56972, relator Nagib Slaibi.

mum das declarações de direitos, e, pode-se dizer, até mesmo na vida quotidiana da maioria dos países civilizados.⁸

Os franceses assim proclamaram ao mundo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, instituindo garantias que somente podem ser efetivadas perante um tribunal imparcial e acessível, como se vê nos dispositivos a seguir transcritos e que mereceram reprodução, ainda que parcial, na Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º:

*Article 7. Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant: il se rend coupable par la résistance. (Art. 7º Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos previstos na lei e segundo as formas que ela prescreve. Aqueles que solicitam, expeçam, executem ou façam executar ordens arbitrarias devem ser punidos; mas todo cidadão preso ou punido em virtude da lei deve obedecer de pronto para não ser considerado culpado por resistência).*⁹

⁸ Nos casos *Boumediene v. Bush* e *Al Odah v. United States*, a Suprema Corte dos Estados Unidos assegurou o direito ao julgamento de pessoas que se encontravam detidas em instalações militares em Guantánamo e submetidas durante longos anos a investigações por supostos atos de terrorismo. O Justice Kennedy escreveu a decisão pela maioria, historiando os casos em que os tribunais consideraram casos de estrangeiros aprisionados em julgamento. Reconhecendo a originalidade do caso em julgamento, pois nenhum precedente foi encontrado, a *Supreme Court* reafirmou o seu papel de freio aos abusos do ramo Executivo do governo, enfatizando que as regras constitucionais de suspensão dos direitos foram afirmadas, pelos fundadores da Pátria, como proteção contra os abusos cíclicos do Poder Executivo.

⁹ Note-se que a disposição, na parte final, claramente permite ao cidadão o julgamento sobre o ato que limita a sua liberdade, pois diz que o ato legal deve ser cumprido sob pena de responder pela resistência; em consequência, o ato que não for considerado legal pelo cidadão deve ser por ele resistido. Ver, neste aspecto, Artur Machado Paupério, *O direito político de resistência*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1978. Também Norberto Bobbio: *Do ponto de vista institucional, o Estado liberal e (posteriormente) democrático, que se instaurou progressivamente ao longo de todo o arco do século passado, foi caracterizado*

Article 8. La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. (art. 8º A lei não deve estabelecer senão as penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada).

Article 9. Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. (Todo homem se presume inocente até que seja declarado culpado; se a sua prisão for considerada indispensável, será severamente punido pela lei todo rigor que não seja necessário para se assegurar sua pessoa).

Na mesma linha liberal, dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Artigo VIII

Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente

por um processo de acolhimento e regulamentação das várias exigências provenientes da burguesia em ascensão, no sentido de conter e delimitar o poder tradicional. Dado que tais exigências tinham sido feitas em nome ou sob a espécie do direito à resistência ou à revolução, o processo que deu lugar ao Estado liberal e democrático pode ser corretamente chamado de processo de constitucionalização do direito de resistência e de revolução (Norberto Bobbio, A era dos direitos, trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992).

e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Mais extensa, certamente porque é mais moderna, declara a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade auto-

rizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

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.¹⁰

¹⁰ Notícia no **Informativo** nº 447 do Supremo Tribunal Federal sobre o *Habeas Corpus* nº 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.8.2007: “O Tribunal iniciou julgamento de *habeas corpus*, afetado ao Plenário pela 1ª Turma, em que se questiona a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual era depositário, não adimplira a obrigação contratual. Sustenta-se, na espécie, a insubsistência da custódia, sob a alegação de que esta contrariaria a EC 45/2004, no que endossados tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, haja vista que a subscrição, pelo Brasil, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica impossibilitaria a prisão do depositário infiel - v. **Informativo** 471. O Min. Marco Aurélio, relator, deferiu o *writ* para afastar do cenário jurídico a ordem de prisão decretada contra o paciente. Entendeu que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, conduziria à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF, dispositivo este não autoaplicável, porquanto dependente de regulamentação, por texto legal, acerca dessa prisão, inclusive quanto ao seu período. Concluiu, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Ademais, ressaltou que, no caso, o paciente não tentara furtar-se ao pagamento de seu débito, formulando, até mesmo, propostas de acordo com a credora, todas rejeitadas. Após, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello”.

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem se declarar culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade
Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

Artigo 10. Direito à indenização
Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.

Um grupo de juristas muçulmanos organizou a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos,¹¹ em que se destacam os seguintes direitos:

IV - Direito à Justiça

a) Toda a pessoa tem o direito de ser tratada de acordo com a Lei e somente na conformidade dela.

b) Toda a pessoa tem não só o direito, mas também a obrigação de protestar contra a injustiça, de recorrer a solução prevista em Lei, com relação a qualquer dano pessoal ou perda injustificada; para a autodefesa contra quaisquer ataques contra ela e para obter apreciação perante um tribunal jurídico independente em qualquer disputa com as autoridades públicas ou outra pessoa qualquer.

¹¹ Consta no fecho da declaração: *Esta Declaração dos Direitos Humanos é o segundo documento fundamental proclamado pelo Conselho Islâmico para marcar o início do 15º século da Era Islâmica, sendo o primeiro a Declaração Islâmica Universal, proclamada na Conferência Internacional sobre o Profeta Muhammad (que a Paz e a Bênção de Deus estejam sobre ele), e sua Mensagem, ocorrida em Londres, no período de 12 a 15 de abril de 1980. A Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos baseia-se no Alcorão e na Sunnah e foi compilada por eminentes estudiosos, juristas e representantes muçulmanos dos movimentos e pensamento islâmicos. Que Deus os recompense por seus esforços e que nos guie na senda reta. Paris, 21 dhul qaidah, 1401- Salem Azzam. 19 de setembro de 1981 - Secretaria Geral.*

c) É direito e obrigação de todos defender os direitos de qualquer pessoa e da comunidade em geral (hisbah).

d) Ninguém será discriminado por buscar defender seus direitos públicos e privados.

e) É direito e obrigação de todo muçulmano recusar-se a obedecer a qualquer ordem que seja contrária à Lei, não importa de onde ela venha.

V - Direito a Julgamento Justo

a) Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente.

b) Ninguém será considerado culpado, senão após um julgamento justo e depois que tenha sido dada ampla oportunidade de defesa.

c) A punição será estabelecida de acordo com a Lei, na medida da gravidade da ofensa e levadas em conta as circunstâncias sob as quais ela aconteceu.

d) Nenhum ato será considerado crime, a menos que esteja estipulado como tal, nos termos da Lei.

e) Todo indivíduo é responsável por seus atos. A responsabilidade por um crime não pode ser estendida a outros membros da família ou grupo, que, de outra maneira, não estejam direta ou indiretamente envolvidos no cometimento do crime em questão.

Vê-se em todos os atos internacionais antes transcritos a preocupação comum de garantir os direitos humanos através do acesso aos tribunais, órgãos que se pretende sejam isentos dos interesses disputados pelas partes e que decidam os litígios através de procedimentos.

3. A PESSOA COMO TITULAR DO DIREITO DE ACESSO AOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Correspondendo ao longo período em que os Estados e as organizações internacionais eram reconhecidas como os únicos sujeitos de direitos no âmbito das relações internacionais, os trata-

dos e convenções estabeleciam que somente os países poderiam provocar a atuação dos tribunais internacionais.¹²

Contudo, neste início de século XXI, temos alvissareira notícia que limita o poder do Estado, ou, como dizia Pontes de Miranda, o *quantum* despótico que sempre há em qualquer exercício do poder pela impossibilidade da regulação completa pela norma garantidora dos direitos: é o acesso dos indivíduos aos tribunais internacionais, ainda que em face do próprio Estado nacional.

Neste sentido, veja-se a lição de Antonio Augusto Cançado Trindade¹³ sobre o acesso direto à Justiça internacional:

Neste início do século XXI, o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem de lograr a consolidação da capacidade jurídico-processual dos indivíduos nos procedimentos perante os tribunais internacionais de direitos humanos, que buscam determinar a responsabilidade internacional dos Estados-partes por violações dos direitos protegidos.

No continente europeu, o acesso direto (jus standi) à nova Corte Européia de Direitos Humanos (que substituiu as antigas Corte e Comissão européias) passou a ser outorgado a todos os indivíduos sujeitos à jurisdição dos Estados-partes pelo Protocolo nº 11 (de 1994) de Reformas à Convenção Européia de Direitos Humanos (em vigor desde 1/11/1998).

¹² A legitimidade da atuação, ou o que o Direito do Processo denominaria de competência funcional do Tribunal internacional, decorre do ato internacional que o constituiu, e sujeito de tal ato é, certamente, o tratado ou convenção de que são partes os Estados nacionais. O Direito Internacional ainda tem fonte na vontade dos Estados, pois não existem documentos políticos que sejam universalmente aceitos como fontes jurídicas. Antonio Celso Alves Pereira ensina sobre o fundamento da própria Organização das Nações Unidas: *Considerando, portanto, à época, a natureza da sociedade internacional vestfaliana, os fundadores da ONU buscaram construir um organismo que pudesse ser dotado de poderes que não confrontassem o princípio da soberania dos Estados, e viesse, não para revigorar a finada Sociedade das nações, mas para substituí-la totalmente, estabelecendo, assim, um sistema de segurança coletiva cujo funcionamento só poderia se dar sob o acordo das grandes potências.* (“Reformar a ONU para reconstruir o multilateralismo”, artigo na *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, nº 5 - 2003-2004)

¹³ Antonio Augusto Cançado Trindade é Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco, e foi indicado para Juiz da Corte Internacional de Haia.

No continente americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem de dar um passo de grande transcendência: com a entrada em vigor, no dia 1º de junho de 2001, de seu novo Regulamento (adotado em 24/11/2000), passa a assegurar, pela primeira vez em sua história, a participação direta dos indivíduos demandantes em todas as etapas do procedimento, em denúncias – a ela enviadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – de violações dos direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Trata-se – como me permiti assinalar aos chanceleres dos estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), em minha intervenção na Assembléia Geral da OEA em 4 de junho último – de ponto culminante de um longo processo histórico de gradual emancipação do ser humano vis-à-vis o próprio Estado. Como não é razoável conceber direitos sem a correspondente capacidade processual de vindicá-los, essa evolução se consolidará no dia em que se adotar – como venho sustentando há anos – um Protocolo à Convenção Americana outorgando acesso direto dos indivíduos à Corte Interamericana (passando, assim, do locus standi ao jus standi). Mas já com o novo Regulamento do Tribunal, os indivíduos demandantes passam a desfrutar de igualdade processual com os estados demandados.

O acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional constitui verdadeira revolução jurídica, que lhes possibilita vindicar seus direitos contra as manifestações do poder arbitrário, e que dá um conteúdo ético às normas tanto do Direito Público interno como do Direito Internacional.

Ensina o mestre J. J. Gomes Canotilho sobre as relações entre a ordem interna e a ordem internacional:¹⁴

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina, Coimbra. 1998, p. 1217-1218.

O Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito Interno.

A Corte Constitucional brasileira reconhece a prevalência do direito Internacional em face do direito interno no tema de direitos humanos:

DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional.

2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.


3. *Na atualidade, a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.*

4. *Habeas corpus concedido* (HC 95967, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-02 PP-00407).

4. CONCLUSÃO

O tema sugere que a consciência jurídica universal caminha, a largos passos, no sentido de considerar a pessoa humana como sujeito e centro dos direitos e obrigações no Direito interno e no Direito Internacional, razão mesma da existência do Direito como ciência, técnica e arte da convivência harmoniosa.

Os tribunais passam a constituir a arena obrigatória de resolução, arbitragem, mediação e conciliação entre os contendores através dos meios civilizatórios que são os procedimentos dirigidos por magistrados isentos.

Enfim, os tribunais acabam por legitimar a própria convivência social. 

Visão Crítica das Modificações na Legislação Processual Penal Brasileira — a “Prova” —

Sergio Demoro Hamilton

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

*“O futuro é uma Justiça de faz-de-conta.” **

1. A chamada “reforma pontual” do Código de Processo Penal prossegue a todo vapor. Agora, tomo conhecimento de três novas leis, abrangendo o procedimento do Júri, as provas e os ritos em geral. Como tantas vezes já escrevi, não sou um entusiasta de tais remendos que, aos poucos, transformaram o precário e envelhecido Código numa colcha de retalhos.

A razão invocada para tais modificações é sempre a mesma: tornar mais célere o procedimento. Outra há, não confessada, velada mesmo, mas que surge revestida de clareza solar: deixar a sociedade indefesa, ao enfraquecer, cada vez mais, o Ministério Público. A violência e o “crime organizado”, enquanto tal estado de coisas perdurar, agradecem penhorados. Quem viver, verá.

E o mais grave de tudo é que, se o objetivo declarado do legislador foi o de tornar o processo mais célere, não resta dúvida

* Declaração do Juiz de Direito Fausto Martin de Sanctis, em entrevista concedida ao jornal *O Globo*, 2ª edição do dia 20 de julho de 2008, p. 29 (Seção de Economia).

que, com as novas leis, a emenda saiu pior que o soneto. Quando do exame dos procedimentos, terei a ocasião de examinar os novos ritos, procurando demonstrar o desacerto das reformas.

É certo que há pontos positivos nas três leis que teremos a oportunidade de apreciar, e que serão enaltecidos na medida em que o estudo vier a ser desenvolvido. É de ver, no entanto, que eles pouco representam no conjunto.

2. Por ora, vamos nos ater às modificações relativas à prova, consubstanciadas na Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. As outras alterações ficam para posterior momento, merecendo, cada uma delas, estudo específico, quando da abordagem do Júri e dos procedimentos, que pretendemos empreender. Ao exame, pois, do novo texto legal.

3. O sistema do livre convencimento, agora regulado no art. 155, reitera o preceito constitucional do art. 5º, LV, vedando ao juiz fundamentar sua decisão *exclusivamente* em elementos informativos colhidos no decorrer da investigação preliminar, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. A jurisprudência, em obediência ao Texto Magno, já consagrara tal entendimento, agora reafirmado, expressamente, na lei processual. É bom notar que, antes mesmo da nova lei, todas aquelas matérias, ditas irrepetíveis, podiam vir a ser, pelo menos, discutidas, na fase processual, ensejando-se ao juiz mandar suprir, complementar ou esclarecer o laudo (art. 181 do CPP).

4. Na parte concernente ao ônus da prova (art. 156), permite-se ao juiz, em flagrante violação ao sistema acusatório (art. 129, I da CF), atuar de *ofício*, determinando, *mesmo antes de iniciada a ação penal*, a produção antecipada de provas, desde que as considere urgentes e relevantes (art. 156, I). É, sem dúvida, uma indevida intromissão do juiz na fase de investigação, desde que ultrapasse os exatos limites traçados pela lei. Uma observação: na fase pré-processual não há falar em provas, na sua aceitação técnica, mas em mera colheita de dados que possa ensejar a

formulação da acusação. Assim mesmo, nesta fase, numa leitura do texto à luz da Constituição Federal, não se deveria admitir a atuação de ofício do juiz na fase do inquérito, aguardando-se sempre a iniciativa do Ministério Público.

A intervenção do juiz, na fase pré-processual, só se justificaria de ofício para inibir a prática de atos manifestamente ilegais (art. 5º, XXXV da CF).

5. Uma inovação do Código vem inscrita no art. 157, que estabeleceu o desentranhamento das provas ilícitas do processo, assim entendidas aquelas que importem em violação de normas constitucionais ou legais. A lei nova veio ao encontro da Constituição Federal, que veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI).

Proíbe, também, a chamada prova ilícita por derivação (art. 157, parágrafo primeiro), matéria introduzida em nossa legislação através de influência do direito norte-americano. Trata-se de elaboração cunhada pela Suprema Corte Americana, conhecida como a doutrina do “*Fruit of poisonous tree*” (fruto da árvore venenosa), pela qual o veneno da árvore acaba por contaminar seus frutos. Segundo tal entendimento, muito embora a prova colhida no processo seja lícita, ela deriva de outra obtida por meio ilícito. A nova lei nada mais fez do que registrar o pensamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em mais de um julgado¹.

Quando ainda no plano doutrinário e jurisprudencial, tive a ocasião de tecer críticas severas a tal jurisprudência, salientando que aquelas decisões, ainda que movidas pelas mais elevadas intenções de respeito à Constituição, contribuem para o afrouxamento ético dos nossos costumes, conduzindo, cada vez mais, para a impunidade geral. Advogava, então, a adoção da teoria da proporcionalidade². Agora, no entanto, a matéria não comporta mais

¹ Veja-se a *Revista do Ministério Público - RJ* - nº 11, 3ª Fase, jan-jun 2000, p. 254, nota de rodapé nº 2.

² Anote-se o meu trabalho “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do Direito”, na *Revista do Ministério Público - RJ* - nº 11, 3ª Fase, jan-jun 2000”, p. 253 e seguintes.

discussão, não se tratando mais de jurisprudência ou de tertúlia doutrinária mas de disposição que passou a integrar o Código.

O legislador procurou mitigar o aproveitamento da prova ilícita por derivação, desde que não haja nexo causalidade entre uma e outra ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente, isto é, aquela prova que, por si só, seja capaz de conduzir ao fato objeto da prova (art. 157, § 1º, segunda parte, e 2º). Aqui também a jurisprudência já consagrara tal compreensão da matéria, que veio a ser encampada pelo direito positivo.

Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente (art. 157, § 3º). Trata-se, por sinal, de decorrência lógica da invalidação da prova.

É interessante observar que o parágrafo quarto do art. 157, que acabou vetado em nome da celeridade, apresentava o seguinte enunciado: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão”. Não resta dúvida que o dispositivo em questão era salutar e coerente com o sistema adotado. Porém, os transtornos que traria para a marcha do processo apresentavam-se consideráveis, ao obrigar o juiz que presidiu a instrução a ser substituído por outro que nada sabia sobre o caso. Aplicou-se aqui, observe-se bem, a teoria da proporcionalidade, ao sacrificar-se uma providência razoável em razão dos inconvenientes que causava. Não se pode negar, contudo, que o dispositivo vetado era mais coerente com o caminho traçado pelo legislador em matéria de prova ilícita.

6. Parece-me adequada a modificação sofrida em relação à prova pericial que, agora, passa a ser feita por um só perito, quando realizada por perito oficial, portador de diploma de curso superior (art. 159). Mas aqui termina o elogio.

Quando, no local, não houver perito oficial repete-se, no parágrafo primeiro, a atual redação da lei (art. 159). O texto já merecera críticas em estudo anterior que fiz a respeito da prova penal. Na ocasião dissera:

*Perícia é prova técnica a ser realizada por expert na matéria. Nisso, aliás, é que a prova técnica se distingue da prova oral. Toda pessoa pode ser testemunha (art. 202), porém, nem toda pessoa pode atuar como perito. Em síntese: a perícia, sempre, terá que ser realizada por técnicos especializados”*³

Portanto, o uso da expressão “de preferência”, repetida agora no parágrafo primeiro do art. 159, merece censura. Prova técnica, por excelência, não pode ser elaborada por curiosos, mesmo que competentes em outro ramo do saber.

Aliás, retornando ao *caput* do art. 159, vê-se que ele contém pleonasma ao usar a expressão “exame de corpo de delito e outras perícias”, pois o primeiro nada mais é que mera perícia⁴. São repetidos, aqui, os dizeres do Código de 41 que se revestia da mesma superfluidade.

Já o parágrafo terceiro do art. 159 faculta ao Ministério Público, ao assistente de acusação (*rectius*, do Ministério Público), ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico.

Penso que, numa reforma processual que tem por fim imprimir celeridade e simplicidade para o desfecho do processo, o aludido parágrafo contém pecado mortal e incide em flagrante contradição.

Em primeiro lugar, por admitir a todos aqueles sujeitos processuais que enumera a faculdade de formulação de quesitos. Somente as partes e o juiz, sujeitos principais do processo, poderiam usar daquela prerrogativa, vedando-se ao assistente do Ministério Público (que não atua no processo com os mesmos objetivos do *Parquet*) e ao ofendido (quando não for parte) sua intervenção no processo com aquela finalidade.

Mas não é só; traz-se para o processo penal a figura do assistente técnico, própria do processo civil, onde, em regra, estão em jogo direitos e interesses disponíveis.

³Vide meu livro *Processo Penal - Reflexões*, p. 6, nº 6, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

⁴*Apud, op. cit.* em o nº 03 da nota de rodapé, p. ¾.

Quanta celeridade!
Quanta simplicidade!

Pelo que se lê do parágrafo quarto do art. 159, o assistente técnico só poderá atuar, uma vez admitido pelo juiz, após a conclusão do exame, quando a perícia for elaborada por perito oficial (a lei fala em “peritos oficiais”, mas, como vimos, com a nova lei, só haverá um perito oficial). A regra não se aplica aos “peritos não oficiais” (art. 159, § 4º).

Suponhamos, *ad argumentandum tantum*, que, em determinado caso, o assistente do *Parquet* e o acusado resolvam indicar assistente técnico. Caso tal venha a ocorrer teremos um gigantesco volume dedicado somente à prova pericial, valendo o registro de que podemos ter mais de um assistente do Ministério Público, vários ofendidos (não habilitados como assistentes) e diversos acusados, todos eles indicando assistente técnico.

Quanta celeridade!
Quanta simplicidade!

Cumpra salientar que a hipótese acima formulada, tão somente para o fim de argumentação, nada tem de absurda, pois nos grandes escândalos financeiros, que pululam em nosso país, ela é perfeitamente plausível, até mesmo com a finalidade única de tumultuar e eternizar o processo, retardando seu deslinde. Se observarmos que todos os réus “Vips” responderão soltos ao processo (há alguma dúvida?) e o disposto na Súmula 146 do STF, chegaremos, com facilidade, à conclusão de que o futuro apresenta-se sombrio para a defesa da sociedade.

A fórmula antiga era muito superior: caso a perícia oficial não fosse satisfatória, a autoridade judiciária poderia mandar suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo, ordenando, inclusive, que se procedesse a novo exame, por outros peritos, caso julgasse necessário ou conveniente. Deixava-se ao juiz, assim, possibilidade de examinar a respeito da conveniência da nova perícia ou de, apenas, esclarecer ponto duvidoso do laudo, dando-se ao magistrado prudente discricção (art. 181 e seu parágrafo).

É caso dizer agora: a partir da nova lei, os criminosos de colarinho branco agradecem, mais uma vez, a possibilidade de criar

o maior tumulto no processo, que poderá ter dezenas de pareceres técnicos, dependendo da sua extensão. Refiro-me a tal modalidade de criminoso porque, normalmente, os pobres não se valerão de assistente técnico.

É preciso ter em conta que o confronto pretendido entre diversos laudos e pareceres (nos grandes crimes financeiros), longe de prestar esclarecimentos, só servem para confundir e só aproveitam aos criminosos ricos, que podem contratar técnicos de renome com a finalidade única de espolhar falhas no laudo oficial, garantindo-lhes a impunidade.

O trabalho da perícia oficial, em regra, apresentava-se de boa qualidade técnica não só pela qualificação dos peritos como por sua imparcialidade, restando, sempre, ao juiz a possibilidade de proceder na forma do art. 181 e seu parágrafo do CPP. A afirmação acima não é de mera alegação abstrata, mas decorre da minha longa vivência como Promotor e Procurador de Justiça no Rio de Janeiro.

Somente quando a perícia for realizada por peritos não oficiais é que se exigirá a presença de duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente dotadas de habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Restam de pé as críticas acima feitas em relação à formula que, apenas, estabelece o caráter “preferencial” quanto à especialização, uma vez que esta será sempre necessária. Assim, por exemplo, um engenheiro não pode realizar uma necropsia.

A parte relativa às perícias em geral encontra encerramento com o parágrafo quinto do art. 159, que indica uma série de regras relativas às providências que os interessados poderão requerer no curso do processo judicial, e que são decorrência lógica dos preceitos antes estabelecidos na própria lei.

São elas:

a) requererem a oitiva de peritos para o esclarecimento da prova ou ainda para responderem a quesitos, intimando-se os mesmos com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo as respostas integrar um laudo complementar. A última providência é, sem sombra de dúvida, superior, pois o laudo requer a precisão técnica que o mero depoimento não pode conter.

Desde logo, impõe-se observar que volta a lei a usar o vocábulo peritos no plural, quando, na realidade, agora só haverá um perito oficial. Somente no caso de peritos não oficiais é que atuarão dois técnicos (art. 159, parágrafo primeiro). Penso que as medidas alvitradas acima poderão ser efetivadas em ambos os casos;

b) outra anotação que se faz necessária é que tais providências somente poderão ser levadas a efeito durante a ação penal, pois o parágrafo quinto do art. 159 alude ao processo judicial e às partes. Nada impede que o juiz de ofício tome a iniciativa de todas aquelas medidas, embora a lei somente faça alusão às partes. O sistema da livre convicção motivada e o princípio da verdade processual assim o exigem;

c) os assistentes técnicos também poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou serem inquiridos em audiência. Como de óbvia constatação, no caso dos processos envolvendo os grandes escândalos financeiros, os réus irão requerer toda a sorte de esclarecimentos através de pareceres (ou complementação dos laudos dos assistentes técnicos), gerando um tumulto incontrollável nos processos respectivos. Pergunta-se: e se o juiz, por sentir-se esclarecido, impedindo a alicantina, vier a indeferir, no todo ou em parte, algum daqueles atos? Sempre sobrar a oportunidade para o réu poderoso impetrar um *habeas corpus* alegando cerceamento de defesa e — quem sabe? — obter êxito, em fase do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF).

Começa, então, tudo de novo, com maiores esclarecimentos, outros depoimentos e quejandos.

Como era simples, objetivo e seguro o sistema anterior!

Retorno à minha fala inicial: se o objetivo da reforma foi o de imprimir celeridade aos processos, o tiro saiu pela culatra.

Observe-se, ainda, que os parágrafos 6º e 7º são decorrência do sistema adotado em matéria de perícias, valendo dar ênfase que me parece correta e até mesmo indispensável a adoção da exigência da especialização (parágrafo 7º) por parte do perito oficial e do eventual assistente técnico que atuar no caso em exame,

desde que a matéria a ser apreciada venha a abranger mais de uma área de conhecimento. A regra é correta; o vício vem da origem do sistema adotado, que veio a permitir a figura espúria do assistente técnico no processo penal.

Restará ao juiz, sempre e sempre, fazer uso da regra do art. 184 do CPP (não derogada), indeferindo a perícia que entender desnecessária ao esclarecimento dos fatos, vedando, *ipso facto*, a admissão do assistente técnico (art. 159, parágrafo 4º).

7. Passemos ao ofendido. No Código, em sua versão original, ele era tratado em único artigo contendo um parágrafo (art. 201 do CPP). Agora, com a Lei 11.690/2008, ele viu-se enriquecido com seis parágrafos que lhe emprestaram melhor tratamento.

Foram tomadas diversas providências legais no sentido de dar maior proteção para a vítima. Dessa maneira, o parágrafo segundo determina que ela seja informada do ingresso e da saída do acusado da prisão. Sabe-se que, por força da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, já são estabelecidas normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas. O diploma legal em questão complementa aqueles cuidados cogitados no parágrafo em tela, subsistindo em toda a sua plenitude. São normas que se completam. O aludido parágrafo segundo, ora examinado, ganha extensão, em sua parte final, com os necessários atos de comunicação processual, que, a partir da nova lei, terão que ser fornecidos ao ofendido, mesmo que ele não se tenha habilitado como assistente (dia e hora da audiência, sentença e acórdãos). Sabe-se que, mesmo antes da Lei 11.690/2008, o ofendido podia apelar da sentença ainda que não atuasse como assistente (art. 598). Na atualidade, amplia-se a sua participação no processo, podendo qualquer ato de comunicação processual ser levado a efeito através do uso de meio eletrônico, desde que, para tanto, haja opção da vítima, ficando nos autos cópia do *e-mail* expedido, ou ainda de qualquer outra forma de aviso usada.

Providenciou a lei, com louvável cuidado, que antes do início da audiência e durante sua realização seja reservado espaço separado para o ofendido (201, § 4º).

Haverá, não se pode negar, dificuldade prática na execução da providência, tendo em conta as limitadas instalações das diversas varas criminais. Nem por isso a medida, tanto quanto possível, deverá ser negligenciada, adaptando-se os locais, dentro do possível, de molde a que a vítima fique protegida. Averbe-se que a regra do art. 217 do CPP, que afasta a presença direta do réu durante a instrução criminal, desde que por sua atitude possa ela prejudicar a verdade do depoimento da testemunha, agora foi estendida também ao ofendido, pois antes, absurdamente, só fazia referência à testemunha. A nova lei veio, com inteira propriedade, dar proteção à vítima, não se compreendendo a omissão anterior, embora, no meu entendimento, no regime anterior, por mera integração analógica, deveria encontrar aplicação também em relação ao ofendido⁵. Agora, no entanto, é lei.

Dá-se, ainda, a faculdade de o juiz, caso entenda necessário, encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, compreendendo, de modo especial, as áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado (art. 201, § 5º). Quanto à assistência jurídica, dispomos, no Rio de Janeiro, da Defensoria Pública, que, ordinariamente, presta assistência aos réus. Nada impede, no entretanto, que, em caso de colisão de interesses, atuem dois defensores públicos, um promovendo a defesa do acusado e outro postulando em favor da vítima. Quanto aos demais atendimentos, incumbirá ao juiz, conforme o caso e de acordo com as possibilidades do local, providenciar como de direito. Nada impede que o magistrado exija a prestação devida a expensas do ofensor, como autoriza a lei, diminuindo o ônus do Estado. Aliás, sempre que possível, o réu é que deverá arcar com as despesas de tais programas de assistência ao ofendido, desde que fique demonstrado que dispõe de meios para tal. Na prática, não tenho grande esperança que todas essas medidas possam ser aplicadas, em sua plenitude, apesar do caráter salutar de que se revestem.

⁵ Consulte-se o meu livro *Processo Penal - Reflexões*, p. 11, nº 12, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, onde o assunto é tratado de forma mais detalhada.

Proteção da maior importância vem inscrita no parágrafo 6º do art. 201, ao preservar a intimidade da vítima, compreendendo a sua vida privada, a sua honra e a sua imagem. É de ser ressaltado que o ofendido não está em julgamento, não se justificando, destarte, a sua retaliação. Não se admite, pois, a exibição de seu nome na mídia, seja ela qual for. Para tanto, o juiz *poderá* decretar segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e qualquer outra informação que possam levar a exposição da vítima aos meios de comunicação. Em tal caso, poderão ter acesso aos autos somente o juiz, o Ministério Público e o advogado que atuam no processo, sem falar no escrivão do feito que terá, sob sua guarda, os arquivos respectivos envolvendo aqueles atos.

Cumprê pôr em destaque que tal mandamento vem ao encontro da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, que estabelece as normas de proteção à vítima e testemunhas ameaçadas. Porém, há uma diferença: a nova redação do parágrafo sexto do art. 201 do CPP autoriza o juiz a preservar a intimidade do ofendido independentemente de qualquer ameaça explícita que a vítima esteja sofrendo. O Juiz, antecipando-se, tem a faculdade de determinar, *ad cautelam*, a ocultação dos dados do ofendido. Não resta dúvida que a providência, se bem aplicada, trará bons resultados, principalmente nos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça.

Outra observação a merecer registro é a de que o ingresso no programa da Lei 9.807/99 dependerá, sempre, da anuência da pessoa protegida ou de seu representante legal (art. 2º, parágrafo terceiro), que, a qualquer tempo, poderá solicitar a sua exclusão do programa de proteção, caso venha a ocorrer uma das situações cogitadas nos diversos incisos do art. 10 da Lei 9.807/99. Já no regime da Lei 11.690/2008, a vontade da vítima não conta, ficando a critério do juiz determinar o segredo de justiça, de maneira que fique preservada a intimidade do ofendido na sua vida privada, honra e imagem. Evita-se, dessa forma, o risco que a vítima possa sofrer por parte de criminosos de alta periculosidade. Prevalece, aqui, o interesse público, objetivando a adequada apuração dos fatos, e não somente o risco que o ofendido possa sofrer.

Não resta dúvida que o princípio da publicidade, que encontra respaldo na própria Constituição Federal (art. 5º, LX e 93, IX) e no CPP (art. 792) sofrerá mitigação, justificável diante da necessária apuração da verdade processual, sem falar no resguardo da própria pessoa ofendida. Por sinal, a Carta Magna admite possa ser restringida a publicidade quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

8. É chegada a vez das testemunhas.

Repete-se, aqui, o cuidado, havido com o ofendido, de mantê-las em “espaços reservados”, antes do início da audiência e durante a sua realização (art. 210, parágrafo único do CPP). O objetivo do novo texto legal é o de assegurar a sua incomunicabilidade, objetivando não contaminar a prova. A medida é merecedora de louvor, embora vá ocorrer dificuldade de ordem prática para sua efetivação, pois os juízos terão que ser adaptados às novas exigências da lei. Até que tal ocorra, só caberá ao juiz colocá-las sob permanente vigilância de um oficial de justiça ou de um policial requisitado para tal fim, principalmente antes do início da audiência, pois que, durante ela, sem dúvida, o próprio juiz exercerá a fiscalização, valendo-se do auxílio das partes e do oficial de justiça que servir no ato. Outra finalidade reside na proteção da própria testemunha.

A grande novidade técnica vem contida no art. 212 do CPP, ao consagrar a inquirição direta. As perguntas, a partir de agora, serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, cabendo ao juiz, sobre os pontos não esclarecidos, complementar a inquirição. Não mais vige, entre nós, o sistema presidencial, consagrado na antiga redação do art. 212 do CPP, em que as perguntas das partes eram requeridas ao juiz que, após, caso as deferisse, as formulava para as testemunhas. Isto não quer dizer que o juiz deixe de exercer seu poder de fiscalização na colheita da prova, cabendo-lhe indeferir as perguntas que puderem induzir a resposta, as que não tiverem relação com a causa ou ainda importarem na repetição de outra já respondida.

Ao final, segundo dispõe o parágrafo único do art. 212 do CPP, em sua nova redação, o juiz poderá complementar a inquiri-

ção no objetivo de aclarar pontos que ainda não ficaram suficientemente esclarecidos.

A via traçada pela nova lei é a mais compatível com o sistema acusatório, que, de acordo com o Texto Magno, deveria orientar toda a legislação processual penal, de maneira a garantir a imparcialidade do juiz.

Não chega a ser novidade em nosso direito positivo tal forma de inquirição de testemunhas. Com efeito, em se tratando de depoimento prestado perante o plenário do Tribunal do Júri (antigo art. 467) já havia a inquirição direta, facultando-se, inclusive, aos próprios jurados a formulação de perguntas às testemunhas de forma direta, sem a intermediação do juiz.

Em alguns países (como ocorre no Júri anglo-americano), as partes inquirem as testemunhas de forma alternada. É o sistema do *cross examination*. Porém, há particularidades, pois o juiz que preside o Júri não intervém formulando perguntas. A afirmação é bastante genérica, pois lá, nos Estados Unidos, existem em torno de 40 sistemas processuais diferentes. Entre nós, não se pode dizer que a nova lei adotou o exame cruzado em toda a sua pureza, pois neste o juiz não intervém, ficando a inquirição das testemunhas como tarefa exclusiva das partes.

Curiosamente, na atual legislação, em relação ao Tribunal do Júri, há um sistema misto, que se afasta do regramento geral previsto no art. 212, pois o sistema presidencialista ressurgiu no art. 473, § 2º, ao permitir possam os jurados formular perguntas por intermédio do juiz presidente. Além do mais, a intervenção do juiz presidente se dará em primeiro lugar (art. 473, cabeça).

Portanto, a participação do juiz na inquirição de testemunhas não foi, de todo, abolida.

Ambos os sistemas apresentam vantagens e desvantagens. O sistema presidencial, tradicional em nosso direito processual, apresentava o inconveniente de possibilitar à testemunha preparar a resposta. O atual, da inquirição direta, pode atemorizar a testemunha, acarretando a intervenção do juiz para corrigir a distorção, assim como enseja ao magistrado, ao final do depoimento, possa complementar a inquirição, suprimindo eventuais pontos não

esclarecidos. De qualquer maneira, o critério agora adotado é o que mais se compadece com o sistema acusatório.

Ainda no tópico das testemunhas, a redação do art. 217 do CPP tornou-se mais explícita ao prever que a presença do réu possa causar “humilhação, temor ou sério constrangimento” à testemunha ou ao ofendido de modo que prejudique a verdade do depoimento. Se assim for, a inquirição se dará por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma é que será determinada a retirada do réu, prosseguindo, então, a colheita da prova na presença somente do defensor do acusado.

O primeiro aspecto a ser destacado com a nova dicção do art. 217 reside no fato de que o legislador procurou ser mais específico ao indicar os casos em que a norma em questão terá aplicação: “humilhação, temor ou sério constrangimento” causados à testemunha ou ao ofendido. Antes a lei falava apenas na presença do réu que, “pela sua atitude”, pudesse influir no ânimo da testemunha.

O segundo ponto a merecer ênfase foi a inclusão do ofendido, ao lado da testemunha, entre os beneficiários da providência. Sempre sustentamos que, por mera integração analógica, a proteção em questão deveria ser estendida ao ofendido⁶. Não se compreendia a omissão do legislador, agora suprida com a nova redação do art. 217.

Também inovou a lei ao determinar, nos casos indicados no art. 217, que a inquirição se faça por videoconferência. A jurisprudência, voltada para o interrogatório do réu, recebia, com reservas, a adoção da videoconferência (*on line*), ocorrendo manifestações favoráveis (TACrim SP, RJTACrim, SP, 33/377), bem como outras no sentido da sua invalidade (TACrim SP, RJTACrim SP 33/382), ao passo que o STJ, ao decidir sobre a matéria, não a vedou de todo, desde que a saída do réu do estabelecimento prisional viesse a acarretar algum perigo (5ª Turma, 742/579)⁷.

⁶ Apud *op. cit.* in nº 05 destas notas.

⁷ Para melhor exame, leia-se o meu livro *Estudos de Processo Penal*, 3ª série, p. 134/135, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.

Incumbe salientar ainda que o Pretório Maior, embora, repita-se, voltado para o interrogatório, entendeu pela inadmissibilidade da sua realização mediante videoconferência, por tratar-se de forma singular não prevista no ordenamento jurídico (STF, HC, 88.914/2ª Turma)⁸.

Agora, passa a ser lei a aplicação da videoconferência pelo menos para a inquirição da testemunha e do ofendido, desde que presentes os motivos indicados no art. 217. *Somente na impossibilidade dessa forma* é que o juiz determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do defensor do acusado. Sacrifica-se, por relevância de motivo, a autodefesa, mantendo-se, sempre, a indispensável defesa técnica (art. 261 do CPP).

Há um fator complicador na aplicação da aludida novidade legislativa.

É que os diversos juízos precisarão adaptar-se à lei, dotando-se dos necessários recursos técnicos para que a nova orientação possa encontrar aplicação. Averbese-se que a lei somente admite a retirada do réu quando não for possível a videoconferência. Acredito que esta e outras inovações trazidas pela lei, ainda por bom tempo, custarão a ser adotadas (lugar reservado para o ofendido e para as testemunhas, videoconferência etc...). Outrossim, é preciso que se tenha em conta que a realidade do país não é a dos grandes centros, impondo-se, ademais, a observação de que, mesmo estes ainda irão demorar a adaptar-se às inovações, pois terão que buscar espaços e recursos para que a lei possa ser cumprida.

O art. 217, em seu único parágrafo, estabelece que a adoção da providência, devido ao seu caráter excepcional, deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. A advertência já constava ao final da redação original do art. 217 do CPP, e torna-se indispensável para que fique memória nos autos, pois tratando-se de medida restritiva de direitos, implica em sacrifício da autodefesa, subsistindo, de qualquer maneira, a defesa técnica

⁸ Revista *Magister de Direito Penal e Processual Penal*, nº 20, p. 72 e seguintes, com rica apreciação doutrinária do Promotor de Justiça Rômulo de Andrade Moreira (MP da Bahia), no comentário a respeito da decisão sob o título "O STF e o interrogatório por videoconferência".

ca, esta sempre indispensável (art. 261 do CPP e art. 5º, LV e 133 da CF).

Há, ainda, um outro aspecto a ser analisado. Ele diz respeito às novas regras de procedimento que irão reger o processo penal. De acordo com elas, o procedimento será comum ou especial, sendo que aquele será ordinário, sumário ou sumariíssimo (art. 394), aplicando-se, subsidiariamente, aos procedimentos especial, sumário e sumariíssimo as disposições do procedimento ordinário (art. 394, § 5º). Pois bem: adota o Código, agora, o princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º), sendo toda a prova oral colhida na audiência de instrução e julgamento (art. 400), em que o acusado é interrogado, sempre, por último. Caso ocorra a hipótese do art. 217, duas situações podem ocorrer: dá-se a videoconferência ou, caso não seja possível a sua realização, o afastamento do réu. De qualquer maneira, o réu terá que aguardar para ser interrogado ao final da colheita das provas.

Não foi sem razão que Polastri⁹, ao examinar os projetos de reforma do CPP, salientou, ao cogitar da videoconferência para a colheita da prova oral, que a matéria ainda demandará melhor regulamentação.

9. Para finalizar, ao tratar do art. 386 do CPP, a nova lei acrescentou mais um fundamento para a absolvição, no inciso IV, “quando ficar provado que o acusado não concorreu para a infração penal” e não somente pelo fato de não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal. A nova redação, sem dúvida mais completa, apresenta reflexos perante a jurisdição civil.

10. Que dizer, em resumo, da reforma pretendida em relação à prova, abordando seus principais tópicos?

10.1 Se o objetivo da reforma foi o de imprimir celeridade aos processos, não resta dúvida de que ele não será atingido.

⁹ LIMA, Marcellus Polastri, *Manual de Processo Penal*, p. 867, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007.

É que não se cogitou de providenciar uma ampla reforma estrutural do Poder Judiciário, de molde a atender às pretendidas finalidades.

O mais grave, porém, foi o enfraquecimento da sociedade para realizar o enfrentamento do crime, saindo, mais uma vez, prejudicada a atuação do Ministério Público no sentido de órgão promotor da ação penal pública, pois a maioria das medidas implementadas só servirão para criar novos entraves para o andamento do processo.

10.2 As providências indicadas nos itens 3 e 5 (*supra*) limitam-se a incorporar ao Código regras emanadas da Constituição Federal e já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, o que é aconselhável e correto.

Mas aqui termina o encômio.

10.3 No item 4 (*supra*) vê-se, da análise feita, que o juiz pode, de ofício, determinar a colheita de provas mesmo antes da propositura da ação penal, violando, nesse passo, frontalmente o sistema acusatório em fase eminentemente inquisitiva, e fazendo do Ministério Público uma espécie de dois de paus no inquérito policial.

Por que a desconfiança para com o *Parquet*?

Por que a violação ao texto constitucional (art. 129, I)?

10.4 Agora, um louvor: a adoção de um só perito oficial (art. 159) ao invés de dois, como ocorria na lei anterior (item 6, *supra*). Porém, logo após, o próprio legislador encarrega-se de destruir a simplificação, ao permitir a figura do assistente técnico, personagem típica do processo civil, que, no campo penal, só irá contribuir para eternizar os feitos criminais. É o ponto negativo por excelência da reforma.

É evidente que somente os réus “vips” irão beneficiar-se de assistentes técnicos, engrossando os processos com dezenas de pareceres técnicos, nos casos de grandes escândalos financeiros que agitam, a todo momento, o nosso país, todos contestando o laudo

do perito oficial na parte em que não lhes seja favorável. Averbese que é comum, em tais casos, haver vários acusados. Todos, seria ocioso dizer, constituirão assistentes técnicos, pagos a peso de ouro, no objetivo de invalidar a perícia oficial ou, quando menos, com o fito único de gerar tumulto processual.

Por que não manter o sábio critério adotado no art. 181 e seu parágrafo do CPP, de tão bons resultados?

A trazida dos assistentes técnicos para o processo penal talvez tenha sido o ponto mais vulnerável das inovações em matéria de prova.

10.5 Na parte relativa ao ofendido (7, *supra*), que, antes, era tratado em apenas um artigo do CPP (201) acrescido de um parágrafo, teve ele resguardada a sua proteção através da prática de uma série de providências, sem dúvida elogiáveis, mas que irão retardar bastante a marcha processual. Com efeito, basta ler os diversos parágrafos que passaram a ornamentar o art. 201. Talvez fosse de melhor aviso que tais medidas protetoras ficassem restritas somente ao processo por crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ressaltando-se a possibilidade de o ofendido requerer os resguardos da lei em outras hipóteses. No fim de contas, o objetivo da reforma não foi o de acelerar os processos? Seria o caso concreto o indicador do caminho a seguir. Não se pode esquecer que o ofendido já conta com o programa especial de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, preconizado na Lei 9.807 de 13 de julho de 1999.

Aliás, era inexplicável a omissão do nome do ofendido no art. 217 que, somente, protegia as testemunhas.

O espaço separado que ficou reservado para a vítima (antes e durante a realização das audiências), louvável e correta providência do legislador, por enquanto figurará como mero exercício de futurologia, já que o Foro não está habilitado a propiciar nem à vítima nem às testemunhas (7, *supra*) tais instalações.

Da mesma forma, o cuidado de preservar a imagem da vítima de maneira que sua vida privada, honra e imagem não sejam expostas à mídia merece encômios, facultando-se, mesmo, ao juiz

decretar segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos ou qualquer outra informação que possa trazer risco à pessoa do ofendido.

10.6 Quanto às testemunhas (8, *supra*):

Repete-se, aqui, o cuidado digno de aplauso, de resguardar a incomunicabilidade das testemunhas, através de “espaços reservados” para elas, de maneira que uma não se comunique com a outra, bem como que fiquem protegidas. Ficam aqui registradas as mesmas observações feitas acima em relação ao ofendido (10.5). As dificuldades estruturais do nosso Foro (não só no interior como também nos grandes centros) bem demonstram que a reforma processual passou ao largo da realidade.

O ponto alto da reforma em relação à prova testemunhal, sob o aspecto técnico, situa-se no art. 212, ao dispor sobre a inquirição direta. Agora, as partes formulam suas perguntas diretamente às testemunhas, ficando abolido o sistema presidencial, tradicional em nosso direito. A intervenção do juiz dar-se-á ao final do depoimento sobre pontos não esclarecidos, complementando a inquirição. Isto não significa que o juiz fique impedido, já no decorrer do depoimento, de interferir nas perguntas, vedando aquelas que puderem induzir a resposta, as que não tiverem relação com a causa ou ainda importarem na repetição de outra já respondida. Ao presidir a relação processual, ao juiz incumbe prover à regularidade do processo (art. 251 do CPP), evitando qualquer distorção na colheita de material probatório.

Não se pode negar que tal modalidade de inquirição é a mais compatível com o sistema acusatório. Assinale-se que, no Júri, perante o plenário, nossa lei processual já previa a inquirição direta feita pelos jurados (art. 467), o que já excepcionava a regra geral do sistema presidencial.

Na atualidade, há um sistema singular em relação ao Tribunal do Júri (art. 473, § 2º), que será estudado no momento oportuno, quando nos ocuparmos daquela modalidade de procedimento.

Ainda em relação à prova testemunhal, determina-se, no caso particular do art. 217 do CPP, a realização da inquirição por

videoconferência e, somente na impossibilidade da sua realização é que se determinará a retirada do réu. Vislumbramos sérias dificuldades práticas para a adoção da medida, sem falar em outros aspectos que já analisamos acima, quando nos ocupamos do ofendido (7, *supra*).

Penso, assim, que a lei exigirá prévia regulamentação, mesmo no caso de afastamento do imputado, em face da topologia no procedimento adotado pela nova lei em relação ao réu, sempre interrogado ao final da prova oral.

11. Termino como comecei: lamentando, no geral, a nova lei, embora, aqui e ali, possam ser apontados pontos positivos. Seria funesto que ela somente apresentasse aspectos negativos. A parte ré, mais uma vez, saiu amplamente beneficiada, em detrimento da sociedade, que se vê cada vez mais desprotegida. Nem mesmo quanto à celeridade, os objetivos (pelo menos, oficiais) foram atendidos.

Agora, só nos resta rezar e passar a tranca na porta. 📖

A Redução de Danos enquanto Pilar da Estratégia de Luta contra as Drogas

Eduardo Maia Costa

Juiz do Supremo Tribunal de Justiça - Portugal.

Em Portugal, a redução de danos constitui um dos pilares da estratégia de luta contra as drogas, a par dos outros, ou seja: a prevenção, o tratamento, a reinserção social e a repressão do tráfico.

É importante frisar que nenhuma relação de hierarquia existe entre eles, e nomeadamente entre o tratamento e a redução de danos, em termos de dever ser dada *preferência* àquele sobre esta. Pelo contrário, a redução de danos tem uma justificação específica e uma área própria de intervenção, que a elevam a instrumento de intervenção *principal*, e não subsidiária, e consequentemente a agente principal, a par dos outros, da estratégia estatal em matéria de estupefacientes.

Embora de forma algo cautelosa, a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga (ENLCD) de 1999, o documento fundador da nova política, define claramente o alcance e dimensão da redução de danos: “Do que se trata é de, em certas situações-limite, prescindir da abstinência como objectivo imediato e necessário, por forma a assegurar uma intervenção quando o consumo de drogas se apresenta como um dado incontornável. E se essa intervenção é, numa primeira análise, inspirada por uma atitude eminentemente pragmática, não é menos verdade que responde, também, à preocupação ética de respeitar e promover os direitos dos toxi-

codependentes.” (nº 63) *Pragmatismo e humanismo* encontram-se e enlaçam-se para produzir um novo tipo de intervenção que encara o toxicodependente não como uma entidade destituída de discernimento e vontade próprias e, como tal, merecedora de tutela paternal do Estado, a exercer por meio de uma intervenção regeneradora médico-terapêutica, mas sim como *pessoa humana*, autónoma, responsável e titular de direitos.

Foi esta diferente perspectiva dos limites da intervenção do Estado e o diferente enquadramento do toxicodependente (embora ambigualmente “classificado” como “doente”, sendo no entanto óbvio que esse rótulo se destinava a acentuar o contraste com o anterior enlace toxicodependente/delinquente) que suscitou naturais reacções dos que estavam amarrados à ideologia do tratamento, de notório signo político conservador, que logo acusaram a ENLCD de “capitulação” perante o “inimigo droga”.

Essas críticas não terão sido completamente ineficazes, pois foi com alguma lentidão que a ENLCD foi sendo implementada. A descriminalização do consumo, outra medida emblemática desse programa legislativo só foi publicada em Novembro de 2000 (Lei nº 30/2000, de 30-11) e a lei da redução de danos em Junho de 2001 (DL nº 183/2001, de 21-6).

Mas a sua aprovação não deixou de representar um marco histórico na legislação de estupefacientes, pois aí o legislador português assumiu frontalmente, contrariamente ao que aconteceu na maioria dos países europeus, em que a redução de danos, embora praticada generalizadamente, nunca recebeu a legitimação política parlamentar.

É certo que também em Portugal já vinham sendo seguidas avulsamente medidas de redução de danos, algumas desde os anos 80, sobretudo no quadro da luta contra a SIDA (foi o caso, especificamente dos programas de distribuição e troca de seringas). Mas, o estabelecimento de um regime global e coerente, num único diploma e com o aval parlamentar, conferiu efectivamente à redução de danos uma dignidade evidente no plano interno e mesmo no quadro europeu.

É de reconhecer, porém, que o legislador foi demasiado cauteloso. Os programas de redução de danos previstos na lei já eram, na sua maioria, praticados anteriormente (gabinetes e apoio a toxicodependentes, equipas de rua, centros de acolhimento, centros de abrigo, troca de seringas). De verdadeiramente inovador registam-se apenas os “pontos de contacto e de informação”, que podem funcionar, embora “excepcionalmente”, como postos móveis de informação sobre a composição das drogas, situados na proximidade de locais associados ao consumo, e nomeadamente em locais de diversão para jovens, sendo equipados com instrumentos destinados a testar a composição e os efeitos das drogas; e ainda os “programas para consumo vigiado”, vulgo, “espaços para consumo assistido”, destinados ao consumo intravenoso asséptico.

Quanto a esta última medida, as cautelas do legislador foram ainda mais intensas, ao obrigar a que a iniciativa da sua implementação pertença aos municípios ou a entidades particulares vocacionadas para a luta contra a toxicodependência. Ou seja, o Estado relegou para as autarquias e para as instituições privadas que normalmente estão orientadas para outra estratégia (o tratamento) a implementação destes programas. O resultado não é surpresa: até hoje nenhuma iniciativa foi tomada para a instalação das tais “salas”. Só na Câmara Municipal de Lisboa se registou uma iniciativa nesse sentido, mas que foi logo abandonada. Quer isso dizer que as “salas de consumo assistido” continuam apenas na letra da lei.

Em contrapartida, a lei veio dar legitimidade plena aos programas de substituição em baixo limiar (metadona), praticados até então só em alguns Centros de Atendimento a Toxicodependentes e sob reservas ou críticas de parte significativa dos técnicos de saúde afectos aos serviços. Terá sido porventura neste aspecto que a lei terá tido efeitos mais evidentes, ao permitir a prática generalizada de tais programas.

Não foi, porém, sem resistências que a redução de danos foi ocupando o seu espaço na política relativa à toxicodependência. As vicissitudes políticas dos anos que se seguiram à publicação da lei não lhe foram favoráveis, pois assumiram o poder as forças po-

líticas (de centro-direita e direita) que se tinham declarado contrárias à ENCLD. As direcções do Instituto da Droga e Toxicoddependência (IDT) entre 2002 e 2005 mantiveram sempre uma posição ambígua, se não desfavorável, quanto à implementação no terreno da redução de danos. Porém, desde 2005, com o retorno ao poder da força política que tinha protagonizado a mudança de estratégia, o Partido Socialista, alterou-se naturalmente a situação.

O Plano Nacional contra a Droga e as Toxicoddependências de 2006 retoma a redução de danos como elemento nuclear da política sobre as drogas e fixa três objectivos: a construção de uma *rede global* de estruturas, a criação de programas destinados a grupos específicos; e o desenvolvimento de um processo de melhoria contínua da intervenção em redução de riscos.

Da leitura do Relatório Anual de 2007 do IDT, no capítulo referente à redução de danos, constata-se o esforço que vem sendo feito no financiamento e acompanhamento de equipas de rua, na criação de gabinetes de apoio e centros de acolhimento e unidades móveis para programa de substituição de baixo limiar, tudo em execução do Plano de 2006.

Ao menos aparentemente, a redução de danos apresenta-se hoje como mais consensual, não só entre os técnicos, mas na própria sociedade, e até a nível político.

Há que registrar, no entanto, uma acesa controvérsia a nível parlamentar, quando da discussão da que viria a ser a Lei nº 3/2007, de 16-1, que criou um programa específico de troca de seringas nos estabelecimentos prisionais.

A polaridade direita/esquerda manifestou-se então de novo com grande nitidez e críspação, demonstrando o carácter intensamente político que a redução de danos envolve. A maioria parlamentar de esquerda permitiu a aprovação da lei. Mas desconhece-se o seu grau de execução, sendo certo que a lei conta também, como “inimigo”, com o corpo de guardas prisionais...

Poderemos, pois, concluir que a redução de danos vai fazendo o seu caminho em Portugal, com uma progressiva firmeza, que resulta em parte da sua consagração em lei, e noutra parte da sua inscrição como preocupação central do plano de acção do IDT.

Também nenhuma reacção negativa se regista a nível da opinião pública ou da sociedade.

Mas tal não significa que uma mudança de sinal a nível do poder político não venha a renovar dúvidas e incertezas quanto ao seu futuro...

Em qualquer caso, a política de redução de danos, para poder ter um maior sucesso, impõe uma revisão da lei penal da droga.

Desde logo, porque a lei da descriminalização do consumo, ao estabelecer como limite quantitativo 10 doses diárias, manteve consequentemente a criminalização da aquisição ou detenção de quantidades superiores.

Por outro lado, o actual quadro legislativo, ao prever o crime de traficante-consumidor em termos muito restritivos (o agente, ao praticar o tráfico deve visar *exclusivamente* ao financiamento do consumo e não pode deter uma quantidade superior a cinco doses diárias), lança para o crime de tráfico (punido com uma pena de 4 a 12 anos de prisão, ou com pena de 1 a 5 anos de prisão quando for de “menor gravidade”) grande parte dos consumidores que se dedicam ao pequeno tráfico para financiar o seu consumo (e também para sobreviver...), lançando-os consequentemente nas malhas do sistema prisional.

Embora não haja dados recentes, a percentagem, entre os reclusos, de consumidores condenados por crimes de tráfico motivados pelo financiamento do consumo é elevada.

Ou seja: a descriminalização do consumo foi apenas parcial (limitada à detenção ou aquisição de quantidades não superiores a 10 doses diárias); e a punição dos consumidores vem a efectivar-se também por via oblíqua, através da punição do tráfico de pequenas quantidades destinado ao financiamento do consumo.

Essencial se mostra, assim, descriminalizar integralmente o consumo. E, por outro lado, separar, a nível do tratamento penal, os consumidores que recorrem à venda de estupefacientes dos (apenas) traficantes.

O sucesso da redução de danos neste vasto grupo de consumidores exige uma menor intervenção repressiva, ou melhor, uma intervenção penal que evite o mais possível o encarceramento.

Mas o sucesso da redução de danos está também relacionado com a política de reinserção social. Estes dois tipos de intervenção são complementares e mutuamente se apoiam e reforçam. As situações de marginalidade ou de extrema carência não favorecem e até dificultam a redução de danos; da mesma forma que, sem esta, a reinserção social será mais difícil.

Concluindo:

A redução de danos ocupa actualmente, em Portugal, um lugar central na política sobre a toxicodependência.

Essa centralidade é essencial para a “des-dogmatização” e humanização da abordagem deste problema, e eventualmente para uma futura mudança de paradigma.

Por isso, é tão importante o sucesso da redução de danos. 📄

Notas sobre a (In)Disponibilidade do Objeto Litigioso e a Arbitrabilidade

Leonardo Faria Schenk

Doutorando e mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor convidado de Processo Civil da EMERJ. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Experiências legislativas recentes têm demonstrado uma possível mudança nos rumos da arbitragem ao desvincular, em alguns casos, a disponibilidade do objeto litigioso do cabimento desta via alternativa de solução dos conflitos. O presente estudo enfrentará o tema em breves linhas, dedicando-se aos traços marcantes de alguns modelos normativos, sem descurar do quadro brasileiro que, sobre o assunto, revela poucos sinais de avanço.

2. SINAIS DE AVANÇO: A DESVINCULAÇÃO ENTRE A ARBITRAGEM E A DISPONIBILIDADE DO OBJETO

As exigências dos tempos atuais e as suas dificuldades confirmam que novas, a cada dia, são as razões para o estudo dos mecanismos alternativos de solução das controvérsias, como bem destacou CAPPELLETTI.¹

Nesse contexto, e por revelar novos rumos para o tema da arbitrabilidade dos direitos patrimoniais indisponíveis, merece

¹ CAPPELLETTI, Mauro. "Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça". *Revista de Processo*, RT-SP, n.º 74, ano 19, abril-junho/94, p. 89.

destaque a recente previsão no ordenamento alemão autorizando que qualquer direito de caráter patrimonial seja objeto de uma convenção de arbitragem.

Como destacado por RICCI, hoje, no direito alemão, no “âmbito patrimonial, [...] também as matérias indisponíveis podem ser decididas por árbitros: a disponibilidade do objeto da lide constitui pressuposto apenas das matérias não patrimoniais.”² É o que dispõe do art. 1.030 da ZPO:

§ 1.030. Materias susceptibles de arbitraje

*1) Toda pretensión de derecho patrimonial puede ser objeto de un convenio arbitral. Un convenio arbitral sobre pretensiones de derecho no patrimonial tendrá eficacia jurídica en tanto las partes estén facultadas para transigir sobre el objeto litigioso.*³

Ao se deparar com essa autorização, distinta do panorama normalmente visto sobre o tema, RICCI questiona se o modelo alemão de arbitrabilidade dos litígios deve ser encarado como uma ilha, “a ser justificada como manifestação das idéias típicas de certo Estado”, ou como algo mais, a significar “a possível (ou provável) conclusão para o caminho em curso, na disciplina mundial da arbitragem.”⁴

² RICCI, Edoardo F. “Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem: reflexões evolutivas”. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Org). *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 404.

³ RAGONE, Alvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código procesal civil alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra de Falco*. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V., Uruguay, 2006, p. 451.

⁴ RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 408. A importância da experiência alemã para o direito processual civil foi destacada recentemente pelo professor BARBOSA MOREIRA: [...] “E desnecessário ressaltar a importância do direito alemão, na área do processo civil não menos que noutras, como ingrediente de toda investigação científica que pretenda atingir maior profundidade. Para começar, ninguém o ignora, foi na Alemanha que se realizaram, na segunda metade do século XIX, as primeiras tentativas modernas de estudar cientificamente o processo, relegado até então à condição de mero apêndice do direito material. Alemães foram os juristas que lançaram as bases dogmáticas, até hoje em grande parte

O questionamento é importante, mas, sabidamente, uma resposta adequada depende de inúmeros fatores.

Nessa linha, citando as idéias de ALDO BERLINGUER sobre a arbitrabilidade das lides, depois de observados os direitos italiano, francês e norte-americano, leciona que uma possível resposta deve levar em consideração, principalmente, que “os limites da arbitrabilidade das lides são muito móveis, porque a noção de disponibilidade do direito material é interpretada de maneira ampla e compreensiva de importantes casos, nos quais as teses negativas seriam, provavelmente, as mais certas, sob o ponto de vista do sentido literal da lei”.⁵

Os exemplos de flexibilização não param no direito alemão.

Sintomas de evolução, rumo à admissibilidade de arbitragem nas matérias patrimoniais indisponíveis, também são encontrados no direito italiano, em lei específica que permitiu, recentemente, a arbitragem no âmbito do direito das sociedades envolvendo tema de fundo indisponível. Ficou proibida a decisão por equidade nesses casos, mas não a arbitragem em si mesma, implicando, para RICCI, mesmo que em espaço reduzido, a inclinação pelo modelo alemão.⁶

Em reforço, de modo mais amplo, tem-se a hipótese de delegação ao árbitro do poder para decidir sobre a nulidade da cláusula arbitral e do próprio contrato em que ela se encontra inserida. Sendo a disciplina das nulidades indisponível, não sujeita à convenção das partes, o reconhecimento da autonomia da cláusula compromissória revelaria, para este autor, como consequência inevitável, a tendência rumo à admissibilidade da arbitragem.⁷

válidas, da ciência processual contemporânea. A ZPO de 1877 constituiu marco importantíssimo na história legislativa da justiça civil. E, no campo doutrinário, aquele país continuou, na centúria passada e no início desta, a exercer papel de imenso relevo.” **Palavras Previas** escritas para a obra **Código procesal civil alemán (ZPO)**. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo, citada acima.

⁵ RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 408-409.

⁶ A mesma conclusão é afirmada em estudo específico sobre a arbitragem societária: “con l’arbitrato societario il diritto italiano si inserisce parzialmente in una linea di tendenza, che altrove ha già dato frutti ben più ampi.” RICCI, Edoardo F., “Il nuovo arbitrato societario”, in *Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile*, ed. Giuffrè, Milano, 2003, p. 536.

⁷ Cf. nota 29.

Segundo essas formulações e, principalmente, com apoio nos exemplos citados, parece inexistir uma necessária vinculação entre a arbitragem e a disponibilidade do objeto da controvérsia, ficando o tema antes entregue à política legislativa de cada Estado. Assim, a disponibilidade do objeto começa a deixar de ser vista como pressuposto essencial para a decisão, pelo juízo arbitral, dos conflitos envolvendo direitos patrimoniais.⁸

3. AINDA NA LINHA EVOLUTIVA: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS PORTUGUÊS

Também relevando avanços, merece atenção o Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA),⁹ que entrou em vigor em Portugal em 1º de janeiro de 2004, consagrando, de modo geral, em capítulo próprio, a arbitrabilidade das questões administrativas, em atendimento ao disposto no art. 1º, 4, da Lei de Arbitragem Voluntária.¹⁰

Nesse diploma, todo o Título IX foi dedicado à arbitragem. Um dos seus dispositivos (o art. 180º) dispõe que, sem prejuízo do previsto em lei especial,¹¹ pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de questões:

(i) relativas a contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos ligados a sua execução;

⁸ Necessária, contudo, a ressalva no sentido de que o “caráter indisponível da lide não implica em si mesmo a proibição de juiz privado, mas, sim, a proibição de decisão por equidade, pois essa decisão pode prescindir da aplicação da lei.” RICCI. O presente e o futuro da cláusula compromissória e de sua atuação. *In: Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão / questões polêmicas.* Com a colaboração de Marilza Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132

⁹ Aprovado pela Lei 15/2002, de 22 de fevereiro, e alterado pela Lei 4-A/2003, de 19 de fevereiro. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt>. Acesso em 03.08.2008.

¹⁰ A Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa exige lei especial para a arbitrabilidade dos litígios de direito administrativo. Lei 31/86, de 29 de agosto. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt>. Acesso em 03.08.2008.

¹¹ A legislação especial mencionada, para citar alguns exemplos relevantes, trata do Regime Jurídico de Empreitada de Obras Públicas (RJEOP), instituído pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e do Regime aplicável aos contratos de investimento estrangeiro, fixado pelo Decreto-Lei n.º 321/95, de 28 de novembro, ambos estabelecendo regimes especiais de arbitragem de litígios jurídico-administrativos em Portugal.

- (ii) *de responsabilidade civil extracontratual, incluindo o direito de regresso;*
- (iii) *relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva, ressalvando a admissibilidade do juízo arbitral na hipótese em que exista interesse de terceiro, salvo se estes aceitarem o compromisso.*

Para OLIVEIRA, ante o novo contencioso administrativo português, “torna-se claro [...] que o debate sobre a arbitrabilidade de litígios com entes públicos se desloca, no que ao Direito administrativo respeita, do plano da *abstracta admissibilidade* para o plano da *concreta configuração e limites* do recurso ao instituto [...]”.¹²

Assim, ao prever a possibilidade de os árbitros apreciarem a legalidade dos atos administrativos, tema que, à luz da concepção clássica, estava fora do alcance da arbitragem em razão do critério da disponibilidade, o CPTA inaugurou inúmeros debates.

Leciona a autora que “a faculdade que é agora legalmente cometida aos árbitros representa aparentemente uma erosão no critério da disponibilidade do direito, ou, mais rigorosamente, no significado que, na concepção tradicional, este assumia.”¹³

Observando a hipótese com atenção, depois de contextualizá-la no ordenamento jurídico português, afirma, contudo, que a “nova regulação da matéria da arbitragem no contencioso administrativo português só muito limitadamente pode, na realidade, ser encarada como um avanço de relevo na abertura da arbitragem ao controlo da legalidade de actos administrativos.”¹⁴

Isso porque, segundo destaca, os novos artigos do CPTA não depõem contra a valia do critério da disponibilidade do direito, com o sentido que tradicionalmente lhe era atribuído no ordenamento português. Nas palavras da autora:

¹² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 55.

¹³ OLIVEIRA. *Arbitragem...*, p. 57.

¹⁴ OLIVEIRA. *Arbitragem...*, p. 57-63.

*Assim, o campo de arbitrabilidade dos litígios de Direito administrativo alarga-se efetivamente por força da referida alternatividade entre acto e contrato, mas não porque deixe de valer ou sofra erosão o critério da disponibilidade do direito. Antes é o próprio espaço de disponibilidade concedido à Administração Pública que se alarga. Confirma-se, pois, que a arbitrabilidade dos litígios jus-administrativos obedece o critério geral da disponibilidade da situação material controvertida, expressamente estipulado no art. 1.º/1 da LAV para os litígios de Direito privado e interpretativamente extraído do art. 180.º/1 do CPTA, para os litígios de Direito Público.*¹⁵

Na mesma linha, CALVÃO e MONTEIRO lecionam que a previsão do art. 180.º, embora possa, de início, reunir questões sobre direitos indisponíveis, também se encontra sobre a restrição da Lei Geral de Arbitragem. E afirmam:

*Na verdade, se há matérias de direito administrativo que estão, do ponto de vista substantivo, subtraídas à vontade das partes, forçoso é proibir a estas últimas a obtenção dum resultado, que lhes está legalmente vedado, através de um processo indirecto de desistência do pedido ou da instância, da confissão ou de transacção judicial efectuada no âmbito de um conflito confiado a um tribunal arbitral.*¹⁶

Dessa forma, a experiência recente do ordenamento português, ao afirmar a legitimidade do critério da disponibilidade e, ao mesmo tempo, aclarar a necessidade de tratar seus limites *in concreto*, e não como entrave geral à arbitrabilidade, revela importantes diretivas para a necessária conformação entre a dispo-

¹⁵ OLIVEIRA. *Arbitragem...*, p. 69.

¹⁶ CALVÃO, Francisco; MONTEIRO, Paulo da Cunha. “Análise de algumas disposições do Código de Processo dos Tribunais Administrativos à luz da Lei da Arbitragem - breves questões”. Fevereiro de 2007, p. 10. Disponível em: <http://verbojuridico.pt>. Acesso em 01.08.2008.

nibilidade do objeto litigioso, acolhido em inúmeras legislações, e a sujeição ao juízo arbitral.

4. A FORÇA DO CRITÉRIO DA DISPONIBILIDADE

Os exemplos citados até aqui são apenas sinais de novos tempos. Contudo, a vinculação entre a disponibilidade do objeto litigioso e a admissibilidade da arbitragem ainda constitui a regra em muitos ordenamentos jurídicos. Embora as palavras utilizadas nem sempre sejam as mesmas, a ideia central nos regimes normativos pesquisados não muda: “a indisponibilidade do objeto da lide implica na inadmissibilidade da arbitragem”.¹⁷

Na Argentina, por exemplo, os arts. 736 e 737, do Código Processual Civil e Comercial da Nação, estabelecem que toda questão entre as partes, *ressalvadas aquelas que não podem ser objeto de transação*, poderá ser submetida à decisão de juízes árbitros, antes ou depois de iniciado o processo judicial e independentemente da sua fase, podendo ser convencionada em contrato ou em ato posterior.¹⁸

Na Bolívia, a Lei de Arbitragem e Conciliação (n.º 1.770, de 10.03.1997), dispõe, em seu art. 3º, que podem ser submetidas à arbitragem as controvérsias surgidas ou que possam surgir de relações jurídicas contratuais ou extracontratuais das partes, *mediante o exercício do livre arbítrio sobre direitos disponíveis e que não afetem a ordem pública*.¹⁹

¹⁷ RICCI, Edoardo F. *Desnecesária conexão...*, p. 404.

¹⁸ Os dispositivos têm a seguinte redação: “Artículo 736: OBJETO DEL JUICIO.- Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior. Artículo 737: CUESTIONES EXCLUIDAS.- No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción.” Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar>. Acesso em 28.01.2009.

¹⁹ O dispositivo tem a seguinte redação: “ARTICULO 3. (Derechos sujetos a arbitraje). Pueden someterse a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales de las partes, mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles y que no afecten al orden público, antes, en el transcurso o después de intentado un proceso judicial, cualquiera fuere el estado de éste, extinguiéndolo o evitando el que podría promoverse.” Disponível em: <http://www.derechoteca.com>. Acesso em 28.01.2009.

No Paraguai, a Lei de Arbitragem e Mediação (n.º 1.879/2002) prevê, no art. 2º, que toda questão *transigível e de conteúdo patrimonial* poderá ser submetida à arbitragem, sempre que sobre ela não tenha recaído sentença definitiva. O mesmo dispositivo afasta da arbitragem as questões que exijam a intervenção do Ministério Público.²⁰

No Peru, ao enumerar as matérias suscetíveis de solução pela arbitragem, a Lei 26.572, de 05.01.1996, indica, na primeira parte do art. 1º, as controvérsias determinadas ou determináveis sobre as quais as partes tenham a faculdade de *livre disposição*, assim como aquelas relativas à matéria ambiental.²¹

Na Venezuela, o art. 3º da Lei de Arbitragem Comercial, de 07.04.1998, estabelece que as controvérsias *suscetíveis de transação que surjam entre pessoas capazes de transigir* poderão ser submetidas à arbitragem.²²

Em tais modelos normativos,²³ a vinculação entre disponibilidade do objeto litigioso e admissibilidade da arbitragem parece algo necessário e imprescindível à validade da solução do conflito por

²⁰ O dispositivo tem a seguinte redação: “Artículo 2º.- Objeto de arbitraje. Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público.” Disponível em: <http://www.latinlaws.com/paraguay.html>. Acesso em 28.01.2009.

²¹ Eis a redação: “Artículo 1º.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse.” Disponível em: <http://www.sice.oas.org>. Acesso em 28.01.2009.

²² O dispositivo tem a seguinte redação: “Artículo 3º. Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.” Disponível em: <http://www.tsj.gov.ve>. Acesso em 28.01.2009.

²³ RICCI destaca a presença da regra em outros ordenamentos: “Na França, o art. 2.059 do *Code Civil* dispõe que ‘cada um pode estipular convenção de arbitragem sobre os direitos dos quais pode livremente dispor’, enquanto o subsequente art. 2.060 proíbe a convenção de arbitragem nas matérias de ordem pública. Na Bélgica, o art. 1.676 do *Code Judiciaire* permite a arbitragem apenas ‘na lide [...] sobre a qual a transação é permitida’. Na Espanha, o art. 2º, § 1º, da recente nova *Ley de Arbitraje* dispõe que ‘são suscetíveis de arbitragem as controvérsias sobre matérias das quais as partes podem dispor segundo o direito’. [...] Na Suíça, o art. 5º do *Concordat* de 26 de março de 1969 permite a arbitragem ‘sobre qualquer pretensão dependente da livre disposição das partes’.” *Desnecessária conexão...*, p. 403-404.

este meio alternativo. O que se deseja aqui aclarar, com apoio no modelo alemão, principalmente, é que essa vinculação não constitui regra de caráter superior, vinculada à natureza da arbitragem, sendo, assim, perfeitamente ajustável à realidade dos nossos tempos.

Há, portanto, espaço para o debate.

5. O MODELO BRASILEIRO: BREVE PANORAMA

Entre nós o tema é tratado, de modo especial, pelo art. 1º da Lei da Arbitragem (n.º 9.307/1996), que assim dispõe: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Para RICCI, esse dispositivo estabelece como regra geral que “o que não é disponível mediante contrato não pode nem ao menos ser objeto de arbitragem, em caso de lide.”²⁴

São direitos *patrimoniais*, em classificação geralmente aceita, aqueles ligados às relações jurídicas que têm por objeto o conjunto de bens dos indivíduos. Podem ser *disponíveis*, quando “referentes à tutela dos interesses de âmbito meramente individual”, ou *indisponíveis*, quando “têm impacto sobre os interesses gerais”.²⁵ Em outras palavras, *direitos patrimoniais disponíveis* “são aqueles passíveis de conversão monetária e que se encontrem na livre disposição do titular.”²⁶

Não há suficiente precisão em tais conceitos e muito menos rígida separação entre os sistemas de disponibilidade empregados para cada um deles. Nas questões envolvendo direito de família, por exemplo, a disponibilidade foi retirada do titular no que diz respeito às relações de parentesco, permanecendo, contudo, para os reflexos patrimoniais e para o estabelecimento das melhores formas de cumprimento das prestações.²⁷

²⁴ RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 402.

²⁵ CRETILLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 55-56.

²⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3. No mesmo sentido: TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. *A nova arbitragem*. Comentários à Lei 9.307, de 23.09.96. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 48.

²⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2ª Ed. rev. atual. amp. São Paulo: Atlas, 2006, p. 54-57. Sobre o tema: CARREIRA ALVIM, J.E..

O ponto é aceito sem maiores questionamentos pela jurisprudência. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, quando do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n.º 5.206, afirmou o então Ministro Carlos Velloso que, tratando a lei de direitos patrimoniais, portanto, *disponíveis*, as partes poderiam perfeitamente renunciar ao direito de recorrer à Justiça estatal.²⁸

Revelando sinais de avanço no tema da conexão entre a arbitralidade das lides e a disponibilidade do seu objeto, RICCI afirma que, se analisada com cautela, a própria Lei n.º 9.307/1996, no art. 8º, parágrafo único, abranda a exigência ao aceitar a autonomia da cláusula compromissória, permitindo que o árbitro decida as questões sobre a existência, validade, eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.²⁹

Esse dispositivo, segundo o autor, não se aplica apenas aos casos nos quais o problema da nulidade constitua objeto de questão prejudicial a ser solucionada *incidenter tantum*, mas, também, ao caso em que a nulidade constitua objeto da decisão a ser proferida com autoridade de coisa julgada, aproximando o modelo brasileiro da vertente que admite a arbitralidade de direitos patrimoniais indisponíveis e superando, assim, os próprios limites da disponibilidade previstos no art. 1º, da Lei 9.307/1996.

Também o Código Civil em vigor (Lei n.º 10.406, de 10.01.2002), dependendo da interpretação conferida aos arts. 851 a 853,³⁰ que disciplinam o instituto do compromisso, revelaria traços evolutivos no campo da arbitralidade objetiva.

Comentários à Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307, de 23/9/1996). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 31-34.

²⁸ Integra dos votos disponíveis em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 02.08.2008.

²⁹ RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 409-410. Cf., ainda, do mesmo autor: "O art. 8º, parágrafo único, da Lei de arbitragem e sua constitucionalidade". In: *Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão / questões polêmicas*. Com a colaboração de Marilza Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 40-68.

³⁰ Art. 851. *É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.*

Art. 852. *É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.*

Ao estudá-los, RICCI afirma que, uma vez “excluída a arbitragem nas específicas matérias mencionadas pelo art. 852, o caráter disponível do objeto da lide não é mais exigido expressamente como pressuposto.”³¹ Leciona que o raciocínio quanto ao compromisso pode ser diverso daquele quanto à cláusula compromissória, esta prevista no art. 853, com referência expressa à lei especial.

No que diz respeito à cláusula compromissória, conclui que a Lei 9.307/1996 permanece totalmente em vigor, inclusive a regra do art. 1º, por meio da qual só se admite a arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Para os conflitos ainda não nascidos, portanto, permanece a vedação, a qual alcançará o compromisso forçado, nos termos do art. 7º da Lei 9.307/1996, no caso de resistência de uma das partes.

Diversa é a conclusão possível para o compromisso firmado depois de surgido o conflito. Ao posicionar-se a favor de uma interpretação evolutiva, apoiada na literalidade da lei civil, afirma a possibilidade de o compromisso ser firmado por pessoas capazes em todas as matérias patrimoniais, quaisquer que sejam, inclusive as não disponíveis. A ser acolhida tal interpretação, o modelo alemão seria rejeitado, entre nós, quanto à cláusula compromissória, porém acolhido para o compromisso. E isso permitiria concluir que “o direito brasileiro está evoluindo mais rapidamente do que outros, assumindo posição de vanguarda.”³²

A proposta, embora inovadora, encontra resistência na doutrina civilista. Leciona DINIZ que o objeto do compromisso não poderá compreender todas as questões controvertidas, mas tão somente aquelas que pelo juiz comum são passíveis de decisão, com eficácia *inter partes*, desde que não versem sobre assuntos da seara penal, de estado civil, ou melhor, desde que relativas a direito patrimonial disponível de caráter privado (Lei n.º 9.307/96,

Art. 853. *Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.*

³¹ RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 410.

³² RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 411.

art. 1º). Assim, o disposto no art. 852, do Código Civil, apenas reforçaria tal posicionamento.³³

No mesmo sentido, afirmam TEPEDINO, BARBOZA e MORAES que, embora o tratamento dado pelo Código Civil ao compromisso seja posterior ao instituído pela Lei 9.307/1996, a análise e a aplicação dos três artigos que cuidam do compromisso no Código deverão estar harmonizadas com a Lei de Arbitragem, por força do critério da especialidade. Dessa forma, os dispositivos da Lei de Arbitragem complementam o Código Civil, além de tratarem especificamente da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, definindo-os e lhes atribuindo efeitos legais. Mais adiante, esclarecem que “as questões que envolvem direitos exclusivamente patrimoniais poderão ser objeto de compromisso, visto que tais direitos são disponíveis nos moldes legais. Já os direitos de ordem não patrimonial são indisponíveis, portanto, fogem sempre do alcance do compromisso.”³⁴

Nas lições de RICCI, a vinculação entre a disponibilidade do objeto litigioso e a arbitrabilidade se justificaria “se a sentença arbitral, em vez de ser o equivalente da decisão proferida pelo juiz, no que concerne a seus efeitos, fosse o equivalente de contrato estipulado pelas partes, com o propósito de resolver a lide mediante transação ou conciliação.”³⁵ Nesse caso, as partes obteriam do juízo arbitral o mesmo resultado que poderiam conseguir diretamente por meio de acordo. O árbitro seria, então, uma espécie de mandatário das partes, com o poder de firmar contrato entre as mesmas, contrato que seria, em si mesmo, ato de disposição. Para o autor, esse tipo de arbitragem, qualificada de *contractual*, exigiria a disponibilidade do objeto como pressuposto.

³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 2. Teoria geral das obrigações. 22ª ed. revista e atualizada de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 341-342

³⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código civil interpretado*. Conforme a Constituição da República. Teoria dos contratos. Contratos em espécie. Atos unilaterais. Títulos de crédito. Responsabilidade civil. Preferência e privilégios creditórios (arts. 421 a 965). V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 674 e 679.

³⁵ RICCI. *Desnecessária conexão...*, p. 405-406.

Por outro lado, a arbitragem disciplinada pela Lei 9.307/96 e, em geral, pelos demais procedimentos denominados arbitragem nos vários países em que a sentença arbitral é equivalente à decisão judicial, a convenção de arbitragem constituiria, em si, uma convenção; mas não uma convenção sobre o objeto da lide, nem mesmo um ato de disposição do direito controvertido, e sim uma convenção sobre objeto diverso, sobre a simples escolha do julgador (o árbitro).

As dificuldades aumentam quando uma das partes interessadas é a Administração Pública. No particular, a ideia de que a disponibilidade do objeto litigioso é pressuposto para a sua arbitralidade encontra-se na base do raciocínio dominante.

Na doutrina, para citar um estudo de caso, VILLELA SOUTO e MOREIRA NETO, depois da análise sobre a validade da cláusula compromissória existente em contrato de venda e compra de potência assegurada, firmado entre uma autorizatária de produção independente de energia elétrica e uma sociedade de economia mista, concluíram, dentre outros pontos:

3º - A arbitragem é de adoção juridicamente viável pela Administração Pública, sempre que a questão envolver interesses disponíveis. A lei de arbitragem, já decidida como constitucional pelo Eg. STF tem transformado o instituto ora analisado em verdadeira fórmula de efetividade da jurisdição, de modo a proporcionar aos administrados a rápida e eficaz onerosa solução dos conflitos de interesses, com atuação instrumental e adjetiva do Estado. A empresa estatal, na qualidade de sociedade de economia mista, submetida ao regime jurídico de direito privado, celebrando contratos regidos pelo direito privado, firmou, validamente, compromisso arbitral com a autorizatária; portanto, como partes capazes de pleno direito, ficam elas obrigadas ao juízo arbitral, por serem tais cláusulas juridicamente válidas.³⁶

³⁶ SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 495. Sobre o tema, cf. o panorama traçado por TIBURCIO, Carmen. “A arbitragem envolvendo a Administração Pública: REsp n.º 606.345/RS”. *Revista de Direito do Estado*. Ano 2, n.º 6, abr/jun-2007, p. 344-345.

Clara a distinção, nas premissas do raciocínio, entre interesses públicos primários e secundários da Administração, ficando a arbitragem, no âmbito objetivo, limitada apenas aos segundos.³⁷ No âmbito subjetivo, de modo ainda mais restrito, a arbitragem apenas é aceita para as entidades exploradoras de atividade econômica.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, por mais de uma vez, afirmou a validade da cláusula compromissória firmada por sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, desde que envolva direitos disponíveis, reconhecendo-a como causa de extinção do processo sem a resolução do mérito pelo art. 267, VII, do CPC.³⁸

Muitas são as resistências impostas, por motivos legítimos em grande parte, à evolução para uma ampla arbitrabilidade das causas envolvendo o Estado.³⁹ Expressão maior dessa resistência foi citada por TIBURCIO ao recordar que a PEC n.º 29, que resultou na Emenda Constitucional n.º 45, chamada de a *Reforma do Judiciário*, expressamente estimulava o uso da arbitragem para a solução dos conflitos, mas ressalvava a Administração Pública.⁴⁰

Encerrando o panorama nacional, no plano legislativo alguns diplomas parecem avançar para uma maior aceitação da arbitragem nas questões envolvendo a Administração Pública.⁴¹

³⁷ Síntese das discussões atuais sobre a reconstrução do conceito de interesse público pode ser encontrada em: BORGES, Alice González. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução”. *Revista de Interesse Público*, n.º 37, p. 29-48, 2006.

³⁸ Recurso Especial n.º 612439/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 25.10.2005, DJ 14.09.2006. Em data recente: Mandado de Segurança n.º 11.308-DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09.04.2008 e publicado em 19.05.2008.

³⁹ Duas são as principais razões para essa resistência. A primeira delas decorre do princípio da legalidade, o que faz com que existam posições negando a arbitrabilidade dos litígios sem lei anterior que autorize. E a segunda da tradição do direito brasileiro de exigir eleição de foro para os contratos administrativos. TIBURCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a Administração Pública...*, p. 342.

⁴⁰ TIBURCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a Administração Pública...*, p. 342. A redação proposta para o § 1º do art. 98 da Constituição era a seguinte: “Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se do juízo arbitral, na forma da lei.”

⁴¹ Sobre o tema, o ordenamento do Paraguai estabelece na segunda parte do art. 2º da citada Lei de Arbitragem e Mediação, que o Estado, as entidades descentralizadas, as autarquias e as empresas públicas, bem como as municipalidades, poderão submeter à arbitragem suas controvérsias com os particulares, sejam nacionais ou estrangeiros, sempre que derivarem de atos jurídicos ou de contratos regidos pelo direito privado. O dispositivo tem a seguinte

Merece destaque, no particular, a Lei de Parceria Público-Privada, n.º 11.079, de 30.12.2004, que, no art. 11, inc. III, autoriza o “emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

Na mesma linha, a Lei n.º 8.987, de 13.02.1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175, da Constituição da República, foi recentemente alterada pela Lei 11.196, de 21.11.2005, para a inclusão do art. 23-A, prevendo que “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

6. CONCLUSÃO

As notas trazidas neste estudo, embora breves, permitem repensar se a conexão existente entre a disponibilidade do objeto litigioso e a arbitrabilidade é sempre necessária. O critério, embora legítimo, vem sendo abrandado em algumas hipóteses. As objeções impostas à flexibilização encontram amparo na realidade, em razão dos riscos práticos que ainda envolvem, em alguns casos, a escolha dessa via alternativa de solução dos conflitos, sobretudo pela necessidade de se assegurar o respeito às garantias indispensáveis para um julgamento justo. Os sinais de avanço justificam a análise e a reflexão. 📄

redação: “Artículo 2º.- Objeto de arbitraje. [...] El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado.” Fonte citada.

O *Sursis* Processual na Lei da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher

Antonio Carlos dos Santos Bitencourt
Juiz de Direito Representante do Núcleo de
Volta Redonda da EMERJ.

(O presente artigo é uma singela homenagem aos Desembargadores do TJRJ Weber Martins Batista e José Lisboa da Gama Malcher, artífices das letras jurídicas)

Até há não muito tempo, como tão bem escrito por Luiz Flávio Gomes, a justiça penal se realizava de uma forma pouco comutativa, muito mais retributiva do “mal pelo mal”, em que a pena tinha o significado exclusivo de resposta.

Leia-se:

“O que interessa é a satisfação da pretensão punitiva estatal, é o ‘castigo do culpado’. Mesmo quando desde logo já se vislumbra que a eventual pena que pode vir a ser aplicada já está prescrita (fala-se aqui em ‘prescrição antecipada’), ainda assim, segundo a jurisprudência dominante, o processo tem que ir até o fim, o juiz tem que condenar, tem que aplicar a pena prevista na lei, para que outro ou ele mesmo possa logo depois julgar prescrita a pretensão punitiva estatal (o importante, como se percebe, é que haja uma punição, é que haja satisfação desse incontido desejo de castigo (‘vingança’), ainda que logo em seguida ele seja desfeito).

E continua o juspenalista:

“Para o sistema tradicional, claramente paleorepressivo, ao infringir a ‘lei do Estado’, o infrator contrai uma dívida com ele e deve pagá-la a todo custo; e a única resposta estatal prevista para o pagamento desta dívida é a ‘pena’, principalmente a de prisão (é um sistema de mão única, como se vê). Se a vítima não recebe nenhuma indenização, se o preso custa para o Estado mensalmente cerca de quatrocentos dólares, se prisão é reconhecidamente dessocializadora e, em consequência, geradora de alto índice de reincidência (em razão de seu efeito criminógeno), se o custo do processo é exagerado e desproporcionalmente maior que seu benefício, nada disso entra em conta.” (In Suspensão Condicional do Processo Penal, p. 66)

Hoje, dentro de uma visão mais racional do Direito Penal, observa-se uma nítida distinção de tratamento para as infrações de grande, média e pequena ofensividade, repartição tanto útil quanto necessária para a coerência da resposta adequada às infrações de alta reprovabilidade, de médio, e de pequeno potencial ofensivo; criou-se para estas duas últimas o que se resolveu chamar de “espaço de consenso”, mitigando a chamada obrigatoriedade da ação penal, nos moldes em que originariamente era concebida, e que igualava tudo, a teor da advertência inicial de Luiz Flávio Gomes.

Assim: a representação nos crimes de lesão corporal, a composição civil, a transação penal, a possibilidade de conversão da pena privativa em alternativa à prisão, e a suspensão condicional do processo tendem a modelar um conceito que chegou a ser chamado de verdadeira revolução ou redescoberta do Direito Penal, por força desse “espaço consensuado”, de “verdade consensuada” e de prevalência do princípio da oportunidade regrada na ação penal pública.

Resta, assim, o espaço de conflito em sua formatação isolada para as infrações mais graves, e, quanto as demais,

de qualquer modo, influenciando a chamada deformalização e funcionalidade do arcabouço penal, por atenção a princípios como o da intervenção mínima e o da lesividade, que passam a ser medidas de ponderação da proporcionalidade de como e porque o direito penal deve responder, menos gravemente, a certas manifestações que lhe são interferentes e menos significantes também.

Cabe-nos examinar, no estrito limite deste trabalho, o instituto da suspensão condicional do processo, e sua repercussão na Lei 11.340/06 (Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), apelidada de Lei “Maria da Penha”, mas impõe-se, primeiro, tecer algumas considerações sobre a origem desse instituto, como um dos incluídos no “espaço de consenso” do atual Direito Penal.

A fonte de inspiração do *sursis* processual foi a *probation* do direito anglo-saxônico, muito embora dela seja diferente quanto ao momento processual, e até mesmo mais vantajosa do que o modelo em que se inspirou. Neste sentido, leia-se:

“Tampouco a suspensão condicional do processo pode ser confundida com a probation anglo-saxônica, embora se saiba que esta foi sua fonte de inspiração. No processo penal inglês, como noticia Hernán Hormazábal Malarée, existem dois momentos claramente diferenciados. Em primeiro lugar há a declaração da culpabilidade (conviction) e só depois vem o momento da sentença (sentence), na qual se impõe a pena ou a medida adequada ao caso. Na probation o que se suspende é a sentença condenatória. O juiz chega a declarar o acusado culpado e depois, caso haja concordância, ele entra em período de prova, de seis meses, conforme a Powers of Criminal Courts Act de 1973.

Na suspensão condicional do processo o que se suspende é o próprio processo, ab initio. O que temos, em síntese, é a paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam cumpridas, durante o período de prova.” In Juizados

Especiais Criminais, de Ada Pellegrini Grinover, p. 189 e 190.

Sobre a ideia original do instituto, muito devemos ao ilustre professor e desembargador Weber Martins Batista, como deixou claro em sua obra **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**, que escreveu de parceria com o hoje ministro do STJ Luiz Fux. Vale a pena ler o que foi anotado pelo mestre, de sua experiência com o nascimento do instituto:

“Ora, para a concessão de benefício semelhante, mostra-o o probation, não é necessário a condenação. Será necessário levar o processo até o fim, até a declaração formal da culpa do réu? Ou basta a certeza da culpa, não importando que a decisão seja proferida logo no início do processo e se apóie em prova colhida sem o contraditório, mas desde que aceita pelo acusado?”

A ideia pareceu ao autor lógica e, mais do que isso, jurídica. No sistema anglo-americano o juiz pode condenar o réu - e não apenas suspender o processo, colocando-o em regime de prova - com base na declaração de um policial, colhida informalmente, e desde que o agente admita sua culpa (o plea bargaining).

O Código de Processo Penal italiano já consagrava, à época, a condenação por decreto. Com base no mesmo tipo de prova acima mencionado, colhida sem a garantia do contraditório, e sem, sequer, interrogar o autor do fato, o juiz pode condená-lo e impor-lhe uma pena de multa. Se o condenado se conformar, está findo o processo.

Nem por isso se diz que foi violado qualquer direito constitucionalmente garantido ao indiciado, como o do contraditório, o da ampla defesa, o do devido processo legal. Nos casos de pequena importância - argumenta Florian -, é possível evitar o debate presumido-se o consentimento do acusado. Se ele não se insurge contra a solução imposta pelo juiz, é porque exerceu uma faculdade dispositiva

sobre a forma do procedimento, não no sentido de poder modificá-la, mas no de aceitar a mais simples, em vez de exigir a forma comum.

O instituto da condenação por decreto, ou do procedimento monitorio, alcançou resultados tão significativos que, com o tempo, foi adquirindo maior amplitude, estendendo-se às hipóteses de delitos. Entre nós, o Anteprojeto Frederico Marques já admitia a solução semelhante às mencionadas, como se vê no art. 241, § 1º, com a redação de 29.06.1970.

Com base nesses argumentos, o autor idealizou o novo instituto com as seguintes ideias gerais: ao ser oferecida a denúncia pelo Ministério Público, o juiz verificará se há prova do fato típico e indícios de autoria. Inexistindo esta prova, determinará o arquivamento dos autos. Se, ao contrário, houver esse princípio de prova e o fato por que foi o réu denunciado caracterizar crime punido com pena, no mínimo, superior a um ano, o juiz receberá a denúncia e determinará o prosseguimento do processo.

A terceira hipótese é a que interessa ao tema: existe prova do fato e da autoria, mas não apenas o ilícito praticado é punido com pena, no mínimo, não superior a um ano, como o denunciado é primário, tem bons antecedentes, não é perigoso. Nesse caso, o juiz recebe a denúncia, mas suspende o andamento do processo e põe o réu em regime de prova.”
P. 355 e 356.

A suspensão condicional do processo, assim, é uma conquista, principalmente, da efetividade do Direito Penal, como regra e ferramenta diferenciada de aplicabilidade penal, e qualquer restrição à sua incidência deve ser vista com toda reserva.

Os requisitos objetivos e subjetivos da probation são conceitos abstratamente indeterminados, e se determináveis na hipótese concreta, passam a conferir direito subjetivo ao réu. Explicação: toda norma jurídica tem em sua estrutura, de forma mais ou menos nítida ou intensa, um fato e um efeito jurídico afirmado, conseqüente e correlato.

Se a indeterminação de conceitos se situa no plano dos fatos, e o efeito é certo, sempre o mesmo, tanto que determináveis aqueles, temos uma norma de conceitos indeterminados abstratamente estabelecidos, e que concretizados conferem direito subjetivo.

Diversamente, quando a carga de indeterminação está nos efeitos jurídicos, como alternativas disponíveis e à escolha do operador concreto da norma, ocorrente o fato, pode-se optar pela escolha de uma ou de outra consequência prevista, e aí tem-se a discricionariedade.

No *sursis* processual, detectada a sua adequação, confere-se direito subjetivo, e declarável por *habeas corpus*.

Consta no art. 41 da Lei 11.340/06 o seguinte: “*Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.*”

Nessa lei, cuidou-se da despenalização por via da composição civil extintiva (a transação penal), pela representação (onde não havia), e pelo *sursis* processual.

No artigo 89 da Lei 9.099/95 é que justamente se trata da suspensão condicional do processo, nos seguintes termos: “*Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1(um) ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP)*”.

Logo, a um exame superficial, também a suspensão estaria excluída, pela geral referência, no art. 41 da Lei 11.340/06, à inaplicabilidade da Lei 9.099/05.

Evidentemente que a Lei da Violência Doméstica contra a Mulher disse mais do que queria, requerendo ao intérprete adequá-la ao sistema jurídico, que IHERING chamou de jurisprudência superior, bem como ao alcance e finalidade daquilo que a lei veio regular, e que se chama de interpretação teleológica, na

qual o “*espírito prevalece sobre sua letra ainda que sacrificando o sentido terminológico das palavras.*” (Jean-Louis Bergel, *Teoria Geral do Direito*, p. 332).

Na presente hipótese, quanto ao chamado resultado ou efeito da norma, e cuja interpretação pode ser declaratória, extensiva, ou restritiva, acreditamos que no caso deva ser aplicada a interpretação restritiva, e que é “aquela em que o intérprete diminui, restringe o alcance da lei, uma vez que esta, à primeira vista, disse mais do que efetivamente pretendia dizer (*lex plus dixit quam voluit*), buscando, dessa forma, apreender o verdadeiro sentido” (*Curso de Direito Penal*, Rogério Greco, p. 41).

Quando da previsão constitucional das chamadas infrações de pequeno potencial ofensivo, e do órgão jurisdicional competente para julgá-las, o legislador constituinte, no art. 98, I, da CF remeteu à lei o disciplinamento da matéria, restando aquela norma como de eficácia limitada ao comando legal, e que sobreveio na forma da Lei 9.099/95. Esta lei que estabeleceu, com a autorização constitucional, o conceito de infração de menor potencial ofensivo e o espaço de consenso pertinente a tais infrações, modificado pela Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais), o que hoje, ninguém discute, se estendeu a injustos penais até o máximo de 2 anos de privação de liberdade, como sanção em abstrato estabelecida.

Para tal modalidade de crimes e contravenções, a lei direcionou com exclusividade diversos institutos, como a representação nas lesões corporais, a composição civil e a transação penal, como modelos de tutela diferenciada e alternativa à prisão. Depois estendeu essas possibilidades consensuais a certas infrações da legislação de trânsito e do meio ambiente, por exemplo, embora sem considerar que fossem infrações de menor potencial ofensivo, e aí já começando a flexibilidade do sistema, por atribuir efeitos determináveis a conceitos impróprios, para os quais diversa e originariamente aqueles foram estabelecidos.

Evidentemente, que a suspensão condicional do processo foi uma oportunidade para o espaço de consenso na Lei 9.099/95,

ainda que não seja um instituto de pertinência temática exclusiva do pequeno potencial ofensivo para o qual se direcionava, e foi inspiração daquela lei, em obediência ao comando constitucional.

Para concluir, primeiro verifica-se que a suspensão foi tratada topograficamente fora da chamada fase preliminar do procedimento, e que compreende institutos como a transação entre os artigos 69 a 76 da Lei 9.099/95. O *sursis* processual veio a ser cogitado já nas disposições finais da lei e, portanto, com destaque intencionalmente diverso, por alcançar infrações penais além das cogitadas pelo estatuto dos Juizados Especiais.

Realmente, a suspensão condicional do processo orientou-se pela *pena mínima* igual ou inferior a 1 (um) ano como dado objetivo para aplicação do instituto, diversamente do critério da *pena máxima* de dois anos como uma das características definitivas (a quantidade da pena) da menor lesividade, sendo a outra a qualidade do injusto (contravenção).

Por certo que várias infrações que têm a pena mínima estabelecida em 1(um) ano em seu máximo vão muito além dos 2 (dois) anos de pena, como limite da infração de menor potencial ofensivo. Tomem-se, por exemplos, o furto simples (art. 155 do CP), a extorsão indireta (art. 160 do CP), e o estelionato (art. 171 do CP), a receptação (art. 180 do CP), o atentado ao pudor mediante fraude (art. 216 do CP).

Além do mais, a suspensão não antecede o espaço de conflito como os demais institutos, mas já o supõe predisposto (tanto que necessita haver denúncia já recebida), funcionando como freio consensual, e não um espaço de consenso prévio à demanda penal.

Portanto, não é por uma simples oportunidade cronológica de inclusão de uma medida despenalizadora por via do processo na Lei 9.099/05 - e de alcance muito maior do que aquelas outras *medidas específicas* dos Juizados Especiais Criminais - que se irá concluir que também a suspensão condicional do processo estaria excluída dos crimes de violência doméstica e familiar contra a

mulher (porque na violência contra o homem não se tem qualquer dúvida de que possa incidir). A interpretação literal é pequena e insuficiente a tal conclusão.

Já houve oportunidade para a doutrina apreciar a questão, e assim manifestou-se:

“Alguns sustentam que o sursis processual foi estabelecido na Lei 9.099/95 em suas disposições finais e, portanto, não pertence às medidas exclusivas do JECRIM, irradiando-se para todo ordenamento penal, daí por que não poderia, agora, ser sumariamente afastado da Lei Maria da Penha em seu art. 41, que só estaria referindo-se àquelas medidas despenalizadoras específicas do JECRIM, ou seja, apenas à transação penal.

De qualquer sorte, espera-se que ao menos eventual concessão de suspensão condicional do processo seja acompanhada de injunções mais gravosas, inclusive contemplando prestações de serviços comunitários, prestação pecuniária em favor da vítima, pensionamento dos dependentes, frequência a programas e tratamentos contra drogas, alcoolismo, terapia comportamental, etc. mesmo quando, ocasionalmente, tais injunções, também se constituam em penas restritivas de direitos, porquanto sua imposição, como condição facultativa da suspensão condicional do processo, é admitida pela melhor doutrina (vide GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099/95. 5ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 355). Desta forma, a Suspensão Condicional do Processo significaria uma estratégia ágil e prática de impor restrições severas ao agressor, inclusive vedando-se-lhe a reiteração criminosa, sob ameaça de dar andamento à marcha processual.” (In Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, de Pedro Rui da Fontoura Porto, p. 55)

Isso nos parece mais significativo do que o argumento de que, admitindo-se o *sursis* processual, não haveria diferencia-

ção de tratamento entre o homem e a mulher, quando isso já é garantido pela exclusão expressa dos demais institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 - e que foi a regra de tratamento da infração de menor potencial ofensivo - sendo esta a diferença que efetivamente o legislador quis excluir, a de dar igualdade de tratamento pela banal comparação com a violência doméstica.

Portanto, o que parece (isoladamente) excluir a diferença de tratamento entre homem e mulher, na chamada violência de gênero, na verdade reforça a distinção pela valorização (no exame conjuntural) dos demais institutos alternativos à prisão, inaplicáveis na violência contra a mulher .

Em verdade, a generalidade de soluções não pode ser vista além da norma, como decerto uma de suas características, à qual se somam a abstração e a prospectividade (em alguns casos até com retroação quando benéfica), cumprindo a análise da incidência concreta do preceito ao juiz, como operador específico do direito, em face da singularidade e especialidade dos casos que lhe são submetidos; a exclusão do instituto, por força de uma singela generalidade interpretativa da lei, de forma literal, implicaria em uma avaliação *a priori* desconsideradora de que no próprio instituto da suspensão existem mecanismos para o seu reconhecimento ou negação, tal como o caso concreto se apresente, por exemplo, em uma hipótese de grave violação, ou de situação de risco maior para a mulher vitimizada, ocasião em que, pelo prudente arbítrio judicial (e do Ministério Público), evidentemente, a incidência da suspensão será recusada.

Com certeza que a admissibilidade da nossa *probation* na Lei 11.340/06 não implica em negação da ação afirmativa, por via legal, de melhor proteção à mulher, sabidamente a parte mais fragilizada no espaço de conflito da violência de gênero no âmbito familiar, mas sim na valorização de um instituto de desformalização de resultado, efetivo e equilibrado (na comutação entre cumprir exigências e satisfazer restrições, para o efeito extintivo da punibilidade), e que ultrapassa os limites daquilo que o legislador quis evitar: colocar em pé de igualdade de tratamento a

violência doméstica com as infrações de menor potencial ofensivo. Isto, aliás, foi expressamente excogitado pelo legislador no atual art. 129, § 9º do CP, com a redação da Lei 11.340/06, e cuja pena máxima está fixada em 3 anos de detenção, logo, fora dos limites da criminalidade de bagatela, no sentido de menor ofensividade penal, porém significativa.

O espaço mais amplo do instituto aqui tratado ficou bem registrado na palavra sempre presente de Maurício Ribeiro Lopes, em sua obra **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**, para quem na verdade tal instituto significa uma verdadeira mudança de mentalidade. Recusá-lo por mera interpretação literal do art. 41 da Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher significaria um retorno à rigidez do princípio da obrigatoriedade de um inflexível direito penal simplesmente retributivo.

Vale a pena transcrever a lição:

“Sem qualquer sombra de dúvida, a suspensão condicional do processo é a maior novidade trazida pela Lei 9.099. Paradoxalmente, a inovação não está circunscrita aos crimes cuja competência para processo e julgamento estejam afetas ao Juizado Especial, abrangendo, seus limites, não apenas as infrações a que a lei comine pena máxima não superior a um ano (art. 61), mas desde que seja a pena mínima não superior a um ano.

*O princípio de legalidade processual, como sublinha Costa Andrade, valia como reverso de um Direito Penal que se sacrificava frente ao dogma absoluto da retribuição, da pena como “negação da negação” hegeliana. De uma Direito Penal que aspirava e acreditava na meta do **full enforcement**, da aplicação sem resíduos das normas incriminatórias a todas as condutas em abstrato subsumíveis (mas) hoje o direito penal surge em termos mais relativos: apenas como **ultima ratio** da tutela de bens jurídicos, complementarmente preordenado à estabilização das normas e à socialização do delinquente. Muito contribuíram, também, para o debitamento do referido princípio, as anotações empírico-criminológicas ati-*


*entes aos altos índices de cifra negra (crimes não descobertos ou descobertos e não perseguidos ou perseguidos e não sancionados etc.), bem como o intrínseco funcionamento seletivo e discriminatório do sistema penal, que vieram comprovar a enorme distância - lamentavelmente frequente - entre a **law in books** e a **law in action**.” (P. 379 e 387).*

E a **law in action**, como resposta socialmente adequada, em muitos casos, será o reconhecimento e aplicação da “*probation*”, empírica e factual, a certas hipóteses como a “medida certa” pela idéia-força de maior vínculo, por ocasião da mais presente fiscalização da conduta desviada. Assim dá-lhe trilhos de recondução e readaptação à normalidade ou, como *ultima ratio*, de progredir (revogada a suspensão) para a solução sancionatória. Nessa esteira de raciocínio, há ainda a considerar que o preceito secundário do atual art. 129, § 9º do CP tem por pena máxima três anos de detenção, e o regime adequado, no caso de primariedade, será o “aberto”, por força do art. 33, § 2º, letra “c” do mesmo código, e que pouco tem de maior rigor, pedagogicamente falando.

Além disso - e certamente na maioria das hipóteses - aplicar-se-á a pena mínima, ou próximo dela (03 meses), onde a lei não veda a *sursis penal*; nos termos do art. 78, § 1º do CP, no primeiro ano de prova exige-se exatamente a prestação de serviços à comunidade - que não seria permitida por simples conversão, não pela violência à mulher, mas por força da violência à pessoa como regra geral (art. 44, I do CP) - solução menos pragmática, e que de igual modo se alcançaria com a suspensão condicional do processo, de forma antecipada, e por isso mesmo mais racional.

Quanto ao comparecimento mensal no segundo ano para justificação de atividades, mais avulta a identificação de efeito, ou requisito, entre os *sursis* penal e processual.

Assim, e em conclusão, para coerência do sistema punitivo, entendemos que desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 89 da Lei 9.099/95, que trata da suspensão condicional do processo, pode o mesmo ser aplicado às hipóteses da Lei “Maria da Penha”, competindo ao juiz do caso concreto a

análise da inclusão de condições outras - pelo fato de esse tema penal ser delicado, e inclusive alvo de ação afirmativa do Estado - como a prestação de serviço, frequência a programas de tratamento contra o alcoolismo e drogas, terapias, etc....., ressalvado o respeito ao princípio da dignidade, de foro constitucional. 

A Teoria da Perda da Chance como Solução para o “se” Indenizável (Pode uma pergunta mal formulada valer 1 milhão?)

Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum
Professor da EMERJ, FGV, IBMEC, UFF, UNESA,
CEPAD e ESA. Advogado.

“aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza absoluta”¹

INTRODUÇÃO - A PROBLEMÁTICA!

É bastante comum escutar de pessoas juridicamente leigas expressões e indagações (algumas como manifestação de perplexidade!) acerca da demora na resolução de ações indenizatórias com “pano de fundo” extremamente simples, como por exemplo, crimes confessos, negativas indevidas reincidentes, acidentes automobilísticos, descumprimento de contratos, erros médicos crassos etc..

Muitas das vezes o questionamento é direcionado à própria inércia do autor do fato: *“Se ele fez mesmo, porque não paga e resolve logo isso?”*. Resume-se a resposta a dois fatores principais: 1) a demora jurisdicional propriamente dita (excesso de recursos e medidas protelatórias) que seduz com a possibilidade de adiar o pagamento a um “futuro distante” e, 2) as sempre existentes discussões acerca do *quantum debeatur*, isto é, a liquidação do dano.

É com esse segundo aspecto que o presente artigo se preocupará, pois a experiência prática demonstra que empresas e profis-

¹ MAURIZIO BOCCHIOLA, *“Perdita di una chance e certezza del danno”*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno XXX, p. 60, 1976, *apud* SERGIO SAVI, Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance, São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.

sionais liberais por diversas vezes tentam a celebração de acordos para composição do dano, acordos estes que resultam impossíveis pela enorme diferença na percepção de “*o que compreende o dano? o que deve ser indenizado?*”.

Assim, antes de se chegar ao tema proposto (*a indenização do “se”*) e à análise do caso concreto selecionado para ilustrar a correta aplicação da teoria, faz-se necessária uma breve incursão pela classificação dos danos, para, após, demonstrar-se de que forma a teoria da perda da chance colabora com a solução mais rápida de conflitos que, por vezes, se limitam à apuração de existência de dano e a quantificação de seu valor.

1. COMO SE CLASSIFICAM OS DANOS

O dano, assim como a culpa e o nexo causal, é um elemento determinante da responsabilidade civil, assumindo um papel preponderante e indispensável ao surgimento da obrigação de indenizar. É possível a existência de indenização sem culpa (nos casos de responsabilidade objetiva), mas não de indenização sem dano, o que indicaria, sem dúvida, um enriquecimento sem causa para quem a recebesse².

Contudo nem sempre foi assim, pois, antes da plena aceitação da reparabilidade dos danos morais, adotava-se a *teoria da diferença* que conceituava o dano como resultado de uma operação de subtração entre o patrimônio da vítima antes e depois do fato gerador. Após décadas de polêmicas, aceitou-se a reparação moral, e com isso, a teoria do interesse, segundo a qual o dano passou a ser considerado a lesão de um interesse juridicamente protegido³.

² “Dano é prejuízo. É diminuição de patrimônio ou detrimento a afeições legítimas. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais, pode ser considerado dano. O dano é um mal, um desvalor ou contravalor, algo que se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual gozávamos ou nos aproveitávamos, que era nossa integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimos ou novas incorporações”. (JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad Civil*, p. 21.)

³ SERGIO CAVALIÉRI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 71. “Quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se o dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Hoje, todavia, esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral e, ainda, em razão de sua natureza

Hodiernamente, considerando-se o efeito da lesão e o caráter de sua repercussão sobre o lesado, os danos podem ser divididos em duas espécies, que por sua vez também aceitam subdivisões:

Os *Danos materiais* - também chamados patrimoniais - são aqueles quantificados em dinheiro, pois refletem, por natureza, parte do patrimônio da vítima. Sua principal característica é a possibilidade de, com o ressarcimento, restaurar-se o *statu quo ante*, isto é, após o pagamento da indenização o agente (violador de um direito) terá recomposto o patrimônio da vítima na exata proporção configurada anteriormente ao evento danoso.

Subdividem-se os danos patrimoniais em duas modalidades que, de acordo com Aguiar Dias, “podem coincidir, assim como podem ocorrer distinta e insuladamente, conforme o *caso concreto*”⁴.

Os *danos emergentes* (também chamados prejuízos diretos) são os prejuízos efetivamente ocorridos, causando a diminuição no patrimônio. No tocante à mensuração e exemplificação, adota-se a preciosa lição de Sergio Cavalieri Filho: “*A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo singelo, num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o integral valor do veículo. Mas, tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto, e assim por diante. Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a restitutio in integrum.*”⁵

não-patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral”.

⁴ JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Borsói, Rio, v. 14, p. 221 *apud* RUI STOCO. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação jurisprudencial*. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 654

⁵ SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 72.

Os *lucros cessantes* (também chamados prejuízos indiretos ou lucros frustrados) estão previstos no artigo 402 do Código Civil, o qual garante a indenização, não só do efetivamente perdido, como também do que razoavelmente se teria ganho, caso o dano não tivesse ocorrido. O lucro cessante, para ser indenizável, deve ser fundado em bases seguras, de modo a não compreender os lucros remotos, hipotéticos ou imaginários. Neste sentido o escólio de Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, t. XXV, p. 23): *“Para que ocorra o direito aos lucros cessantes, a título de perdas e danos, deve-se comprovar haver, com certeza, algo a ganhar, uma vez que só se perde o que se deixa de ganhar.”*

Os *danos morais* são as lesões sofridas pela pessoa, atingindo não o seu patrimônio, mas sim aspectos íntimos de sua personalidade (intimidade e consideração pessoal - honra subjetiva), ou a própria valoração da pessoa no meio em que ela vive e atua (reputação e consideração social - honra objetiva)⁶.

Distinguidas as espécies de dano, passa-se, então, ao objeto do estudo (a teoria da perda da chance), explicando-a e inserindo-a no contexto da quantificação da indenização.

2. TEORIA DA PERDA DA CHANCE⁷

2.1 - Diferença entre dano hipotético e perda da chance. Juízo de possibilidade e juízo de probabilidade.

Na apuração dos danos materiais, o que se tem é a divisão em emergentes (passado) e lucros cessantes (futuro), guardando-se, sempre, a necessidade do requisito “certeza razoável” para

⁶PAULO MAXIMILIAN W. M. SCHONBLUM, *Dano Moral: Questões Controvertidas*, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9. Outras definições são extraídas de julgado do então Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito: “Dano moral. Lição de AGUIAR DIAS: o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão considerada. Lição de SAVATIER: dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária. Lição de PONTES DE MIRANDA: nos danos morais a esfera ética da pessoa é que é ofendida: o dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.” (TJRJ - 1ª Câmara, Rel. Des. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.11.91, RDP 185/198)

⁷“Chance é o termo admitido em nosso idioma, embora possamos nos referir a esse instituto, muito explorado pelos juristas franceses, como perda da oportunidade ou de expectativa” (SILVIO DE SALVO VENOSA, *Direito Civil*, v. 4, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 200).

os lucros cessantes. E é esta (in)certeza quanto à ocorrência de fatos futuros a grande “vilã da pacificação”, pelo fato de não ser compreendida e contextualizada da mesma forma por diferentes julgadores.

É facilmente encontrada na doutrina⁸ e jurisprudência⁹ a distinção entre o chamado “dano indenizável” (que justifica o pagamento dos lucros cessantes) e o “dano hipotético”, sendo que este sempre foi afastado na fase de liquidação, pois a incerteza da sua ocorrência serve, *de per si*, para considerá-los indevidos. Voltando, entretanto, à questão controvertida, o que distinguirá um “dano hipotético” de um “lucro cessante”? A resposta de todos é a mesma: por lucros cessantes se entende o que a pessoa “razoavelmente deixou de ganhar”.

Entra em cena nesse momento um fator essencial não só à compreensão da questão como também à aplicação das teorias aqui expostas: a regra ordinária de experiência comum dos magistrados. Diante de situações incertas (será que isso ocorreria? Será que aquilo daria certo? Havia chance de ele se tornar um campeão?) caberá ao julgador (munido sempre do senso de razoabilidade), buscar nos conceitos de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, a “resposta” - ou a melhor presunção - sobre o contexto fático alegado nos autos, pois, como dito no início, “aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza absoluta”.

⁸ “O prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação. Com isso, se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação” (JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Carvalho Santos e colaboradores, v. 14, p. 221).

⁹ “Processo civil. Rescisória. Violação à literal disposição de lei. Condenação a ressarcir dano incerto. Procedência. Os arts. 1.059 e 1.060 exigem dano efetivo como pressuposto do dever de indenizar. O dano deve, por isso, ser certo, atual e subsistente. Incerto é dano hipotético, eventual, que pode ocorrer ou não. A atualidade exige que o dano já tenha se verificado. Subsistente é o dano que ainda não foi ressarcido. Se o dano pode revelar-se inexistente, ele também não é certo e, portanto, não há indenização possível. (...)” (STJ - 3ª Turma, REsp. 965.758, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/08/2008) “(...) Da mesma forma, incabível o pedido de danos materiais por lucros cessantes. Não existe dano hipotético, nem se pode pedir indenização pelo que se sonhou receber, sem qualquer amparo fático ou jurídico. Sentença que se mantém. Desprovemento do recurso. (TJRJ - 20ª Câm., Apel. 2008.001.18513, Rel. JDS. Des. Cristina Serra Feijó, j. 18/06/2008).

Sobre o ponto é interessantíssima a citação doutrinária de Calamandrei efetuada por Kazuo Watanabe¹⁰:

“Calamandrei, notando que é difícil estabelecer uma precisa diferença entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, esclarece que possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro. Pondera mais que, se se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que as três qualificações (possível, verossímil e provável), constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro. E, conclui: ‘quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer é possível; e quem diz que é provável, está mais avançado do que quem diz que é verossímil, já que vai mais além da aparência e começa a admitir que há argumento para fazer crer que a aparência corresponde à realidade” (WATANABE, Kazuo, **Da cognição no processo civil**, p. 127, CEBEPEJ, São Paulo, 2 ed., 1999).

E, na exata medida do que se entende correto, assim expõe Silvio de Salvo Venosa¹¹ citando Jaime Santos Briz¹² (**La responsabilidad civil**. 4ª ed., Madri: Montecorvo, 1986, p. 269): *“entre um extremo e outro cabe uma graduação que haverá de se fazer, em cada caso, com critério equitativo distinguindo a mera ‘possibilidade’ da ‘probabilidade’, e tendo em conta que talvez algum caso seja indenizável a mera ‘possibilidade’, se bem que em menor quantidade de que a ‘probabilidade’, base dos lucros cessantes propriamente ditos”*.

¹⁰ KAZUO WATANABE, *Da cognição no processo civil*, p. 127, CEBEPEJ, São Paulo, 2 ed., 1999.

¹¹ SILVIO SALVO VENOSA. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 200.

¹² JAIME SANTOS BRIZ. *La responsabilidad civil*. 4ª ed., Madri: Montecorvo, 1986, p. 269.

Surge, então, na seara da apuração dos danos, a lacuna deixada e modernamente ocupada pela Teoria da Perda da Chance.

2.2 - Histórico

A teoria teve seu estudo iniciado na Itália, em 1940, por intermédio do Professor Giovanni Pacchioni¹³, da Universtità de Milão, que (conforme se extrai de judiciosa pesquisa de Sergio Savi¹⁴) formulava os seguintes questionamentos: “*um joqueí que deverá montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar do Grande Prêmio; um pintor envia pelo correio um quadro a uma exposição, mas, por culpa do correio ou de outros, o seu quadro é destruído ou não é entregue a tempo de participar da exposição; um advogado deixa transcorrer in albis o prazo para interpor um recurso de apelação, privando seu cliente da possibilidade de obter a reforma ou a cassação da sentença que lhe foi desfavorável*”. E concluía que: “*em todas essas hipóteses as vítimas - o proprietário do cavalo, o pintor e o cliente do advogado - teriam sem dúvida razão para se queixar (...) havendo controvérsias se as vítimas teriam interesse jurídico para ajuizar uma ação de indenização, tendo em vista que não se poderia falar em um dano certo.*” Anos após essas lições foram seguidas e desenvolvidas por Francesco Donato Busnelli¹⁵, Adriano de Cupis¹⁶ e Maurizio Bocchiola¹⁷.

Todavia, o pioneirismo na aplicação jurisprudencial coube à França¹⁸, nos idos de 1960, tendo sido utilizada a teoria da *per-*

¹³ GIOVANNI PACCHIONI, *Diritto Civile Italiano, parte seconda: Diritto delle obbligazioni*, v. IV: *Delitti e Quase Delitti*, Padova: Cedam, 1940, p. 109-115 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴ *idem*.

¹⁵ FRANCESCO DONATO BUSNELLI, “*Perdita di una chance e risarcimento del danno*”, in *Il Foro Italiano*, v. LXXXVIII, parte quarta, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1965, p. 46-52.

¹⁶ ADRIANO DE CUPIS, *Il Dano: Teoria Geerale Della Responsabilità Civile*, 2ª ed., 2 v., Milano: Giuffrè, 1966.

¹⁷ MAURIZIO BOCCHIOLA, “*Perdita di una chance e certezza del danno*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXX, p. 60, 1976.

¹⁸ Na Itália, o *leasing case* somente ocorreu em 1983. “*Uma empresa denominada Stefer convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motorista que iam compor o seu quadro de funcionários. Após terem se submetido*

te d'une chance para os casos em que o ato ilícito retirava da vítima a possibilidade de obtenção de melhoria em sua situação futura. Segundo Miguel Kfoury Neto¹⁹: “O julgado que inaugurou a jurisprudência francesa adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, de 17/7/1964, sobre fato ocorrido no ano de 1957. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves conseqüências (invalidez) do menor não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. A Corte de Cassação assentou que: ‘Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade’. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma ‘chance’ de agir de modo diverso - e condenou-o a uma indenização de 65.000 francos.”

Passou então a referida teoria a ser amplamente utilizada nas cortes europeias²⁰, chegando, em momento posterior, aos tribunais norte-americanos.

2.3. Definições

Definição simples e objetiva é extraída da “enciclopédia livre” *Wikipedia*²¹, segundo a qual a perda da chance é: “ (...) ado-

a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos pela Stefer de participar das demais provas (de direção e de cultura elementar) que seriam necessárias à conclusão do processo de admissão. (...) A Corte di Cassazione cassou a decisão do apelo e confirmou a sentença de primeiro grau de jurisdição que havia reconhecido aos trabalhadores o dano da perda da chance, consistente na perda da possibilidade de conseguir o emprego em razão de não terem feito as demais provas necessárias à admissão.” (PATRIZIA PETRELLI. “Causalità e Perdita di Chances”, in *I grandi Orientamenti della Giurisprudenza Civile e Commerciale...* Padova: CEDAM, 1999, p. 303 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 25)

¹⁹ MIGUEL KFOURI NETO. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46.

²⁰ Consta no anteprojeto de reforma do direito das obrigações da FRANÇA o art. 1.346, de seguinte redação: “*La perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. Na livre tradução: “A perda de uma chance constitui um prejuízo reparável distinto da vantagem que se procura obter e sim pela chance dela se realizar.”*”

²¹ http://pt.wikipedia.org/wiki/Perda_da_chance

tada em responsabilidade civil e considera que aquele que perde a oportunidade de proporcionar algum benefício ou evitar algum prejuízo a alguém, responde por isso.”

Segundo Sergio Cavaliere Filho, “*caracteriza-se (...) quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante*”²².

Por fim, mas não menos importante a definição de Philippe Le Tourneau²³, citado por Roberto de Abreu e Silva²⁴, aduzindo que “*...a perda de uma chance constitui por vezes um prejuízo indenizável enquanto que uma hipótese, uma pura hipótese, não seria causa de um dano, ou somente de uma eventualidade de dano não reparável. Define a perda de uma chance como a desaparecimento da probabilidade de um evento favorável quando esta chance aparece suficientemente séria.*”

2.4. Natureza jurídica da perda da chance

Como ocorre com todas as ‘novidades’ entregues ao estudo dos operadores do direito, logo surgem as controvérsias doutrinárias acerca da natureza jurídica. E com a teoria ora analisada não foi diferente.

Dividem-se os autores naqueles que defendem o enquadramento como espécie de danos emergentes²⁵, lucros cessantes

²² SERGIO CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 74/75.

²³ PHILIPPE TOURNEAU. *Droit de la responsabilité*, n. 669/676, Paris: Dalloz, 1998, p. 213/215.

²⁴ ROBERTO DE ABREU E SILVA. “A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil”. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 36, 2006, p. 37.

²⁵ “*Na perda de uma chance o dano é tido como dano emergente e não como lucros cessantes, isso quer dizer que no momento do ato ilícito essa chance já se fazia presente no patrimônio do sujeito passivo desta relação jurídica, sendo algo que ela efetivamente perdeu no momento do ilícito e não algo que ela deixou de lucrar.*” (ROSAMARIA NOVAES FREIRE LOPES, “Responsabilidade Civil pela perda de uma chance”, texto colhido do site www.direitonet.com.br em julho de 2009)

(Aguiar Dias²⁶, Carvalho Santos²⁷, Sergio Cavaleiri Filho²⁸), outros entendendo ser modalidade de dano moral (Antônio Jeová dos Santos²⁹) e, ainda, a posição do doutrinador Argentino Carlos A. Gherzi, reproduzida por Silvio Venosa³⁰, colocando a teoria da perda da chance como algo intermediário entre os danos emergentes e os lucros cessantes.

Entende-se, todavia, como mais correto o posicionamento de que a natureza jurídica é simplesmente de danos materiais ressarcíveis³¹, inseridos, contudo, não entre os danos emergentes e os lucros cessantes, mas sim entre estes últimos e os danos hipotéticos.

3. APLICAÇÃO PRÁTICA - O CASO DO “O SHOW DO MILHÃO” ANALISADO PELO RESP. 788.459-BA (4ª TURMA DO STJ)

Através do julgamento do Recurso Especial acima mencionado, realizado em 8 de novembro de 2005, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou curiosa questão.

A Sr^a. Ana Lucia S. F. Mattos participou do programa televisivo conhecido como *Show do Milhão*, tendo ultrapassado todas as etapas até chegar à derradeira. Contava já com R\$ 500.000,00 (quinhentos mil Reais) acumulados, e, após ter-lhe sido apresentada a última questão³², encontrava-se, diante das seguintes op-

²⁶ JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Da Responsabilidade Civil*, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 721, nota 33 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 39.

²⁷ J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI, p. 321-322 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 39.

²⁸ SERGIO CAVALIERI FILHO. *Programa de Responsabilidade Civil*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 91-92 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 39.

²⁹ ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS. *Dano Moral Indenizável*, 2 ed., São Paulo: Lejus, 1999, p. 110 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 42.

³⁰ SILVIO DE SALVO VENOSA. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 198-200 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 41.

³¹ “Conforme se verifica pela leitura das obras dos autores citados neste capítulo, apesar de haver posições diversas acerca do enquadramento da indenização das chances perdidas - se como dano patrimonial ou moral, dano emergente ou lucro cessante-, é possível afirmar que desde os clássicos até os autores contemporâneos a grande maioria admite que, se se tratar de chance (oportunidade) séria e real, a mesma passa a ter valor econômico e, portanto, a ser passível de indenização” (SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 43)

³² “QUESTÃO: A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? ALTERNATIVAS: 1) 22%, 2) 02%, 3) 04%, 4)10%”.

ções: 1ª) não responder e sair do programa com o valor até então percebido; 2ª) responder corretamente a questão e finalizar o programa como vencedora, recebendo, o prêmio máximo, ou seja, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de Reais) e; 3ª) responder equivocadamente a questão, deixando programa com apenas R\$ 300,00 (trezentos Reais).

Formulada a questão, optou a participante por deixar de responder e ganhar o até aquele momento conquistado. Nenhum problema, não houvesse sido verificado, *post festum*, que a pergunta não comportava nenhuma resposta correta, vez que o percentual tido por acertado (10%) foi retirado de informações da Enciclopédia Barsa e não da CRFB/88.

Assim, foi ajuizada a ação de indenização para ver-se ressarcida dos R\$ 500.000,00 (quinhentos mil Reais) que “*deixara de ganhar*”, tendo a Sra. Ana Lucia obtido sucesso em ambas as instâncias da justiça estadual baiana. Interposto o Recurso Especial pela empresa patrocinadora do programa televisivo, teve o mesmo a admissão negada e, após conversão de Agravo de Instrumento em Recurso Especial (artigo 544 § 3º do CPC), houve sua análise pela 4ª Turma, cabendo a relatoria ao eminente Ministro Fernando Gonçalves, que teve de resolver as seguintes questões:

a) não se trata de indenização por lucros cessantes, pois mesmo que a questão houvesse sido corretamente formulada, não havia qualquer certeza (ou grande probabilidade) de que esta seria respondida acertadamente, visto existir uma dificuldade progressiva entre as fases do programa, com enorme carga emocional e, inclusive, já ocorrido de outras pessoas terem tentado e sucumbido na derradeira pergunta;

b) não se trata de indenização por lucros hipotéticos, pois longe de uma situação irreal, imaginária, havia possibilidade (plausibilidade) de que viesse a participante a acertar a resposta.

Diante da impossibilidade de se concluir pela ocorrência de lucros cessantes (se ela acertaria a questão) ou lucros hipotéticos

(ela não acertaria), valeu-se o julgador - acertadamente - da teoria da perda da chance para solucionar o caso.

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

Entende-se, todavia, que no arbitramento do valor a solução poderia ter sido melhor refletida. Assim está transcrito o acórdão:

“Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 - cento e vinte e cinco mil Reais) equivale a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.”

Percebe-se, pois, a utilização de um critério de “probabilidade matemática”, ou seja, se eram 4 (quatro) alternativas, com 1 (uma) correta, e a possibilidade de se escolher uma única vez, havia 1 (uma) chance em 4 (quatro) e, por isso, os danos foram calculados e, R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil Reais), representando $\frac{1}{4}$ (um quarto) do valor em disputa.

Desprezaram, portanto, os julgadores qualquer fator existente (conhecimento acumulado, mérito de ter chegado naquela fase do programa, etc.) que diferenciasse a participante da última fase de outro concorrente, de uma criança ou de um animal adestrado, capaz de escolher uma alternativa (ou apontar uma resposta). Entende-se que o mais adequado seria - em adoção à teoria da perda da chance - reconhecer a possibilidade (oportunidade) de acerto e, por ser esta maior do que a fórmula matemática de 1 para 4, indenizar a demandante no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil Reais), equivalente a 50% (cinquenta por cento) das chances de acertar a questão.

4. APLICAÇÕES PRÁTICAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Como se percebe através das ementas abaixo transcritas, várias Câmaras Cíveis estão aplicando a Teoria da Perda da Chance como forma de identificar e quantificar o dano:

Desídia em serviços de advogados que não interuseram o recurso cabível em outra demanda. (TJRJ - 1ª Câm., Apel. 2008.001.03832, Rel. JDS. Des. Myriam Medeiros, j. 01/04/2008)

Falha em diagnóstico da qual possivelmente adveio a perda de visão da parte Autora. (TJRJ - 2ª Câm., Apel. 2009.001.01653, Rel. Des. Heleno Ribeiro P. Nunes, j. 04/02/2009)

Franquia. Descumprimento de contrato e cancelamento da concessão após realização de todo o estudo e projeto de viabilização do negócio. (TJRJ - 5ª Câm., Apel. 2007.001.47396, Rel. Des. Cristina Gaulia, j. 26/09/2007)

Acidente de trânsito com coletivo. O risco da morte e a perda de chance de promessa carreira como atleta. (TJRJ - 16ª Câm., Apel. 2004.001.02939, Rel. Des. Antonio Saldanha Pa-lheiro, j. 22/06/2004)

Prescrição de remédio equivocado que retardou o início do tratamento adequado para a doença, diminuindo sua possibilidade de cura. (TJRJ - 17ª Câm.,

Apel. 2005.001.44557, Rel. Des. Edson Vasconcelos, j. 08/03/2006)

Falha em contrato de transporte de integrantes de escola de samba em dia de desfile de carnaval. Atraso na chegada ao desfile que ocorreu com número reduzido de componentes, gerando perda de pontos e possivelmente tendo sido a causa do rebaixamento da agremiação. (TJRJ - 18ª Câ., Apel. 2007.001.64967, Rel. Des. Rogério Oliveira de Souza, j. 22/07/2008)

Plano de Saúde. Falha em serviço de resgate. Redução na possibilidade de salvamento do segurado infartado que aguardou longo período de tempo até ser resgatado por ambulância do corpo de bombeiros. (TJRJ - 20ª Câ., Apel. 2008.001.27438, Rel. Des. Odete Knaack de Souza, j. 05/11/2008)

Percebe-se, pela variedade das causas de pedir analisadas, o vasto campo de aplicação da perda da chance como forma de identificar e indenizar danos ressarcíveis.

CONCLUSÃO

Como abordado na introdução, sempre houve controvérsia acerca do que (e quanto) é devido pelo fato de a vítima pretender indenizações por ela consideradas como lucros cessantes (certas) e que, na visão oposta do causador do fato não seriam tão certas assim, configurando meros danos hipotéticos (incertas). E o julgador não podia valer-se (isso é óbvio) de uma decisão de cunho alternativo (SE sim ou SE não) para, em exercício de futurologia, decidir a demanda.

Dentro desta nova ótica de enquadrar tais situações como perda da chance, o que se verifica, então, é que, nesses casos, a parte interessada (vítima) formula de forma inadequada sua pretensão³³, pois deve requerer indenização pela perda da oportunidade e não da vantagem (que “iria” auferir).

³³ “...a própria vítima do dano formula inadequadamente sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, requer indenização em razão da perda da própria vantagem. Ao assim proceder, a vítima esbarra no requisito

Posição esta que se adequa na lição de Gracia Cristina Moreira do Rosário³⁴: *“a perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável (...). Deve-se realizar um balanço das perspectivas a favor e contra. Do saldo resultante, obter-se-á a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos”*.

Desta maneira, não mais se analisará o SE com necessidade de julgá-lo, isto é, decidir (no deferimento da indenização) SE algo ocorreria ou não. Estando o magistrado diante de uma possibilidade séria, concreta, real³⁵, concederá a indenização pela oportunidade, pela chance, tornando o SE indenizável. ☐

de certeza dos danos, tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos.” (EDUARDO ABREU BIONDI, “Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil”, texto colhido do site www.direitoNet.com.br em julho de 2009.)

³⁴ GRACIA CRISTINA MOREIRA DO ROSÁRIO. *A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 133.

³⁵ Transcreve-se exemplar ementa proveniente da 3ª Turma do STJ: *“(…) Ocorre que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional e prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dados, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas(...)”* (STJ - 3ª Turma, REsp. 965.758, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/08/2008)

Execução nas Ações Coletivas nas Relações de Consumo

Ludmilla Vanessa Lins da Silva

Juíza de Direito do TJ/RJ. Professora da Escola da Administração Judiciária - ESAJ e da Universidade Estácio de Sá das Disciplinas Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Pós-graduada - lato sensu -pela EMERJ.

1. INTRODUÇÃO

Objetiva o presente trabalho fazer uma síntese da execução nas ações coletivas envolvendo as relações de consumo. Num primeiro momento, faremos um breve enfoque do conceito de direito coletivo *lato sensu*, para depois tratarmos da legitimação ativa para a propositura da ação coletiva, prosseguindo com o exame da competência, da coisa julgada, da liquidação coletiva e, por fim, a fase da execução propriamente dita.

Como é do conhecimento geral, somente a partir de 1970 teve início na Itália, com o grande Mauro Cappelletti, o estudo dos interesses e direitos coletivos, estudo esse aprofundado no Brasil por Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe e outros notáveis processualistas.

Destacam-se entre as características dos interesses e direitos coletivos a *indeterminação* de titulares e a *indivisibilidade* de objeto, como ocorre, por exemplo, nos interesses relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, aos serviços públicos em geral. Integram os chamados *direitos de terceira geração*, que assistem, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano.

Dispõe a Constituição: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”(art. 225); “A saúde é direito de

todos”(art. 196); “A educação, direito de todos e dever do Estado” (art. 205). Como proteger esses direitos? Essa era a grande questão. Mauro Cappelletti, um dos primeiros estudiosos dos interesses e direitos difusos, ponderava: “A titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação”.

Na realidade, é universalmente consagrado o entendimento de que aos direitos materiais básicos devam corresponder instrumentos processuais indispensáveis à sua efetivação. Sem esses instrumentos processuais, os direitos materiais tornam-se normas programáticas sem maior contato com a realidade e o cotidiano dos cidadãos. É por isso que se diz que não basta proclamar direitos; é preciso efetivá-los.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.345/85) foi o primeiro passo importante da legislação brasileira no sentido da tutela dos interesses e direitos coletivos. Destinava-se inicialmente à proteção do meio ambiente e do consumidor na dimensão dos bens indivisivelmente considerados. Posteriormente, a Constituição de 1988 sublinhou em diversos dispositivos a importância dos interesses coletivos. Mas foi o Código do Consumidor que completou todo esse trabalho legislativo ao ampliar o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil Pública, de modo a abranger todos os interesses difusos e coletivos.

No parágrafo único do seu artigo 81, o Código do Consumidor divide os interesses e direitos coletivos em três categorias: 1) *direitos difusos*, que são os essencialmente coletivos; 2) *direitos coletivos stricto sensu*, que são os coletivos propriamente ditos; 3) *direitos individuais homogêneos*, que são de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados.

2. OS DIREITOS OU INTERESSES PROTEGIDOS NA AÇÃO CIVIL COLETIVA

Os direitos difusos são interesses ou direitos transindividuais, metaindividuais ou supraindividuais, porque vão além da pessoa do consumidor. O bem jurídico tutelado é indivisível, já que não é possível dividi-lo por impossibilidade fática. Seus titulares

são pessoas indeterminadas, ligadas entre si por circunstância de fato, sem a necessidade de terem qualquer relação jurídica com o sujeito passivo.

Os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu* são também transindividuais e indivisíveis; contudo, diferem dos direitos difusos porque têm como titulares um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou, ainda, um grupo de pessoas ligadas à parte contrária por uma relação jurídica base. A circunstância aqui é de direito e não uma situação fática.

Conhecida é a lição de Hugo Nigro Mazzilli, ao diferenciar os interesses difusos dos coletivos *stricto sensu*:

“Difusos são, pois, interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. São como um feixe de interesses individuais, com pontos em comum.

Os interesses coletivos compreendem uma categoria determinada ou pelo menos determinável de pessoas. Embora o Código do Consumidor faça uma distinção, que a seguir enunciaremos, na verdade, e em sentido lato, os interesses coletivos compreendem tanto grupos de pessoas unidas pela mesma relação jurídica básica, como grupos unidos por uma relação fática comum.

Com efeito, em ambas as hipóteses temos grupos determinados ou determináveis de pessoas, unidas por um interesse compartilhado por todos os integrantes de cada grupo.

Em sentido lato, portanto, os interesses coletivos englobam não só os interesses transindividuais indivisíveis (que o Código do Consumidor chama de interesses coletivos em sentido estrito, art. 81, parágrafo único II), como também aqueles que o Código do consumidor chama de interesse individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único III). Estes últimos caracterizam-se pela extensão divisível, ou individualmente variável, do dano ou da responsabilidade” (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 6º ed., RT, 1884, n. 1.3.2 e 1.3.3, p. 22).

Um ponto merece destaque: nos ditos interesses ou direitos coletivos *stricto sensu* as pessoas podem estar ligadas ao fornecedor por uma relação jurídica base, como por exemplo um contrato bancário em que se pretenda a nulidade de uma cláusula contratual abusiva. É também possível ser titulares desses direitos pessoas que pertençam a um mesmo grupo, a uma mesma categoria ou classe.

Barbosa Moreira, citado por Kazuo Watanabe, ensina: “o interesse para o qual se reclama tutela pode ser comum a um grupo mais ou menos vasto de pessoas, em razão de vínculo jurídico que as une a todas entre si, sem, no entanto, situar-se no próprio conteúdo da relação plurissubjetiva”. (*op. cit.*, p. 722)

Como já ressaltado, o Código de Defesa do Consumidor incluiu os interesses ou direitos homogêneos no rol dos direitos coletivos *lato sensu*. Foi o primeiro diploma a permitir tal tutela, visto que, classicamente, a defesa coletiva alcança apenas os direitos ou interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*.

Os direitos ou interesses individuais homogêneos têm como característica não serem transindividuais, isto é, não vão além da pessoa do consumidor. São direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível. Contudo, os titulares estão unidos em decorrência de uma *origem comum*.

Em suma, direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no que diz respeito aos fatos geradores de tais direitos ou interesses. A origem idêntica recomenda a defesa de todos a um só tempo.

Muito esclarecedora a doutrina de Vladimir Passos de Freitas sobre os direitos individuais homogêneos:

“Já comentamos os interesses ou direitos individuais, cumpre mencionar-se quando são homogêneos. Ocorrem quando há identidade, identificação, tudo por decorrência da origem comum, conforme se vê da parte final do inciso. Aqui os interesses não são coletivos ou difusos, mas sim individuais. Todavia, a origem igual recomenda a defesa de todos a um só tempo.”

*A defesa coletiva dos direitos individuais assemelha-se às denominadas **class actions**. O jurista português Carlos Ferreira Almeida, na obra **Os direitos dos consumidores**, 167, leciona que as “**class actions**”, criação empírica e jurisprudencial norte-americana são uma concretização desta análise teórica. Diferem da acção civil interposta pelas associações de consumidores, relativa aos interesses colectivos em apreciação, pois que têm por objecto a avaliação de danos individuais comuns a um grupo (**class**) de pessoas.*

*A grande diferença entre as **class actions** e a defesa coletiva dos direitos homogêneos é que na criação americana vai-se mais longe, admite-se que qualquer consumidor lesado, independentemente da existência de associação, intente acção objetivando a reparação dos danos sofridos por todas as vítimas” (Comentários ao Código do Consumidor, org. José Cretella Jr. e René Ariel Dotti, Forense, 1992, n. 435, p. 328).*

Há uma peculiaridade nos interesses ou direitos individuais homogêneos; em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica. Significa dizer que o Magistrado, na sentença, fixará apenas a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados, isto é, o dever de indenizar; o consumidor, antes de executar, terá que promover a liquidação da sentença a fim de apurar o valor da indenização (CDC, arts. 95 e 97), permitindo ainda a lei a execução singular ou coletiva, sendo esta última uma faculdade (CDC, art. 98).

No que diz respeito à competência, basta lembrar que o artigo 93 do CDC estabelece, ressaltando a competência da Justiça Federal, que é competente para a causa a justiça local no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

3. LEGITIMAÇÃO *AD CAUSAM* ATIVA PARA PROPOR AÇÃO CIVIL COLETIVA

No propósito de facilitar o acesso do consumidor à Justiça e dar efetividade ao processo, o CDC consagrou a legitimação *ad causam* ativa da maneira mais ampla possível para o aforamento das ações coletivas, conforme se depreende do seu art. 82.

Têm legitimação para agir o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. Apenas o consumidor individual não tem legitimação para as ações coletivas; limitou o legislador a legitimação individual à busca da tutela dos interesses e direitos a título individual, o que demonstra não haver litispendência entre a ação individual e a coletiva. Será ainda possível a suspensão da ação individual com a finalidade de ser atingida pelos efeitos da coisa julgada produzida pela sentença na ação coletiva (CDC, art. 104).

Com relação à legitimidade do Ministério Público, merece destaque que, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, será preciso verificar se há na causa *relevante interesse público ou social*. Nesse sentido a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça: “Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbida ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o órgão ministerial legitimidade para atuar em defesa de *interesses individuais homogêneos de consumidor decorrentes de origem comum*”. O acórdão, da lavra da Ministra Nancy Andrichi, foi prolatado no REsp n. 279.273-SP, que julgou o doloroso caso da explosão do Osasco Plaza Shopping, com dezenas de vítimas, em São Paulo.

A legitimação da Defensoria Pública para as ações coletivas foi bastante contestada pela doutrina e jurisprudência, por falta

de expressa previsão legal. A polêmica foi afastada pela Lei n. 11. 448, de 15 de janeiro de 2007, que alterou o art. 5º da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), para incluir a Defensoria Pública entre os legitimados para a propositura da ação civil pública, ao lado do Ministério Público, da União, dos Estados e Municípios.

4. DA COISA JULGADA

Coisa julgada material, como claramente definida no art. 467 do Código de Processo Civil, é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Quanto aos seus limites subjetivos, a regra é que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiro, consoante art. 472 do mesmo diploma legal.

Essas regras, que funcionam perfeitamente nos direitos individuais, revelaram-se insuficientes nos direitos difusos e coletivos. Em face das peculiaridades desses direitos, os processualistas repensaram os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas. Desde a ação popular e, posteriormente, na ação civil pública, os limites subjetivos da coisa julgada foram estendidos *erga omnes* ou *ultra partes*, salvo quando o pedido é rejeitado por insuficiência de provas. É o que se tem chamado de coisa julgada *secundum eventum litis*.

A coisa julgada nas ações coletivas, portanto, não se subordina à regra de que está adstrita às partes. A regra é outra, como bem observa o insigne Humberto Theodoro Junior em sua precisa lição:

“(...) a coisa julgada formada no processo coletivo não respeita os limites subjetivos traçados pelo art. 472 do CPC, tanto entre os legitimados para demandar a tutela dos interesses transindividuais como em face das pessoas individualmente lesadas. Há, nesse tipo de processo, a possibilidade de eficácia erga omnes (isto é, perante quem não foi parte no processo), embora nem sempre de forma plena”. E, continua: “tem-se desta maneira, nas ações coletivas uma extensão subjetiva da coisa julgada erga omnes, em regra,

mas que nem sempre prevalecerá se o resultado for adverso à pretensão do autor. Dá-se o que se denomina coisa julgada secundum eventum litis, ou da coisa julgada cuja eficácia erga omnes é, quase sempre, para beneficiar e não para prejudicar” (Curso de Direito Processual Civil. Ed. Forense, 41º, ed, ano 2004, p. 501).

A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas encontra-se no art. 103 do CDC, que assim dispõe:

Art. 103: “Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada”:

I - **erga omnes**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

A regra, então, para os interesses ou direitos difusos é a de que, no caso de procedência do pedido, os efeitos da coisa julgada são **erga omnes**, isto é, atingirá a todos. Todavia, se o pedido for improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, desde que haja no processo provas novas. Conforme a melhor doutrina, não será preciso tratar-se de provas obtidas após a ação intentada, mas qualquer prova que não tenha sido incluída no processo. Mas se a improcedência ocorreu por inexistência de direito material, neste caso a coisa julgada projetará os seus efeitos **erga omnes**, isto é, em relação a todos.

II - **ultra partes**, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

A segunda regra está relacionada aos direitos ou interesses coletivos **stricto sensu**: quando procedente o pedido, a coisa julgada projetará os efeitos **ultra partes**, mas limitada ao grupo, categoria ou classe. Assim, mesmo que um consumidor não tenha

participado da ação, será ele atingido, porque a procedência vai lhe favorecer; se for julgado improcedente por insuficiência de provas, aplica-se a mesma regra do inciso I destinada aos interesses ou direitos difusos; mas se a improcedência decorrer da completa apreciação da causa em todos os aspectos, a coisa julgada também será ***ultra partes***.

Importante é ressaltar que os efeitos da coisa julgada prevista nos incisos I e II do art. 103 do CDC não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe (CDC, § 1º do art. 103). Assim, por exemplo, se a ação coletiva teve como pedido a retirada de determinado produto do mercado, e se esta foi julgada improcedente pela inexistência de direito material, nada impede que o consumidor individualmente mova ação de indenização, tendo em vista ter sido ele lesado pelo produto que se buscou afastar do mercado de consumo na ação coletiva.

Outra questão igualmente relevante é a regra contida no § 3º do art. 103 do CDC. Por ela, os efeitos da coisa julgada não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista no Código do Consumidor (CDC, § 1º do art. 103), mas se a ação coletiva tiver seu pedido julgado procedente, beneficiará as vítimas e seus sucessores que foram lesados, permitindo proceder à liquidação e à execução, sem, contudo, exigir que elas ingressem com o processo de conhecimento. Note-se que o CDC ainda mandou aplicar o disposto no parágrafo em comento à sentença penal condenatória (§ 4º do art. 103).

A Prof^a Ada Pellegrini Grinover, com a maestria que lhe é peculiar, assevera, ao comentar o disposto no § 3º do art. 103 do Código do Consumidor:

“(...) Com isso, o Código opera a ampliação do objeto do processo coletivo, para nele abranger o dever de indenizar os danos ocasionados pela nocividade do produto. O fenômeno não é novo, encontrando precedente, no nosso ordenamento, quanto aos efeitos civis da sentença penal condenatória: nos termos do disposto no art. 91, I do CP, a condenação

penal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, passando-se desde logo à liquidação e execução da sentença no juízo civil (arts. 63, CPP e 584, II, CPC). Exatamente o mesmo fenômeno ocorre agora quanto à sentença favorável coletiva, a ser imediatamente liquidada e executada no tocante aos danos sofridos pelas pessoas individualmente lesadas, numa nova hipótese de ampliação, ope legis, do objeto litigioso, para incluir o julgado sobre o deve de indenizar” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Ed. Forense universitária, 6º ed., p. 827).

III - *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

A regra para os direitos ou interesses individuais homogêneos é diferenciada, pois a coisa julgada *erga omnes* só atua com o objetivo de favorecer as vítimas e seus sucessores. No caso de improcedência, a decisão não projetará os efeitos *erga omnes*, pouco importando o fundamento, se foi por insuficiência de provas ou por inexistência de direito material (CDC, § 2º do art. 103).

Há dissenso na doutrina no que respeita à extensão territorial da coisa julgada. Parte afirma que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Nesta hipótese qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, consoante a regra do art. 16 da Lei 7.347/85. A corrente que não admite a aplicação da regra da ação civil pública, entende ser ela inconstitucional, uma vez que estaria restringido o âmbito de eficácia das decisões dos Tribunais. Sustenta também que o CDC não prevê a possibilidade de aplicação subsidiária da lei em comento, pelo que a eficácia da coisa julgada, em relação à ação civil coletiva em defesa de direitos dos consumidores, é ampla, isto é, não se restringe ao âmbito do órgão prolator da sentença.

Recentemente, a Ministra Nancy Andrighi proferiu voto no qual admitiu que os efeitos da coisa julgada fossem de âmbito nacional, conforme se observa no REsp n. 40011529-SP.

5. DA LIQUIDAÇÃO COLETIVA

Já destacamos que a peculiaridade da ação coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos é que, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica.

A sentença condenatória estabelece apenas o dever de indenizar - *an debeatur*, sendo necessário apurar o *quantum debeatur*, ou seja, o montante da indenização deverá ser apurado em liquidação de sentença. Assim, o objetivo da liquidação é integrar a decisão liquidanda, tornando-a exequível.

Com a Lei n. 11.232/2005 pretendeu-se eliminar o processo autônomo de liquidação de sentença. De regra, a liquidação agora deve ser buscada numa fase do processo que tem múltiplos objetivos, pelo que sincrético. Depreende-se da nova disciplina estabelecida pela citada Lei n. 11.323/2005 que temos agora três técnicas processuais para viabilizar a liquidação de sentença: a) fase de liquidação; b) processo de liquidação; c) liquidação incidental.

A liquidação por arbitramento e a liquidação por artigos (arts. 475-C e 475-E, respectivamente, do Código de Processo Civil) devem ser buscadas numa fase específica do processo que se abre com essa finalidade. O art. 475-A, parágrafo 1º dispõe que o réu será intimado do requerimento pelo interessado da liquidação da sentença, na pessoa do seu advogado, o que deixa claro que se trata de uma fase do processo. Mesmo na liquidação por artigos, a lei não exige citação, determinando o art. 475-F do CPC observar o procedimento comum *no que couber*. A liquidação incidental poderá ser requerida na pendência de recurso, processando-se em autos apartados no juízo de origem (parágrafo 2º do art. 475-A do CPC).

Nada dispondo o CPC de especial sobre a liquidação da sentença coletiva, é lógico concluir que o regramento geral lhe é aplicável. Em outras palavras, salvo quando se tratar de sentença coletiva relacionada a direitos individuais homogêneos, a liquidação coletiva pode ser buscada numa fase específica do processo

coletivo, sem a necessidade de instauração de um novo processo apenas com esse objetivo.

Cândido Rangel Dinamarco chama de “imprópria” esse tipo de liquidação (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 4, p. 632).

A sentença prolatada em ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos via de regra deve ser liquidada, por se tratar de decisão genérica. A liquidação pode ser feita por arbitramento ou por artigos, embora alguns autores entendam que apenas possa ser por artigos, em razão da necessidade de se provar o fato novo. Na verdade, não se trata de liquidação apenas para apuração do *quantum debeatur*. Aqui serão apurados os fatos e alegações referentes ao dano individualmente sofrido pelo demandante; a relação de causalidade entre esse dano e o fato potencialmente danoso acertado na sentença; os fatos e alegações pertinentes ao dimensionamento do dano sofrido.

Legitimados para a liquidação de sentença genérica (em se tratando de direito individual homogêneo) serão a vítima ou seus sucessores, individualmente, bem como o legitimado extraordinário coletivo, na forma do art. 100 do CDC. A doutrina norte-americana convencionou chamar de *fluid recovery* a liquidação feita pelo legitimado extraordinário.

No caso de liquidação de sentença coletiva envolvendo direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, pode ela ser feita por artigos ou por arbitramento. Aqui, busca-se apenas identificar o *quantum debeatur*, tendo em vista que os demais elementos da obrigação já foram certificados.

6. DA EXECUÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS

O novo sistema de execução do Código de Processo Civil aplica-se também, em linhas gerais, à execução coletiva. Transitada em julgado a decisão, e não tendo o devedor adimplido espontaneamente a condenação, segue-se a execução como fase de um mesmo processo.

A execução poderá ser promovida por qualquer legitimado coletivo. Decorrido o prazo previsto no art. 15 da Lei n. 7. 345/85 sem que o autor da ação coletiva de conhecimento promova a exe-

cução, outro legitimado poderá promovê-la, ainda que não tenha participado da fase de conhecimento.

A execução poderá ser coletiva, isto é, para tornar efetivo o direito coletivo certificado, ou individual, caso em que só se efetivará o direito daquele que se beneficiou como a extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva. Esta execução individual deverá ser precedida de liquidação, na qual o exequente terá que demonstrar que é titular de um crédito e o seu respectivo valor.

Se houver concurso de credores entre créditos coletivos e individuais resultantes do mesmo evento, dispõe o art. 99 do CDC que terão preferência os credores individuais.

7. CONCLUSÃO

Com a Lei n. 11.232/05, o nosso Código de Processo Civil abandonou, como vimos, o modelo do processo de execução como processo autônomo em relação ao processo de conhecimento condenatório, e passou a um sistema em que a execução da sentença é mero prolongamento do processo em que tal decisão tenha sido proferida. Foi uma opção corajosa em busca da maior efetividade da justiça, signo que marca o processo moderno.

A execução, na realidade, era uma espécie de nó górdio no processo civil brasileiro. Mesmo quando o processo de conhecimento tinha regular andamento, empacava na execução por anos e anos, frustrando a prestação jurisdicional. Literalmente ganhava-se, mas não se levava. Com o novo modelo de execução, aprimorado com outras medidas práticas, como a penhora *on line*, a multa pelo não cumprimento imediato da condenação (art. 475-J do CPC) e outras mais, os resultados positivos já se fazem presentes, apontando um futuro promissor.

Importante agora é levar também esses avanços para a execução coletiva, para torná-la mais ágil e aumentar a eficácia da tutela coletiva. Se os interesses e direitos difusos e coletivos, quando ameaçados ou violados, não forem eficazmente protegidos, se não houver uma resposta rápida da justiça que lhes garanta a devida e necessária tutela, de que adiantariam as leis democráticas? Serão leis maravilhosas, mas inoperantes. Não passarão de processos não cumpridos, de normas programáticas e sem efetividade. ▣

A Prisão Temporária e a Justiça Federal

Ricardo Ribeiro Campos

*Juiz Federal na Seção Judiciária do Ceará.
MBA em Poder Judiciário pela FGV/RJ.*

A prisão temporária foi introduzida no direito brasileiro pela Medida Provisória nº 111/1989, convertida na Lei nº 7.960/1989. Trata-se de instituto que, segundo alguns autores¹, teria sido imaginado para legitimar as denominadas *prisões para averiguações*², ou seja, a detenção informal feita pela polícia para fazer levantamentos sobre um fato investigado e a pessoa do suspeito.

O instituto estava previsto no Projeto de Código de Processo Penal elaborado por José Frederico Marques, que a admitia para compelir o indiciado ou acusado ao cumprimento de ônus a que estivesse sujeito no inquérito policial ou no processo, ou quando ele estivesse perturbando o curso das investigações, deixasse

¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 104 e 108; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 319; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 1039; DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 151; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 528.

² Para Diaulas Costa Ribeiro, distinguir-se-ia a prisão para averiguações da prisão para investigações. “A prisão para investigações, que é a nossa prisão temporária, parte de um fato criminoso para uma pessoa determinada. Já a prisão para averiguações parte de pessoas para levantar fatos, aleatoriamente. [...] [Na prisão para averiguações] as autoridades, em regra as Polícias, prendem pessoas para descobrir crimes que não estavam investigando, ou apurar crimes em que elas não eram suspeitas. São as conhecidas operações ‘arrastão’, realizadas em áreas de contingente criminoso.” (RIBEIRO, Diaulas Costa, “Prisão temporária (Lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 707, p. 271-275, set. 1994, p. 273).

de comparecer a qualquer ato necessário à instrução do inquérito ou houvesse suspeita razoável de sua participação em crime de roubo, latrocínio, extorsão, sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto não consensual, quadrilha ou bando ou tráfico de entorpecentes.

Trata-se de medida inspirada em institutos similares de outros países, a exemplo da *prisión incomunicada* do direito espanhol e da “*garde à vue*” do direito francês.

A *prisión incomunicada* pode ser decretada pelo tribunal ou pelo juiz de instrução, e tem por fim evitar que se subtraíam da ação da justiça pessoas supostamente envolvidas nos fatos investigados, ou que elas atuem contra bens jurídicos da vítima, que ocultem, alterem ou suprimam provas ou que cometam novos delitos (artigo 509, 1, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*). A incomunicabilidade durará somente o tempo necessário a evitar esses perigos e não poderá exceder a cinco dias, podendo este prazo ser prorrogado por uma vez se se tratar de terrorismo ou de organizações criminosas (artigo 509, 2). Não se admitirá que o preso faça ou receba qualquer comunicação, salvo se isto não frustrar os fins da prisão incomunicável (artigo 510, 3).

Por meio da denominada guarda à vista (*garde à vue*), por sua vez, o oficial de polícia poderá determinar, por necessidade de investigação, a prisão de qualquer pessoa suspeita de haver cometido ou tentado cometer uma infração penal. Nesse caso, o Ministério Público deverá ser cientificado da prisão, que não poderá durar mais de vinte e quatro horas, com possibilidade de ser prorrogada por igual período mediante autorização escrita do Procurador da República (artigo 63, CPP francês). Revelando preocupação com a necessidade de preservar a investigação³, o legislador francês estabeleceu que a pessoa colocada em guarda à vista pode pedir para que seja informada da sua prisão a pessoa com quem resida ou um parente próximo; ressaltou, entretanto, que se o oficial de polícia considerar que esse pedido pode comprometer

³ ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. *Medidas cautelares e de polícia do processo penal, em direito comparado*. Almedina: Coimbra, 2006, p. 104.

as investigações, negá-lo-á e comunicará esse fato ao Procurador da República, a quem caberá decidir sobre o acolhimento (artigo 63-2).

Ao comentar a prisão temporária, Rogério Leão Zagallo assinala:

*Esse tipo de prisão visa permitir que a autoridade policial, diante da prática de um crime que esteja disposto na Lei n. 7.960/1989, não possuindo ainda elementos de prova que permitiram a prisão preventiva e na ausência de flagrante, permaneça com o investigado sob sua proteção e disposição, com o fim de proceder à coleta de demonstrativos de autoria e materialidade.*⁴

Não faltam críticas ao instituto. A primeira delas é de conteúdo formal, por ter sido a prisão temporária aprovada originalmente por medida provisória, antes de ter sido convertida na Lei nº 7.960/1980. No entender de Roberto Delmanto Junior, teria havido com isso violação à garantia da reserva legal, “que presuppõe, outrossim, a correta elaboração legislativa, abrangida por outra garantia constitucional, qual seja, a do **substantive due process of law**”⁵. Não obstante, o certo é que antes do advento da Emenda Constitucional nº 33/2001, não vedava a Constituição de 1988 a edição de medida provisória em matéria processual. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face da Lei 7.960/1980, o Supremo Tribunal Federal indeferiu, por oito votos e dois, liminar que pleiteava a suspensão da referida lei. Acolheu-se o voto do relator, Ministro Moreira Alves, no sentido de que, salvo em situações excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário o exame da relevância e da urgência de uma medida provisória. Diante da

⁴ ZAGALLO, Rogério Leão. *Prisão provisória: razoabilidade e prazo de duração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 83.

⁵ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 151. No mesmo sentido, RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 643.

conversão da Medida Provisória nº 111 em lei, a ADIn foi arquivada por perda de objeto. Quanto ao outro aspecto referido por Roberto Delmanto Junior, inexistiu qualquer violação à cláusula do devido processo legal, já que a prisão temporária configura uma prisão cautelar de liberdade que tem assento no inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal.

A outra ordem de críticas é de teor material. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, trata-se de previsão inconstitucional, “medida odiosa e arbitrária”, “estúpida”, posto que restringiria o direito de locomoção de uma pessoa, que não pode ser considerada culpada antes do trânsito em julgado da sentença, sem a demonstração de sua real necessidade⁶. Em igual sentido, assevera Maria Ignez Baldez Kato que a prisão temporária violaria o princípio da presunção de inocência por ser concebida para finalidade desprovida de feição cautelar; em outros termos, por não se destinar a assegurar no processo o procedimento do devido processo legal⁷. Paulo Rangel, por sua vez, entende que “em um Estado de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito”⁸.

A doutrina em sua maioria, porém, entende não existir a mencionada inconstitucionalidade da prisão temporária, por se tratar de prisão de natureza cautelar, instrumentalmente voltada a assegurar a investigação de um delito⁹.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 497-498 e 503.

⁷ KATO, Maria Ignez Baldez Lanzellotti. *A (des)razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2005, p. 126.

⁸ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 643.

⁹ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99-104. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 319-322; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Limites constitucionais à prisão temporária*. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 207, p. 35-38, jan. 1995; LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 238-239; MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. “Prisão temporária”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 325-327, jun. 1992; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 149.

Muitos daqueles que criticam o instituto da prisão temporária e como ele vem sendo empregado na prática, principalmente no âmbito da Justiça Federal, na realidade expressam opinião formada sem o conhecimento de quaisquer detalhes das complexas investigações acerca dos graves crimes que justificaram a sua necessidade. Limitam-se geralmente essas pessoas, a partir de recortes de noticiários, a formar uma opinião equivocada, incompleta, obtusa, que enxerga apenas o papel - no sentido teatral, mesmo - que os investigados exercem no meio político ou empresarial, exibindo ao público apenas as várias comendas, títulos honoríficos e quejandos que possuem¹⁰. Esquecem os críticos, porém, que os crimes econômicos são praticados invariavelmente às ocultas e com grande sofisticação para burlar os órgãos de fiscalização. Na criminalidade econômica, regra geral, há uma concentração na prática dos delitos, limitando-se, portando, o envolvimento a pouquíssimas pessoas. A prática criminosa empresarial é restrita, quase sem exceção, a um núcleo rígido e de confiança mútua, formado pela cúpula da empresa ou somente por parte dela. A prática tem revelado que os empregados, mesmo quando detentores de cargos de gerência, geralmente desconhecem o que se passa nesse núcleo rígido e os crimes por ele promovidos. Chegam mesmo a ficar surpresos quando posteriormente têm ciência da verdade dos fatos. Há que se considerar também, nessa senda, a estrutura e o funcionamento do crime organizado, que, sobre ser compartimentado - e, portanto, a originar igual problemática -, é instrumentalmente planejado para obstar que a investigação chegue ao seu encaixe, valendo-se, para tanto, de violência ou de grave ameaça, ou de ofertas de vantagens, em relação a todos aqueles que lhe podem contrariar, como vítimas, testemunhas e

¹⁰ Na obra *Derecho penal económico*, Silvina Bacigalupo e Miguel Bajo apontam, com base em uma fórmula denominada *Psicograma de Mergen*, as seguintes características dos criminosos econômicos: a) somente atribuem valor aos bens materiais, sendo impulsionados por uma avidez na busca incontrolável do proveito material; b) são egocêntricos, sofrendo de fria solidão, que compensam se mostrando generosos, pródigos e caritativos; c) utilizam-se de suas inteligências para o êxito imediato; d) não se consideram criminosos (*apud* FIS-CHER, Douglas. *Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 140-141).

mesmo auxiliares menores, a exemplo dos “laranjas”. Assim, a investigação que se restringir a utilizar exclusivamente métodos limitados, como a oitiva de testemunhas e requisição de documentos, estará fadada inevitavelmente ao fracasso, o que ocorrerá em prejuízo da efetividade da tutela penal e em prol da subsistência da arraigada seletividade do sistema penal. Talvez por isto não se deva estranhar se o móvel das críticas for outro, a saber, o de derruir esse importante instrumento de investigação, que tem se mostrado muito eficaz, no âmbito da Justiça Federal, no combate aos crimes anteriormente mencionados, atingindo pessoas que antes se consideravam imunes ou acima da lei, e que agora estão incomodadas ao se verem por ela alcançadas.

Jayme Walmer de Freitas observa:

A prisão temporária tem vários pontos favoráveis, e dentre eles se destaca o de ser um instrumento ágil e eficaz no deslinde de crimes graves, a despeito da falta de recursos, mormente de inteligência, dos organismos policiais. Embora se atinja a liberdade pessoal com elementos probatórios escassos, a polícia tem conseguido, diariamente, a elucidação de crimes bárbaros e de extrema gravidade. O dia a dia forense tem confirmado essa assertiva.

Salvo excessos aqui e acolá, a sociedade tem obtido vantagens com o instituto. Explica-se. A lei se volta especificamente à repressão de crimes hediondos ou de especial periculosidade, e toda custódia exige cumprimento fiel à determinação legal, isto é, depois da manifestação do órgão ministerial é que sobrevém o decreto prisional de natureza judicial.¹¹

Vale referir que o próprio Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Ministro Cezar Peluso, se valeu da prisão temporária, no bojo da denominada *Operação Hurricane* (Inquérito nº 2.424/RJ), para a investigação de delitos praticados por um Ministro do Supe-

¹¹ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91.

rior Tribunal de Justiça, dois Desembargadores do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, um membro do Ministério Público Federal, um Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas, conhecidos bicheiros e outros envolvidos com a exploração de jogos ilegais, negociação de decisões judiciais e outros delitos.

No que diz com a crítica de teor jurídico, naquilo que vislumbra na prisão temporária ausência de natureza cautelar, uma atenção à sua finalidade revela que a censura não procede. Em verdade, a prisão temporária possui, inegavelmente, natureza cautelar. Trata-se, com efeito, de instituto voltado exclusivamente à salvaguarda da investigação, ou seja, destina-se a afastar riscos que comprometam a colheita de elementos de informação em crimes graves e a identificação de sua autoria. Não se tem, *in casu*, qualquer resquício de antecipação de pena. O só fato de ter assento em momento anterior à instauração do processo penal não implica qualquer tipo de vício. Aliás, a própria prisão preventiva pode ser decretada na fase de investigações. O que lhe afastaria da cautelaridade seria o fato de assumir finalidade própria de uma pena, o que, como se viu, não ocorre.

Também não procede a crítica de quem vê na prisão temporária uma prisão para investigar. Na realidade, trata-se de uma prisão para assegurar a investigação, colocada em risco, em situações concretas, pela conduta do suspeito. Em outros termos, como bem expressado por Eugênio Pacelli de Oliveira, “trata-se de prisão cuja finalidade é de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei nº 7.960/89, no que cumpriria a sua função de instrumentalidade, isso é, de cautela”¹². Tem ela, portanto, inegavelmente, natureza cautelar. Se em algum caso concreto estiver sendo utilizada como porta de entrada da investigação, sem qualquer consideração sobre o fato concreto, deve esse desvio ser repellido pelo Judiciário

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 445. É o que alerta acerca da *prisión incomunicada* Silvia Barona Vilar: “para poder acordar esta *modalidad de prisión provisional* deberá existir peligro de frustración del éxito de la investigación penal.” (AROCHA, Juan Montero *et. al.*. *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*. 10. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 464)

e pelo próprio Ministério Público, o que, entretanto, não implica ilegitimidade do instituto. O desvio excepcional do instituto, na prática, não pode servir para lhe definir a natureza jurídica.

A propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Suárez Rosero v. Equador*, decidiu que do artigo 8º, n. 2, do Pacto de São José da Costa Rica, deriva “la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios *para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones* y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”¹³. Há, assim, plena configuração da prisão temporária como espécie de prisão cautelar.

Pois bem. Partindo agora para a análise da regulamentação legal, é importante atentar para os termos como a prisão provisória é tratada no artigo 1º da Lei nº 7.960/1989, que assim dispõe:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

¹³ Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf>. Acesso em 4 de fevereiro de 2009.

- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);*
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);*
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);*
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285);*
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;*
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º, da Lei nº 2.889 de 01.10.1956), e qualquer de suas formas típicas;*
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368 de 21.10.1976¹⁴);*
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492 de 16.06.1986).*

Como o texto legal não esclarece se para a decretação da prisão temporária há necessidade de estarem presentes conjuntamente os pressupostos previstos nos três incisos do artigo 1º, ou se bastaria a presença de apenas um ou uma combinação deles, coube à doutrina solucionar essa questão, o que fez quase sem controvérsia.

Afastou-se, em um primeiro passo, o entendimento de que seria necessária a presença concomitante dos requisitos previstos nos três incisos, visto que isso implicaria a imunidade à prisão temporária daqueles que tivessem residência fixa e identidade conhecida¹⁵. Outra possibilidade também repelida foi a possibilidade de decretação da prisão temporária quando incidente qualquer um dos incisos do artigo 1º da Lei nº 7.960¹⁶. É que esse modo

¹⁴ Corresponde atualmente ao artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

¹⁵ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 160-61; MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 105-106. Antonio Scarance Fernandes chegou a defender esse ponto de vista, mas depois o reviu diante da problemática mencionada no texto (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 321-322.

¹⁶ Diaulas Costa Ribeiro defendeu essa orientação com amparo no que estava previsto no Projeto de Código Penal de José Frederico Marques e tendo em vista que, no sistema le-

de entender acarretaria verdadeiros absurdos: quanto ao inciso I, possibilitaria prisões temporárias por quaisquer delitos, inclusive os de reduzida gravidade, e até detenções de terceiros, como testemunhas renitentes; em relação ao inciso II, ensejaria o encarceramento temporário de pessoas sem residência, mesmo não tendo cometido qualquer crime; e, por fim, no que diz com o inciso III, implicaria prisão cautelar automática, destituída de qualquer finalidade cautelar.

Tendo em vista que para a decretação de qualquer prisão cautelar é necessária a presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, chegou-se a uma solução intermediária. Com efeito, já que o primeiro requisito estaria consubstanciado no inciso III do artigo 1º, e o segundo requisito, por sua vez, nos incisos I e II, há um consenso de que, para a legitimidade da prisão temporária, é mister a incidência do inciso III em conjunto ou com o inciso I ou com o inciso II. Em outros termos, “à presença da condição prevista no inciso III (configurando o *fumus boni iuris*) é suficiente que se cumule um dos dois requisitos revistos nos incisos I e II (caracterizadores, ambos, do *periculum libertatis*)”¹⁷.

gislavativo brasileiro, os incisos seriam unidades autônomas entre si (RIBEIRO, Diaulas Costa, “Prisão temporária (Lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado” *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 707, p. 271-275, set. 1994, p. 273).

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Limites constitucionais à prisão temporária”. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 207, p. 35-38, jan. 1995, p. 38. No mesmo sentido, FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130-132; ZAGALLO, Rogério Leão. *Prisão provisória: razoabilidade e prazo de duração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 92-93; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 321-322; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 1041; MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 83; Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 528-529. Marcellus Polastri Lima entende que “sempre serão necessários os incs. I e III, uma vez que o primeiro demonstra a necessidade da prisão (*periculum libertatis*) para o sucesso da investigação, sendo esta a razão primeira do instituto, e o terceiro, como visto, porque demonstra o *fumus comissi delicti*”, razão pela qual considera “a aferição do inciso II complementar, mas não essencial” (LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 246). É igualmente a opinião de Eugênio Pacelli de Oliveira, uma vez que, para ele, a hipótese do inc. II já estaria contemplada pela aplicação do inc. I (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 446).

Pois bem. O primeiro pressuposto, configurador do *periculum libertatis*, diz com o fato de a prisão temporária ser “imprescindível para as investigações do inquérito policial”. Resulta do preceito, inicialmente, que ela somente será cabível em inquéritos policiais, não se admitindo a sua decretação, portanto, em procedimentos de investigação conduzidos por outros órgãos, como o Ministério Público, Comissões Parlamentares de Inquérito, etc¹⁸. Consequência do disposto é que a prisão temporária não será cabível uma vez iniciada a ação penal, o que se harmoniza com a sua finalidade específica.

A prisão temporária será considerada imprescindível para as investigações quando, diante da natureza do delito e das circunstâncias concretas do fato, concluir-se que o suspeito, direta ou indiretamente, está atuando na ocultação, destruição e falsificação de provas, ou ainda que há um forte risco de que agirá nesse sentido, obstaculizando, desse modo, as investigações da polícia. Deve-se advertir que a prisão temporária será cabível se houver o risco de interferência indevida em quaisquer elementos de informação. Não se restringe, assim, ao risco de fenecimento de documentos ou outras provas materiais. Se houver indícios concretos de que o suspeito está confabulando ou irá confabular com partícipes, testemunhas etc., também será o caso de decretação da prisão temporária. É o que ensina Nicolás Barrera Hernández ao comentar a *prisión incomunicada* do direito espanhol:

El único fin de tal régimen es evitar la injerencia perturbadora del preso en la investigación, siendo por tanto una medida contra el peligro de que desaparezcan las pruebas. Con ello se especifica al propio tiempo el fin primordial cuya ob-

¹⁸ Em sentido contrário, LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 243. O Projeto de Lei nº 116/2007, da Câmara dos Deputados, apresentado pelo Deputado Neilton Mulim, pretende autorizar a prisão temporária em investigações conduzidas por Comissões Parlamentares de Inquérito, que poderiam, portanto, formular representação a um juiz nesse sentido. A pretensão, porém, deve ser repelida, por temerária. As investigações das Comissões Parlamentares são, em sua grande maioria, impulsionadas por interesses político-partidários, prevalecendo, ao invés de critérios técnicos de apuração, interesses de agrupamentos partidários de ocasião.

*tención quiere asegurar, tratando de eliminar toda posible influencia o confabulación secreta con aquellas personas, coinclupados o terceros, bien sea de modo inmediato o a través de los demás presos o de cualesquier otros sujetos.*¹⁹

Roberto Delmanto Junior defende ser inaceitável o inciso I do art. 1º da Lei 7.960/1989, pois não haveria hipótese em que a prisão do suspeito possa ser considerada imprescindível para as investigações. Detalha seu ponto de vista aduzindo que, no caso de interrogatório, o investigado tem o direito de permanecer em silêncio. Quanto a outras diligências, tendo em vista o direito de não produzir prova contra si mesmo, o suspeito não seria obrigado a colaborar com a polícia. Se fosse necessário submeter o suspeito a reconhecimento, seria suficiente proceder-se à sua condução coercitiva na forma do art. 260 do Código de Processo Penal. Por fim, restaria a hipótese de coação ou suborno de testemunhas, destruição de provas etc., situação que, segundo ele, autorizaria a decretação da prisão preventiva, sendo desnecessária, assim, a prisão temporária²⁰.

Sem razão, entretanto, Roberto Delmanto Junior. Não se pode transmutar o direito de não produzir prova contra si mesmo em um direito de atuar ilicitamente na alteração e ocultação de provas. Não existe, no direito brasileiro, o direito de empecer investigações! É muito comum que investigados atuem de modo direcionado, em quadrilhas ou organizações criminosas, a apagar ou ocultar os rastros de suas atividades delituosas, comunicando-se, por exemplo, de modo cifrado com comparsas, sempre com orientações variadas para burlar órgãos estatais diversos (Polícia, Receitas Federal e Estaduais, Banco Central etc.), providenciando a destruição ou a ocultação de registros de operações ilícitas (fac-símiles, recibos, dados em computadores etc.), planejando, enfim, delitos dos mais diversos, que, apesar de muitos e graves,

¹⁹ HERNÁNDEZ, Nicolás Barrera. *La reforma de la prisión provisional*. 1999. 327 f. Tese (Doutorado) - Universidad de Alicante, Alicante, 1999, p. 112.

²⁰ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 156-159.

seus vestígios são preordenados, em ocorrendo qualquer problema, a serem rápida e facilmente apagados. É ingenuidade supor que, em tais casos, bastará a convocação de depoimentos ou de interrogatórios para a descoberta dos crimes. Assim que os investigados sejam alertados de tais diligências, os vestígios terão desaparecido como num estalar de dedos, e as versões que serão apresentadas no inquérito, previamente ajustadas, serão tão idênticas como universais são os contos de fadas. Por outro lado, não será cabível, em regra, em tais casos a prisão preventiva, exatamente porque ainda não se tem prova da materialidade do crime. Plenamente justificável, por conseguinte, a prisão temporária na hipótese do inciso I do artigo 1º da Lei nº 7.960/1980.

O segundo pressuposto, também relativo ao *periculum libertatis*, ocorrerá quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Aqui, o fim imediato da prisão temporária continua a ser o resguardo das investigações, mas, em alguns casos, servirá também para assegurar a aplicação da lei penal diante da incerteza da identidade verdadeira ou da residência do investigado. Assim, o pressuposto sob exame confunde-se, de certa forma, com o primeiro, visto que se o investigado não possui residência fixa ou se não é certa a sua identidade, haverá, a depender da situação concreta, imprescindibilidade para as investigações da obtenção desses dados²¹.

O terceiro pressuposto, a caracterizar o *fumus comissi delicti* e que deve ser conjugado com algum dos dois anteriores, estará presente quando “existirem fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” nos crimes enumerados taxativamente no inciso III do artigo 1º da Lei 7.960/1980²². A Medida Provisória

²¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 150.

²² Por força do § 4º do artigo 1º da Lei 8.072/1990 (§ 3º, antes da Lei nº 11.464/2007), devem ser acrescentados também os delitos de tortura, terrorismo, latrocínio tentado (art. 157 § 3º, c/c art. 14 do Código Penal), “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” (art. 273, *caput* e § 1º-A e § 1º-B, do Código Penal), (cf. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 324-324; LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 248).

nº 111/1989 possuía redação um pouco distinta, estabelecendo que era necessária uma “*fundada suspeita* de autoria ou participação do *investigado* [...]”. Tem razão Diaulas Costa Ribeiro quando diz que o legislador piorou a Medida Provisória nº 111 quando de sua conversão em lei, visto que “uma situação é prender para investigar; outra é prender com o resultado das investigações”, ou seja, “a prisão temporária visa assegurar as investigações [...]. Se já chegou ao autor, ela não é mais cabível, senão excepcionalmente”²³.

Com efeito, a prisão temporária se destina principalmente a investigados, e não a indiciados. Tratando-se de pessoa já indiciada, a prisão temporária não mais será, em regra, cabível. É que se o suspeito foi indiciado, isso decorreu da reunião, pela polícia, de elementos suficientes acerca da materialidade e da autoria do delito investigado. Assim, se o indiciado estiver atuando contra quaisquer elementos de prova, o caso será de decretação de prisão preventiva, fundada no artigo 312 do Código de Processo Penal²⁴. Deve-se ressaltar, porém, que se, mesmo após o indiciamento, as investigações da polícia ainda estiverem com outras diligências em relação a outros crimes praticados pelo indiciado ou em relação a coautores ou partícipes, nessa situação será admissível a prisão temporária do indiciado. Sem razão, portanto, Antonio Scarance Fernandes quando defende que a prisão temporária somente será possível em relação a indiciados, o que decorreria, segundo ele, da idéia de inadmissibilidade de prisão cautelar “enquanto não forem coletados elementos sensíveis que indiquem ser o suspeito o autor provável do crime apurado”²⁵. Na realidade, embora a sua

²³ RIBEIRO, Diaulas Costa, *Prisão temporária (Lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 707, p. 271-275, set. 1994, p. 273-274.

²⁴ O raciocínio exposto por Jayme Walmer de Freitas é no sentido de que “se a lei autoriza a prisão do indiciado que é o mais, nenhuma ofensa legal admitir-se a prisão do suspeito, que é o menos. Aliás, se a prisão preventiva, que tem destinação diversa e alcance mais abrangente, admite a custódia do suspeito, outra não poderia ser a interpretação” (FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120).

²⁵ Em sentido contrário, Antonio Scarance Fernandes defende que a prisão temporária somente será possível em relação a indiciados, o que decorreria. FERNANDES, Antonio Scarance. “Funções e limites da prisão processual”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 64, p. 239-252, jan./fev. 2007, p. 248-149.

premissa seja verdadeira - qualquer prisão cautelar, realmente, exige indícios da autoria de um delito - dela não decorre a conclusão extraída. É que pode haver elementos de informação que indiquem ser alguém o autor de um delito (p. ex., interceptações telefônicas), sem que se tenha, não obstante, prova da materialidade do crime, justamente porque o investigado atua de alguma forma criando óbices à obtenção dessa prova. Nessa hipótese, que é a mais típica da prisão temporária, será cabível a sua decretação independentemente de prévio indiciamento, o qual sequer seria cabível na espécie.

De outro lado, a referência a “fundadas razões” revela que os motivos da decretação da prisão temporária devem se fundamentar em elementos concretos, consubstanciados em “qualquer prova admitida na legislação penal”.

Afastam-se, desse modo, pedidos e decisões lastreados em meras conjecturas. Devem existir elementos concretos de provas convergentes à suspeita da prática de um dos crimes especificados na Lei 7.960/1989. Não há necessidade, na prisão temporária, de prova da materialidade delitiva, até porque pode objetivar justamente a obtenção dessa prova. Também não é imprescindível um robusto conjunto de provas indicativo da prática do delito. O inciso III do artigo 1º “não significa que deverá existir uma farta resenha probatória em desfavor da pessoa que está sujeita à investigação”²⁶. Em outros termos, segundo alerta Diaulas Costa Ribeiro,

Não é necessário que as informações contenham pormenores, mas tão só os elementos fáticos da suspeita, de maneira a permitir um juízo sobre a sua conformidade com o direito. É fundamental, apenas, que a Polícia, que procedeu às investigações até então desenvolvidas, porém insuficientes, tenha uma suspeita sincera, autêntica, no sentido de que a pessoa em causa praticou o crime (honest suspicion).

²⁶ ZAGALLO, Rogério Leão. *Prisão provisória: razoabilidade e prazo de duração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 83.

*Ela tem que oferecer ao Poder Judiciário os elementos e condições para se verificar se, mesmo com a custódia, será mantido intacto o núcleo de proteção ínsito na Constituição Federal, buscando encontrar o adequado equilíbrio entre a defesa das instituições democráticas, dentro de uma ótica do interesse geral e da proteção dos direitos individuais.*²⁷

Quanto ao procedimento, a Lei nº 7.960, em seu artigo 2º, prevê que a prisão temporária somente poderá ser decretada mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público, ou por iniciativa deste órgão. Inadmita-se, assim, a decretação *ex officio* de prisão temporária por parte do juiz. Trata-se de previsão perfeitamente afinada com o sistema acusatório, afastando-se os magistrados de iniciativas investigatórias.

Segundo previsto no mesmo dispositivo, a prisão temporária terá o prazo de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Nos casos de crimes hediondos e equiparados, por força do artigo 2º, § 4º da Lei nº 8.072/1990, a prisão temporária terá o prazo de trinta dias, também prorrogável sob iguais condições. Escoado o prazo, o detido deverá ser imediatamente colocado em liberdade, independentemente de decisão ou alvará judiciais, salvo se tiver sido decretada a sua prisão preventiva.

A melhor exegese do preceito, para assegurar a instrumentalidade que deve ser ínsita a toda prisão cautelar, é no sentido de que o prazo previsto em lei é o limite máximo de tempo que alguém pode ficar detido temporariamente. À vista disso, impõe-se que, cumprida a finalidade motivadora da prisão temporária, o preso seja libertado antes do término do prazo inicialmente previsto na decisão do juiz²⁸. Nesse caso, porém, a liberação deve ser autorizada judicialmente, não podendo a autoridade policial

²⁷ RIBEIRO, Diaulas Costa, “Prisão temporária (Lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 707, p. 271-275, set. 1994, p. 274.

²⁸ ZAGALLO, Rogério Leão. *Prisão provisória: razoabilidade e prazo de duração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 95; CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 109.

proceder de ofício. Deverá a autoridade policial, ademais, manifestar-se de modo fundamentado²⁹. Desestimula-se, com essa cautela, eventuais pressões da polícia para obter confissões em troca da libertação antecipada de detidos. No dia a dia da Justiça Federal tem ocorrido a revogação da prisões temporárias antes do termo inicialmente estabelecido quando a Polícia Federal consegue efetuar as diligências investigatórias atingidas pela conduta do suspeito, como execuções de mandados de busca e apreensão, interrogatórios dos envolvidos, oitivas de testemunhas etc. Esse fato vem despertando críticas, que são decorrentes de uma incompreensão da finalidade da prisão temporária. Acoimam as prisões de desnecessárias ou abusivas. A verdade é, porém, que salvo em raríssimas exceções, as prisões temporárias têm se mostrado imprescindíveis em tais hipóteses, para assegurar a incolumidade de provas e o êxito das investigações.

Uma outra alternativa, defendida por alguns autores, seria a possibilidade de fixação de prazo inferior ao previsto em lei, máxime na hipótese de crimes hediondos e equiparados, em que se prevê um período consideravelmente dilatado para a prisão temporária³⁰. Assim, se diante da justificativa apresentada pela autoridade policial ou pelo Ministério Público vislumbrar-se que a finalidade da prisão temporária será atendida em prazo inferior ao marco temporal previsto em lei, poderia o magistrado fixar um prazo menor, de acordo com esse prognóstico. Essa alternativa, porém, cria um problema na prática. Suponha-se que tenha sido fixado o prazo de quinze dias para a prisão temporária no caso de crime hediondo, e não o de trinta dias como previsto na Lei nº 8.072. Pergunta-se: essa prisão poderá ser prorrogada somente uma vez, limitando-se o seu prazo a trinta dias, ou poderá ser prorrogada por mais três vezes, respeitando-se o limite legal de sessenta dias? Como o importante para a Lei nº 7.960 é o limite de tempo da prisão temporária, exigindo-se decisão da prorrogação

²⁹ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 85.

³⁰ Denilson Feitoza. *Direito processual penal*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 1042-1043; FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 144.

apenas para que se avalie se a sua continuidade é realmente necessária, parece que o mais correto é admitir, no exemplo citado, mais de uma prorrogação, respeitado o limite global de sessenta dias³¹. Ao revés de causar prejuízo ao detido, assegura-se, com a fixação inferior de prazo, um maior controle sobre a necessidade da prisão temporária. Ou seja, no exemplo citado, em vez de haver apenas uma análise sobre a necessidade da prisão temporária, o que ocorreria se fosse fixado para a prisão temporária o prazo de trinta dias, previsto na Lei 8.072, ocorrerá uma reavaliação a cada quinze dias. É bom reiterar que todas as decisões de prorrogação devem ser expressamente motivadas acerca da sua “extrema e comprovada necessidade”, não se configurando como tal a simples inércia ou desídia da polícia na realização de diligências investigatórias. Para isso, a autoridade policial deverá fazer um relato preciso das diligências já efetuadas, das que ainda estão pendentes e da necessidade de continuidade da segregação cautelar.

Estudada a prisão temporária, convém registrar algumas considerações finais. Na realidade, as críticas que têm sido direcionadas à prisão temporária parecem ser motivadas por outras circunstâncias. É que no Brasil repete-se o fenômeno referido por Perfecto Andrés Ibáñez: o caráter problemático da prisão provisória começou a ganhar visibilidade tendo em vista a reação que partiu de uma nova categoria de réus “excelentes”, pessoas que em países como a Itália e a Espanha passaram a ser processadas criminalmente por graves crimes de corrupção, a partir de quando sobressaíram manifestações acerca da crueldade da prisão provisória e ardorosas reclamações quanto ao princípio da presunção de inocência³². É o que estamos a vivenciar hoje em dia. Ao que parece, a prisão temporária vem sendo alvo de ardorosas críticas porque se tem mostrado um instrumento indispensável para assegurar o êxito de investigações em crimes complexos, praticados por agentes do crime organizado ou por aqueles que detêm um

³¹ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 144.

³² IBÁÑEZ Perfecto Andrés. “El juez y la prisión provisional”. In: SANTOS, Marino Barbero. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, p. 16.

poder de influência econômica e política que lhes assegurava a impunidade. Antes, esses crimes raramente recebiam qualquer punição. Hoje em dia, principalmente com investigações da Polícia Federal e decisões da Justiça Federal, inúmeros e graves crimes vêm sendo reprimidos, tudo em benefício da sociedade brasileira e da eficácia da lei penal. 📄

A Constitucionalidade do Art. 492, § 1º, do Código de Processo Penal

Jayme Walmer de Freitas

Juiz Criminal em Sorocaba/SP. Mestre e doutorando em Processo Penal pela PUC/SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura e de Leis Especiais da Rede LFG.

1. INTRODUÇÃO

A finalidade do presente artigo é discutir a constitucionalidade da desclassificação do crime doloso contra a vida para outro da competência do Juizado Especial Criminal, operada pelo Conselho de Sentença, em face da nova disciplina dada pela Lei 11.689/08 ao Código de Processo Penal.

Segundo o § 1º, do art. 492, do Código de Processo Penal, com a nova redação: “Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos artigos 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.” Equivale dizer, caso o Conselho de Sentença acate pedido desclassificatório da defesa alterando a competência do júri para o juízo singular, que duas situações podem surgir: a) a decisão será imediata por parte do próprio juiz-presidente, não sendo infração de menor potencial; b) sendo de menor potencial ofensivo, verificará se o réu faz jus a alguma benesse prevista na Lei 9.099/95 e adotará as providências para tanto; do contrário, sentenciará de plano.

Pouco importa seja desclassificação própria - sem especificar o crime (ex.: de homicídio tentado para outra infração a ser definida pelo magistrado) - ou imprópria - especificada a infração (ex.: de homicídio tentado para lesão corporal dolosa ou culposa) - o presidente do Tribunal do Júri adotará uma das vertentes apontadas (“a” ou “b”).

Questão: a manutenção da competência do juiz-presidente para processar e julgar uma infração de menor potencial ofensivo ofenderia ao disposto no art. 98, I, da Carta Magna?

2. INCONSTITUCIONALIDADE

Para alguns doutrinadores, a previsão legal feita às infrações de menor potencial ofensivo, violaria o texto constitucional (CF, art. 98, I). Guilherme de Souza Nucci (**Código de Processo Penal Comentado**, p. 829) abraçou o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (**Juizados Especiais Criminais**, p. 79) com relação à interpretação que chegaram quanto à alteração da redação do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 e por extensão o art. 492, § 1º, igualmente, seria inconstitucional.

Para os eruditos autores: “quando a desclassificação for para infração de menor potencial ofensivo (...) a competência passa a ser do Juizado Especial Criminal. Transitada em julgado a decisão desclassificatória, os autos serão remetidos ao Juizado competente, onde será designada a audiência prevista nos arts. 70-76 da Lei. Não há outra solução, pois a competência dos Juizados para as infrações de menor potencial ofensivo, por ser de ordem material e ter base constitucional, é absoluta (...). Nos locais em que não há Juizado Especial, compete ao próprio juiz do Tribunal do Júri tomar as providências relacionadas com a Lei 9.099/95, designando a audiência dos arts. 70-76, atuando os institutos despenalizadores aplicáveis à situação concreta”.

Como aquela norma é inconstitucional, esta também o é. Aduz-se que a competência do JECRIM advém da Constituição Federal e inexistente a viabilidade jurídica para a legislação ordinária alterá-la. Nas duas situações mostra-se violada a norma constitucional.

No âmbito dos Juizados Criminais, seguem a mesma linha de interpretação, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, ao ponderarem que a alteração efetuada pela Lei nº 11.313/2006 no parágrafo único “é absolutamente inócua e ineficaz. A lei ordinária não pode modificar competência material, que tem sua matriz na própria Constituição Federal.” (**Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais**; Editora Forense, 1ª ed. 2008, p. 32).

Restringindo-se à seara do júri, Rômulo Andrade Moreira (*in Jurid*, “Conexão e continência - Lei 11.313/06”, acesso em 24.04.2009) preconiza a mesma linha de interpretação ao lecionar que: “Este entendimento prevalece mesmo tratando-se de delito de menor potencial ofensivo conexo com um crime contra a vida, hipótese em que ao Tribunal do Júri caberá exclusivamente o julgamento do delito contra a vida, posição que não fere em absoluto o artigo 5º, XXXVIII, d, da Carta Magna, pois ali não há exigência do Júri em julgar também os crimes conexos àqueles. A Constituição reserva ao Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, e tão só. Os crimes conexos devem também ser julgados pelo Tribunal Popular (artigo 78, I, CPP), salvo aqueles cuja competência extraia-se da Constituição Federal (como os de menor potencial ofensivo)”.

3. BREVÍSSIMO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE JUIZADOS: CONSTITUCIONALIDADE

O art. 98, I, da CF prevê a criação dos juizados com competência para o julgamento de infrações penais de menor potencialidade ofensiva, mediante procedimento oral e sumaríssimo. Permite, ainda, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Para dar efetividade à Carta Magna, foi sancionada a Lei 9.099/95 que disciplinou as infrações e os procedimentos aplicáveis, bem como os institutos despenalizadores pertinentes (composição civil de danos, transação penal, representação nos crimes de lesão corporal dolosa simples ou culposa e a suspensão condicional do processo).

Na esteira do apontado no item precedente, a doutrina mais abalizada sempre pugnou pela competência absoluta dos Juizados.

Na opinião do saudoso Mirabete (**Juizados Especiais Criminais**, p. 28) “a competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta. Não é possível, portanto, que nele sejam processadas outras infrações e, se isso suceder, haverá nulidade absoluta”.

Desde a sanção da Lei 9.099 e sua entrada em vigor, no dia 26 de novembro de 1995, a competência dos Juizados sempre pôde ser modificada para a Justiça Comum em duas situações: a) no caso de citação por edital (art. 66, parágrafo único); b) nas causas complexas (art. 77, § 2º). Para o legislador, a citação por edital e o processamento de causas complexas se contrapunham à informalidade, celeridade e à economia processual, três dos princípios norteadores dos Juizados (art. 62).

Ou seja, malgrado a competência seja absoluta, sempre se admitiu temperamentos da lei ordinária ao texto constitucional.

Para Rômulo de Andrade Moreira “Nada mais razoável e proporcionalmente aceitável que retirar dos Juizados Especiais o réu citado por edital (ao qual será aplicado, caso não compareça, o artigo 366 do CPP) e um processo mais complexo: são circunstâncias que, apesar de excluírem a competência dos Juizados, ajustam-se perfeitamente àqueles critérios acima indicados e são, portanto, constitucionalmente aceitáveis.”

Leis posteriores ampliaram o âmbito de incidência dos Juizados para outras esferas e alteraram o conceito das infrações de menor potencial ofensivo.

A Emenda 22, de 18 de março de 1999, criou os Juizados Especiais Federais e acrescentou um parágrafo único ao art. 98, da Constituição. Mais tarde, a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, materializou a criação e possibilitou, de forma efetiva, a instalação dos Juizados Federais Cíveis e Criminais, provocando a primeira alteração no conceito de infração de menor potencial.

Em 2006, a Lei 11.313, trouxe a última e mais relevante inovação no tema competência. Pela nova redação dada ao art.

60 e parágrafo único, “Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis”, disciplinou que a justiça comum e o Tribunal do Júri, em casos de conexão e continência, poderão observar os institutos da transação penal e da composição dos danos civis nas infrações de menor potencial ofensivo. Em outros termos, as Varas Criminais e as Varas do Júri passaram a ter competência cumulativa para o processo e o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, em caso de conexão e continência entre os crimes de sua alçada e do Juizado Especial Criminal.

A título de lembrança por sua importância, a despeito de irrelevante no tema, aquele diploma (Lei 11.313/06) deu nova redação ao art. 61 com novo conceito de infração de menor potencial ofensivo: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Lembremos o conceito de competência: é o limite da jurisdição do juiz. Por conseguinte, o juiz de Vara privativa dos Juizados Especiais Criminais, ante a natureza material que lhe é imposta, sob pena de nulidade absoluta, sofre a limitação constitucional, ficando-lhe vedado presidir qualquer processo-crime que extrapole os contornos da Lei 9.099/95.

Pois bem, partindo da premissa de que toda a doutrina admite a constitucionalidade dos arts. 66, parágrafo único, e 77, § 2º, ambos da Lei dos Juizados, que permitem a modificação da competência quando de citação por edital e em processos complexos, inexistente motivo para se questionar a constitucionalidade de dispositivos que, por fundamentos igualmente relevantes, mantêm a competência da justiça comum ou do júri para prosseguirem com o processamento da infração de pequeno potencial ofensivo.

Lá, duas situações específicas admitem a modificação da competência, expulsando dos Juizados os processos. Aqui, a competência com maior elastério exerce *vis attractiva*.

Os novos diplomas - Lei 11.313/06 e 11.689/08 - estão sintonizados com os princípios da economia processual, informalidade e celeridade. Aquele, por permitir que um juiz com competência para julgar infrações mais graves, igualmente seja competente para julgar as menos graves. O último diploma, valendo-se da mesma noção e evitando procrastinações inúteis, permite que o juiz-presidente dê o desfecho adequado ao processo que, via de regra, presidiu desde o recebimento da denúncia e tem total condição de bem decidir a demanda. Imaginar-se o desmembramento do feito, nas situações emolduradas pela Lei 11.313/06, ou a declinação da competência para o Juizado Especial Criminal, na nova redação do art. 492 do CPP, significa desprezar os próprios fundamentos que trouxeram a Lei dos Juizados para o nosso universo jurídico.

Fazendo coro com a argumentação tecida por Eugênio Paccelli de Oliveira (**Curso de Processo Penal**, p. 593-594) “embora prevista constitucionalmente a sua criação, com a exigência de rito procedimental mais célere, ali não se estabeleceu: a) nenhuma privatidade dos Juizados para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, como facilmente se percebe da leitura do art. 98, I, CF; b) qualquer competência material, rigorosamente falando, isto é, razão do direito material, que pudesse exigir a criação de uma Justiça especializada”.

O art. 98, I, da CF teve o grande descortino de separar as infrações leves das demais, prevendo que nos Juizados Criminais somente tramitam infrações de menor potencial ofensivo, nenhuma outra, sob pena de nulidade insanável. E é óbvio, se a competência é *ratione materiae* inconcebível sua ampliação. Em outro polo, no entanto, o raciocínio há de ser oposto, porquanto é racional, dinâmico e congruente com os princípios concernentes aos Juizados, o processo e o julgamento de infrações de menor potencial seguem por Varas que detenham competência mais ampla.

Indaga-se: existe algum prejuízo para o réu ser julgado por um juiz comum (estadual ou federal) ou do júri (estadual ou federal)? A resposta é, em nosso sentir, indiscutivelmente não. Nada obstaculiza o juiz comum ou do júri de sentenciar um processo

com infrações conexas, sendo uma de menor potencial ofensivo, ou após desclassificação pelos jurados.

Repise-se: se o Júri tem competência para julgar crimes dolosos contra a vida, retirar-lhe a possibilidade de dar continuidade ao desfecho favorável ao acusado, procrastinando a solução, além de se mostrar contrário à economia processual, impede a imediata prestação jurisdicional pelo magistrado que teve contato desde a origem com o fato imputado.

Importante: O juiz eleitoral outorga os benefícios da Lei 9.099/95 nos crimes eleitorais, cuja pena privativa de liberdade não exceda dois anos e nem por isso se cogita de enviar seus processos para os Juizados Especiais Criminais. A Justiça Militar igualmente era competente, até que por alteração legislativa (art. 90-A), deixou de sê-lo. Mais, nos processos de competência originária, os institutos de despenalização são aplicados por inteiro pelos Tribunais.

4. CONSEQUÊNCIA PRÁTICA: VANTAGENS EM TODOS OS QUADRANTES

As inovações trazidas pelos arts. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 e 492, § 1º do Código de Processo Penal têm utilidade diária efetiva e se mostram compatíveis com a dinâmica processual exigível com a realidade atual. Quem milita na área criminal sabe que os desmembramentos de feitos são um entrave à boa administração da justiça, não só porque atrapalham a normalidade dos trabalhos cartorários, mas porque podem provocar decisões contraditórias. O juiz comum absolve e o do Juizado Especial Criminal propõe, e o autor do fato aceita, uma transação penal. Lá sai favorecido e aqui, não. O julgamento *simultaneus processus* propicia maior amplitude de defesa, evita decisões conflitantes e torna óbvio uma solução mais rápida ao litígio, reclamo maior da sociedade civil de um formato melhor de administração da justiça.

No tocante ao Tribunal do Júri, Luiz Flávio Gomes, Rogério dos Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (**Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**, p. 236) em abono ao entendimento esposado, lecionam que “os autos

não são remetidos para os juizados. O processo não sai da Vara do Júri. Conclusão: o juiz presidente do Tribunal do Júri aplicará os dispositivos cabíveis da lei dos juizados (art. 69 e ss.). Inclusive no que concerne à exigência de representação da vítima (art. 88), quando se trata de lesão corporal leve. Ela deve ser intimada para isso e terá o prazo legal (seis meses) para exercer seu direito de representação”.

5. A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.099/95

De há muito o Fórum Nacional dos Juizados - FONAJE -, em seu enunciado n. 10 estabelece que “Havendo conexão entre crimes da competência do Juizado Especial e do Juízo Penal Comum, prevalece a competência deste.”

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido da integral aplicabilidade da inovação legislativa à Lei 9.099/95, *verbis*: “Configurada a conexão entre os crimes de tráfico de drogas e aquele previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, compete ao Juízo Comum processar e julgar tais delitos, por aplicação do disposto no art. 60 da Lei nº 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei nº 11.313/2006.” (STJ: CC 92365/RS, Relator Min. Jorge Mussi, 3ª seção, j. 13/08/2008).

Também: “Configurada a conexão entre os crimes de ameaça e furto, compete ao Juízo Comum processar e julgar tais delitos, por aplicação do disposto no art. 60 da Lei 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei 11.313/2006” (STJ: CC 91.984/MG, Relator Min. Jorge Mussi, 3ª Seção, 13/08/2008).

Em São Paulo, o Tribunal de Justiça, por sua Câmara Especial, foi mais longe e firmou entendimento no sentido da constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95. Cito trechos de aresto da lavra do eminente Desembargador Elias Tâmbara, nos autos do Conflito de Jurisdição nº 166.026, j. em 15.12.2008, no qual se discute o juízo competente por conexão entre crimes de tráfico e posse de drogas: “Não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade da Lei nº 11.313/2006, a qual alterou o disposto no artigo 60 e 61 da Lei nº 9.099/1995, pois, ainda que, no

caso, se trate de competência material, é certo que o legislador pretendeu evitar que as normas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais deixassem de ser aplicadas quando houvesse conexão com outra infração adstrita ao âmbito da Justiça Comum. Nesse sentido há posicionamento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a aplicação destas normas despenalizadoras se dá em qualquer processo de natureza penal, inclusive em segundo grau de jurisdição, isto é, nos Tribunais, o que, por si só, afasta a tese da competência exclusiva dos Juizados para a utilização das normas em estudo. *Os preceitos de caráter benéfico da Lei n° 9.099/1995 aplicam-se a qualquer processo penal, inclusive nos Tribunais. Precedentes do STF Inq. n° 1.055/AM, RTJ 162/483, HC n° 77.303- PB, (STF - HC n° 76.262-SP).* Assim, na hipótese, diante de conexão entre crimes de competência do Juizado Especial Criminal e do Juízo Comum, este último haverá de prevalecer, porquanto de maior amplitude, podendo, nele, inclusive, ser aplicadas as medidas da Lei n° 9.099/95, conforme o art. 60, parágrafo único do mesmo diploma legal.”

6. CONCLUSÃO: CONSTITUCIONALIDADE DAS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

A desclassificação operada pelo Conselho de Sentença de um crime doloso contra a vida para uma infração de menor potencial ofensivo não provoca a mudança da competência do juiz-presidente.


Não existe ofensa ao texto constitucional.

A Constituição Federal conferiu competência absoluta aos Juizados Especiais Criminais para processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, nada além. O juiz do Juizado Especial Criminal exercerá jurisdição exclusiva em tais infrações, sob pena de nulidade absoluta. Em momento algum a Magna Carta negou o aproveitamento de seus institutos benéficos, em outros processos e por outros juízes ou Tribunais. Aliás, a Lei 9.099/95, desde o nascedouro, assegurou a modificação de competência em hipóteses específicas, de modo a reconhecer e permitir que outros juízes e Justiças tivessem legitimidade para julgar as infrações

de menor potencial ofensivo. A Lei 11.313/06 trilhou pelo mesmo caminho e o Código de Processo Penal idem, especialmente porque respeitaram os fundamentos do diploma legal correspondente.

Diante de tais ponderações, vê-se que a redação do art. 492, § 1º encontra conforto constitucional, de modo que os juízes-presidentes dos Tribunais do Júri têm competência para o processo e o julgamento de infração de menor potencial ofensivo em virtude de desclassificação operada pelo Conselho de Sentença.

É dizer, os Juizados Especiais Criminais têm competência absoluta, mas seus institutos benéficos podem ser tomados pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri, nos termos do Código de Processo Penal, bem como pelo juiz comum, nos casos de conexão ou continência, consoante disciplina o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95, por terem competência mais abrangente.

Sem menosprezo algum, as infrações são de menor potencial e a prevalência do brocardo *major absorbet minorem*. 

As Cotas da Justiça e as Cotas do Brasil

Frei David Santos OFM

Dirigente da ONG Educafro - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes.

I - INTRODUÇÃO

Os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro estão com um grande desafio em suas mesas de trabalho: precisam amadurecer uma opinião e dar seu voto num tema que, política, histórica e juridicamente o Brasil evitou debater até então e “jogou-o para debaixo do tapete” - DIVERSIDADE ÉTNICA E IGUALDADE DE OPORTUNIDADES em todos os setores da vida nacional, passando pelas universidades. A grande maioria das pessoas com cursos universitários tem uma visão superficial sobre o assunto. Consta-se que a questão do povo negro nunca foi suficientemente debatida em salas de aulas.

O Brasil precisa rever como tem aplicado as leis do direito para garantir a igualdade de oportunidades. Ele precisa olhar para os seus filhos e filhas e dizer se está ou não satisfeito com a aplicação da justiça. Ele precisa responder que todos só serão iguais quando se reduzirem as desigualdades existentes entre as etnias. Isto se faz com medidas **que geram a inclusão**. A solução está neste olhar e na busca desta equação. É fundamental que façamos este julgamento olhando para a trajetória de oportunidades dos/as nossos/as filhos/as, comparando com as oportunidades dos/as filhos/as de nossos/as empregados/as, desde a primeira escola até o momento atual do debate. Estes dois grupos de brasileiros/as irão se encontrar à porta da universidade pública querendo ingressar. É honesto e justo a universidade pública tratar igual estes dois grupos de brasileiros que sempre foram tratados desigualmente, em todas as suas trajetórias de vida até chegar à porta desta universidade?

II - AS COTAS PARA NEGROS: POR QUE MUDEI DE OPINIÃO

Estávamos compondo uma equipe que tinha como missão sugerir nomes para formar uma mesa no Senado, na Comissão de Constituição e Justiça, para debater sobre o sistema de COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. Deveria ter duas pessoas contra e duas a favor às cotas. Um dos convidados a favor foi o Juiz Federal William Douglas¹. Ele foi muito feliz em sua exposição e achei fundamental reproduzir seu artigo/testemunho na íntegra. Acredito que sua reflexão fortemente convicta a partir de uma experiência de vida ilumina quem precisa tomar uma decisão jurídica. Segue seu depoimento:

Assim iniciou o Juiz Federal:

“Roberto Lyra, Promotor de Justiça, um dos autores do Código Penal de 1940, ao lado de Alcântara Machado e Nelson Hungria, recomendava aos colegas de Ministério Público que ‘antes de se pedir a prisão de alguém deveria se passar um dia na cadeia’. Gênio, visionário e à frente de seu tempo, Lyra informava que apenas a experiência viva permite compreender bem uma situação.

Quem procurar meus artigos, verá que no início era contra as cotas para negros, defendendo com boas razões, eu creio que seria mais razoável e menos complicado reservá-las apenas para os oriundos de escolas públicas. **Escrevo hoje para dizer que não penso mais assim.** As cotas para negros também devem existir. E digo mais: a urgência de sua consolidação e aperfeiçoamento é extraordinária.

Embora Juiz Federal, não me valerei de argumentos jurídicos. A Constituição da República é pródiga em planos de igualdade, de correção de injustiças, de construção de uma sociedade mais justa. Quem quiser, nela encontrará todos os fundamentos de que precisa. A Constituição de 1988 pode ser usada como se queira, mas me parece evidente que a sua intenção é, de fato, tornar esse país melhor e mais decente. Desde sempre as leis reservaram privilégios para os abastados, não sendo de se exasperarem as classes dominantes se, umas poucas vezes ao menos, sesmarias, capita-

¹ Mestre em Direito (UGF), especialista em Políticas Públicas e Governo (EPPG/UFRJ), professor e escritor, caucasiano e de olhos azuis.

nias hereditárias, cartórios e financiamentos se dirigirem aos mais necessitados.

Não me valerei de argumentos técnicos nem jurídicos dado que ambos os lados os têm em boa monta, e o valor pessoal e a competência dos contendores desse assunto comprovam que há gente de bem, capaz, bem intencionada, honesta e com bons fundamentos dos dois lados da cerca: os que querem as cotas para negros, e os que as rejeitam, todos com bons argumentos.

Por isso, em texto simples, quero deixar clara minha posição como homem, cristão, cidadão, juiz, professor, ‘guru dos concursos’ e qualquer outro adjetivo a que me proponha: as cotas para negros devem ser mantidas e aperfeiçoadas. E meu melhor argumento para isso é aquele que me convenceu a trocar de lado: **‘passar um dia na cadeia’**. Professor de técnicas de estudo, há nove anos venho fazendo palestras gratuitas sobre como passar no vestibular para a EDUCAFRO, pré-vestibular para negros e carentes.

Mesmo sendo, por ideologia, contra um pré-vestibular ‘para negros’, aceitei convite para aulas como voluntário naquela ONG por entender que isso seria uma contribuição que poderia ajudar, ou seja, aulas, doação de livros, incentivo. Sempre foi complicado chegar lá e dizer minha antiga opinião contra cotas para negros, mas fazia minha parte com as aulas e livros. E nessa convivência fui descobrindo que se ser pobre é um problema, ser pobre e negro é um problema maior ainda.

Meu pai foi lavrador até seus 19 anos, minha mãe operária de ‘chão de fábrica’, fui pobre quando menino, remediado quando adolescente. Nada foi fácil, e não cheguei a Juiz Federal, a 350.000 livros vendidos e a fazer palestras para mais de 750.000 pessoas por um caminho curto, nem fácil. Sei o que é não ter dinheiro, nem portas, nem espaço. Mas tive heróis que me abriram a picada nesse matagal onde passei. E conheço outros heróis, negros, que chegaram longe, como Benedito Gonçalves, Ministro do STJ, Angelina Siqueira, Juíza Federal. Conheço vários heróis, negros, do Supremo à portaria de meu prédio.

Apenas não acho que temos que exigir heroísmo de cada menino pobre e negro desse país. *Minha filha, loura e de olhos*

claros, estuda há três anos num colégio onde não há um aluno negro sequer, onde há excelentes brinquedos, professores bem remunerados, aulas de tudo; sua similar negra, filha de minha empregada, e com a mesma idade, entrou na escola esse ano, escola sem professores, sem carteiras, com banheiro quebrado. Minha filha tem psicóloga para ajudar a lidar com a separação dos pais, foi à Disney, tem aulas de Ballet. A outra, nada mais tem que um quintal de barro, viagens mais curtas. A filha da empregada, que ajudo quanto posso, visitou minha casa e saiu com o sonho de ter seu próprio quarto, coisa que lhe passou na cabeça quando viu o quarto de minha filha, lindo, decorado, com armário inundado de roupas de princesa. Toda menina é uma princesa, mas há poucas das princesas negras com vestidos compatíveis, e armários, e escolas compatíveis, nesse país imenso. A princesa negra disse para sua mãe que iria orar para Deus pedindo um quarto só para ela, e eu me incomodei por lembrar que Deus ainda insiste em que usemos nossas mãos humanas para fazer Sua Justiça. Sei que Deus espera que eu, seu filho, ajude nesse assunto. E se não cresse em Deus como creio, saberia que com ou sem um ser divino nessa história, esse assunto não está bem resolvido. O assunto demanda de todos nós uma posição consistente, uma que não se prenda apenas a teorias e comece a resolver logo os fatos do cotidiano: faltam quartos e escolas boas para as princesas negras, e também para os príncipes dessa cor de pele.

Não que tenha nada contra o bem-estar da minha menina: os avós e os pais dela deram (e dão) muito duro para ela ter isso. Apenas não acho justo nem honesto que lá na frente, daqui a uma década de desigualdade, ambas sejam exigidas da mesma forma. Eu direi para minha filha que a sua similar mais pobre deve ter alguma contrapartida para entrar na faculdade. Não seria igualdade nem honestidade tratar as duas da mesma forma só ao completarem quinze anos, mas sim uma desmesurada e cruel maldade, para não escolher palavras mais adequadas.

Não se diga que possamos deixar isso para ser resolvido só no ensino fundamental e no médio. É quase como não fazer nada

e dizer que tudo se resolverá um dia, aos poucos. *Já estamos com muito mais que duzentos anos de espera por dias mais igualitários.* Os pobres sempre foram tratados à margem. **O caso é urgente: vamos enfrentar o problema no ensino fundamental, médio, sem deixar de também trabalhar por cotas, universidade, distribuição de renda, tributação mais justa e assim por diante. Não podemos adiar nada, nem recuar nem um pouco.**

Foi vendo meninos e meninas, negras e negros, todos pobres, tentando uma chance, sofrendo, brilhando nos olhos uma esperança incômoda diante de tantas agruras, que fui mudando minha opinião. *Não foram argumentos jurídicos, embora eu os conheça, foi passar não um, mas vários ‘dias na cadeia’.* Na cadeia deles, os pobres, lugar de onde vieram meus pais, de um lugar que experimentei um pouco só quando mais moço. De onde eles vêm, as cotas fazem todo sentido.

Se alguém discorda das cotas, me perdoe, mas não deve fazê-lo olhando os livros e teses, ou seus temores. Livros, teses, doutrinas e leis servem a qualquer coisa, até ao nazismo. *Temores apenas toldam a visão serena.* Para quem é contra, com respeito, recomendo um dia ‘na cadeia’. Um dia de palestra para quatro mil pobres, brancos e negros, onde se vê a esperança tomar forma e precisar de ajuda. Convido todos que são contra as cotas a passar conosco, brancos e negros, uma tarde num cursinho pré-vestibular da Educafro para quem não tem pão, passagem, escola, psicólogo, cursinho de inglês, ballet, nem coisa parecida, inclusive professores de todas as matérias no ensino médio.

Se você é contra as cotas para negros, eu o respeito. Aliás, também fui contra por muito tempo. Mas peço uma reflexão nessa semana: na escola, no bairro, no restaurante, nos lugares que frequenta, repare quantos negros existem ao seu lado, em condições de igualdade (não vale porteiro, motorista, servente ou coisa parecida). Se há poucos negros ao seu redor, me perdoe, mas você precisa ‘passar um dia na cadeia’ antes de firmar uma posição coerente não com as teorias (elas servem pra tudo), mas com a realidade desse país. Com nossa realidade urgente. **Nada me convenceu, amigos, senão a realidade, senão os meninos**

e meninas querendo estudar ao invés de qualquer outra coisa, querendo vencer, querendo uma chance.

Ah, sim, ‘os negros vão atrapalhar a universidade, baixar seu nível’, conheço esse argumento e ele sempre me preocupou, confesso. Mas os cotistas já mostraram que sua média de notas é maior, e menor a média de faltas do que daqueles que nunca precisaram das cotas. Curiosamente, negros ricos e não cotistas faltam mais às aulas do que negros pobres que precisaram das cotas. A explicação é simples: apesar de tudo a menos por tanto tempo, e talvez por isso, eles se agarram com tanta fé e garra ao pouco que lhes dão, que suas notas são melhores do que a média de quem não teve tanta dificuldade para pavimentar seu chão. Somos todos humanos, e todos frágeis e toscos: apenas precisamos dar chance para todos.

Precisamos confirmar as cotas para negros e para os oriundos da escola pública. Não podemos considerar apenas os deficientes físicos (o que todo mundo aceita), mas também os deficientes economicamente, e dar a eles uma oportunidade de igualdade, uma contrapartida para caminharem com seus coirmãos de raça (humana) e seus concidadãos, de um país que se quer solidário, igualitário, plural e democrático. Não podemos ter tanta paciência para resolver a discriminação racial que existe na prática: vamos dar saltos em vez de rastejar em direção a políticas afirmativas de uma nova realidade.

Se você não concorda, respeito, mas só se você passar um dia conosco ‘na cadeia’. Vendo e sentindo o que você verá e sentirá naquele meio, ou você sairá concordando conosco, ou ao menos sem tanta convicção contra o que estamos querendo: igualdade de oportunidades, ou ao menos uma chance. Não para minha filha, ou a sua, elas não precisarão ser heroínas e nós já conseguimos para elas uma estrada. **Queremos um caminho para passar quem não está tendo chance alguma, ao menos chance honesta. Daqui a alguns poucos anos, se vierem as cotas, a realidade será outra. Uma realidade melhor.** E queremos você conosco nessa história.

Não creio que esse mundo seja seguro para minha filha, que tem tudo, se ele não for ao menos um pouco mais justo para com

os filhos de outros, que talvez não tenham tido minha sorte. **Talvez seus filhos tenham tudo, mas tudo não basta se os filhos de outros não tiverem alguma coisa.** Seja como for, por ideal, egoísmo (de proteger o mundo onde vão morar nossos filhos), ou por passar alguns dias por ano ‘na cadeia’ com meninos pobres, negros, amarelos, pardos, brancos, é que aposto meus olhos azuis dizendo que precisamos das cotas, agora.

E, claro, financiar os meninos pobres, negros, pardos, amarelos e brancos, para que estudem e que por meio do conhecimento mudem sua história, e a do nosso país em um todo, afinal de contas, moraremos todos naquilo que estamos construindo.

Então, como diria Roberto Lyra, em uma de suas falas, ‘O sol nascerá para todos. Todos dirão - nós - e não - eu. E amarão ao próximo por amor próprio. Cada um repetirá: possuo o que dei. Curvemo-nos ante a aurora da verdade dita pela beleza, da justiça expressa pelo amor.’

Justiça expressa pelo amor e pela experiência, não pelas teses. As cotas são justas, honestas, solidárias, necessárias. E, mais que tudo, urgentes. Ou fique a favor, ou pelo menos visite a cadeia.”

Este depoimento do Juiz Federal William Douglas faz-nos pensar o quanto é fundamental a ‘experiência de cadeia’ para todos nós quando estamos diante de desafios novos. Para Canções novas, sugerem-se ouvidos novos. As Ações Afirmativas/cotas chegam ao Brasil clamando a todos os Brasileiros, em qualquer estágio de participação na vida nacional a reverem suas posições.

III - PESQUISA CONFIRMA: COTAS EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS SÃO BEM ACEITAS

Quase 100 Universidades e Instituições Superiores de Ensino Superior já adotaram algum tipo de Ações Afirmativas no Brasil! Todas estas pesquisas, das próprias Universidades, confirmam que as Cotas para alunos afrodescendentes nas universidades públicas não acirraram conflitos em nenhum tipo de relação étnica no ambiente acadêmico. Nas universidades onde existem ações afirmativas, 62% dos alunos aprovam a medida. Há uma satisfação com a medida e acham que a universidade está mais cordial que a própria

sociedade em seu cotidiano, em relação a este tema. Reconhecem que muito precisa ser feito e que as Cotas são só um passo.

A pesquisa foi apresentada no “Monitoramento das Políticas de Ação Afirmativa”, divulgado pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) Rio. Mais de dois mil e quinhentos alunos de diversas etnias foram ouvidos em dez universidades públicas do país que adotam ações afirmativas em seus sistema de ingresso, como as Cotas. A pesquisa focou nos resultados do sistema de Cotas.

A pesquisa revela que a maior parte dos alunos entrevistados, 57,5%, avaliou como boa a relação entre os colegas oriundos de ações afirmativas com os outros alunos que ingressaram sem o instrumentos das Cotas. Quando perguntado pelo relacionamento em geral, 60,4% o acharam bom. Quando a pergunta é voltada para os professores, esta avaliação positiva sobe para 67%. A relação com os funcionários da universidade também está num bom patamar, chegando a 64,4%. Percebe-se um crescimento na aprovação daqueles que fazem a universidade.

Quando se pergunta sobre o tratamento dispensado a negros e brancos na universidade, as opiniões ficam divididas: cerca de 40% responderam que às vezes existe tratamento diferenciado e outros 43,6% contaram que nunca ou quase nunca há desigualdade.

Quando se pergunta sobre as formas como negros e brancos são tratados na sociedade, a divergência aparece. A maior parte, 46,7%, disse que **sempre, ou quase sempre, há diferenciação** e outros 47,6% informaram que isso ocorre às vezes.

Elielma Machado, pesquisadora que acompanhou esta pesquisa, afirma que o monitoramento esclarece que os alunos percebem mais racismo fora do que dentro das faculdades.

Outras pesquisas têm apontado esta constatação: que os casos mais comuns de racismo acontecem no comércio, shoppings ou mesmo na rua. “Realmente, na universidade não aparecem tantas queixas de racismo” afirmou, ou ficam camufladas.

A luta por cotas no Brasil é fundamentalmente uma luta dos grupos negros organizados. Como o debate sobre as cotas ganha corpo nas universidades, especialmente o diálogo com os conselhos universitários, nestes a comunidade negra tem pautado também a inclusão dos alunos da rede pública, indígenas, deficientes e

outros segmentos. Em algumas situações, apesar de o negro forçar o debate, o conselho universitário não teve sabedoria para ouvir o diferente e só se emplacaram Cotas para os outros segmentos. As pesquisas da PUC-RIO indicam que os alunos de escolas públicas são os mais beneficiados com a política de Cotas, adotadas pelas universidades públicas do país. Em seguida, estão os indígenas e, por último, os protagonistas da luta, a população negra.

Desde 2006, 60% das universidades estaduais e federais do país adotam algum tipo de ação afirmativa. Destas, quase a metade (42%) adota Cotas. Entre as universidades que fazem reserva de vagas, a maioria é para alunos de escolas públicas, 82%, sendo que 59% são para indígenas e 58%, para negros. É justamente o negro o menos beneficiado com o sistema de Cotas que está sendo implantado no Brasil. A UnB e a UNIFESP foram algumas das que reconheceram as Cotas como reparação contra os anos de escravidão e exploração sofridos por este povo.²

Apesar de as Cotas raciais não serem predominantes quanto às outras duas, são alvo muito mais frequente de perseguição e críticas por intelectuais, alguns Senadores de direita e outros poucos setores da sociedade. Uma explicação para se compreender esta atitude está no racismo inconsciente. É muito difícil a pessoa admitir que é racista. No Brasil é necessária uma conscientização nacional para exterminar o racismo inconsciente que faz muitos estragos nas relações pluriétnicas.

Esse é um tema que ainda hoje é muito delicado, porque muitos acham que o racismo não existe. Então, quando se fala na necessidade de ter uma cota para negros, é como se fossemos obrigados a reconhecer o racismo no Brasil. A ideologia da democracia racial está impregnada em muitos corações e mentes. O trabalho de limpeza é demorado e necessita que a pessoa se reconheça e queira limpar-se deste câncer.

O levantamento da PUC aponta outros tipos de ações afirmativas em dez instituições pesquisadas: 1) reserva de vagas para

² Banco de dados coletados nos debates e nos sites das universidades pela Educafro - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes.

alunos de escolas públicas, indígenas e negros; 2) programas para inserir deficientes físicos, assentados da reforma agrária, quilombolas, filhos de policiais mortos em combate, alunos provenientes de cidades do interior, etc. 3) criação de vagas extras nos cursos, principalmente para alunos indígenas; 4) adição de pontos no vestibular. É a opção da USP que, infelizmente, tem dado um resultado muito fraco e desmotivador.

O trabalho de compreensão destes novos desafios exige despojamento, estar desarmado e querer atacar o problema com profundidade. Não tendo determinação, a mudança de paradigmas torna-se difícil e necessita que a pessoa se reconheça racista e queira limpar-se deste câncer social.

IV - DOS INTELLECTUAIS AO SENADO NACIONAL: UMA REVISÃO NECESSÁRIA

Foi transmitido ao vivo para todo Brasil e está registrado nos anais do Senado Federal: no dia 14 de maio de 2008, o Senador Paulo Paim, na ocasião quebrou o protocolo e abriu a Tribuna para pessoas da sociedade, militantes da inclusão pluriétnica dirigirem aos Senadores um apelo. Entre os convidados estava este militante que escreve. Segue na íntegra, o que pude falar aos Senadores:

“O SR. PRESIDENTE (Paulo Paim. Bloco/PT- RS) - Passo a palavra, de imediato, como já havia sido anunciado pelo Senador Cristovam, ao Frei David.

O SR. FREI DAVID DOS SANTOS - A todos os ouvintes, aos que assistem à TV e aos presentes, digo três coisas rápidas.

Primeiro, gostaria de pedir ao Senador PAIM que registrasse nos Anais da Casa uma contribuição de um dos maiores constitucionalistas do Brasil, o grande Fábio Konder Comparato, que fez esta justificação e nós a escolhemos para ser entregue hoje ao Supremo Tribunal Federal, mostrando que as cotas são constitucionais. Peça, então, que seja colocado nos Anais da Casa.

Segundo, todos aqueles que estão nos vendo e os demais Senadores bons, sangue bom, gente boa, que querem nos ajudar nessa luta, podem entrar no site www.manifestocotas.net, e ali assinar a favor desse processo, dessa defesa que vamos entregar daqui a pouquinho, às 18 horas no STF.

O SR. PRESIDENTE (Paulo Paim. Bloco/PT - RS) - Frei David, permita-me dizer que recebo já o documento -, só para dizer, é do Fábio Konder Comparato -, e vou encaminhá-lo ao Supremo Tribunal Federal.

O SR. FREI DAVID DOS SANTOS - Excelente! Muito bom! Muito bom mesmo! E um último ponto. Em nome de todos os presentes que compõem a Mesa, faço um apelo ao coração dos nossos irmãos membros do partido DEM. Tenho certeza de que vocês amam o nosso povo negro, vocês, Senadores, e vocês, Deputados do partido DEM. Se vocês amam realmente o povo negro, peço a vocês, de coração, que retirem o processo contra as terras de quilombo. Vocês entraram, no Supremo Tribunal, contra o meu povo negro. Provem que vocês amam nosso povo negro. Também, irmãos do DEM, quero dizer a vocês que na Câmara dos Deputados, três comissões aprovaram, por unanimidade, o Projeto nº 73/99, a favor das cotas nas universidades públicas. Três comissões, por unanimidade! Vocês, do DEM, lideraram um manifesto e, assim, o projeto, que vinha direto para o Senado, foi engavetado. E está engavetado há dois anos. Por amor à causa de Deus, por amor ao povo negro, por amor aos excluídos, peço à Presidência do DEM, peço aos meus irmãos Senadores do DEM, peço aos nossos irmãos Deputados do DEM que revejam humildemente essa posição e nos amem. Provem que vocês querem um Brasil integrado e não o negro eternamente fora dos direitos normais de justiça! Eu não aceito, 120 anos depois, que 97% do povo afro não tenham conseguido entrar nas universidades. Eu não aceito saber que somando todas as universidades federais do Brasil nem 1% dos professores são negros. Não é esse o Brasil que eu amo e não é esse o Brasil que eu quero ver construído nesta Nação. Peço a vocês solidariedade e justiça ao meu povo negro. Obrigado.”

V - CONCLUSÃO

Estamos convictos do avanço da integração entre as etnias provocado pelo instrumento social chamado de Ações Afirmativas/ Cotas. As Cotas estão se afirmando como um forte elemento integrador. Um Brasil novo está nascendo a partir das políticas de

inclusão pluriétnica. Nos quatro cantos do Brasil o Judiciário está participando decisivamente da construção deste momento novo! Estão aprofundando em estudos e se assessorando dos que estão nesta causa a mais tempo. O mais brilhante exemplo deste fato está na atitude do Desembargador do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Samuel Meira Brasil que, com a aprovação de todo do Tribunal, convocou uma audiência pública para se debater este assunto. Entre os convidados, duas pessoas a favor e duas contra. Em seguida abriu o microfone para todas as entidades e cidadãos que quisessem se manifestar. Foram dois dias de ricos debates! Foi um trabalho brilhante e, com certeza, poderá ser uma prática sadia e louvável a ser replicada nos Tribunais do Brasil. O Ministro do STF, Lewandowski, em palestra proferida na FGV-Rio em 31 de agosto de 2009, partilhou a intenção de convocar para novembro de 2009 uma Audiência Pública no STF sobre as Ações Afirmativas/Cotas na UnB e no Brasil. Será, com certeza, um momento marcante para a comunidade jurídica e sociedade em geral. Queremos antecipadamente parabenizar o Ministro Lewandowski, caso venha a colocar em prática esta decisão.

Acima de tudo temos que estar abertos para o novo. Permitir que, a princípio ele nos incomode e, em seguida, nos questione. Faça com que nos inteiremos dos fatos e que estes com seus argumentos positivos nos convençam.

“Tratar os iguais na medida de sua igualdade e os desiguais na medida de sua **desigualdade**”, conforme nos orientou Rui Barbosa, grande mestre do Direito, é o caminho para se mudar o país para melhor. Ele nos inspira a procurarmos, em suas palavras que vão além do direito e se tornam proféticas, a saída legal e justa para a igualdade.

Para a verdadeira justiça não basta a interpretação nua e crua da lei, mas de poder senti-la através do coração. Colocarmos no lugar do outro. Foi o que fez o Jurista Dr. William Douglas em aproximar duas crianças uma na figura de sua filha e outra filha de sua serviçal e comparar suas realidades.

Apelamos para que sejam levados em conta os argumentos aqui apresentados e que eles tenham a força e o propósito de for-

talecer opiniões favoráveis a nossa causa que é a de incluir para somar.

Há dados muito positivos: as mudanças para melhor têm a contribuição do Poder Legislativo que, em várias partes do Brasil, tem aprovado leis nesta direção. Muito se deve também às mãos da sociedade civil organizada, que tem feito manifestos em prol desta causa. Intelectuais orgânicos que têm ouvido a militância e pautado nos conselhos universitários este compromisso, com resultados significativos e as mãos do Poder Executivo que, só no ProUni, nestes 5 anos, colocou mais afro-brasileiros nas universidades do que todos os demais governos durante 504 anos de história do Brasil. Sabemos que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e os do resto do Brasil não serão omissos neste momento especial em que são chamados a se manifestarem em prol de um Brasil melhor para os pobres. Irão, com abertura de coração e espírito, ouvir o novo que surge e, como todos sabemos, para canções novas, é fundamental termos ouvidos novos!📄

Estatuto da Criança e do Adolescente: 19 Anos de Subjetivações

Mário Luiz Ramidoff

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná; Mestre (CPGD-UFSC) e Doutor em Direito (PPGD-UFPR); Professor Titular no UniCuritiba

Crianças que “brincam” no pátio da escola ou nas ruas estão construindo e reconstruindo o mundo das normas dos adultos. Quanto mais autonomia tiverem, mais inventivas e democráticas serão para reconstruir a sociedade brasileira em normas mais justas e aceitáveis para todos.

Bárbara Freitag¹

1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), para além de regulamentar a proteção integral da infância e da juventude (art. 1º), bem como designar criança e adolescente como sujeitos de direito (art. 3º), e, assim, conceituá-los (art. 2º), também lhes reconhece a titularidade de garantias fundamentais (art. 4º). A titularidade desses direitos e garantias advém da qualidade jurídico-legal (constitucional e estatutária) de poder ser sujeito de direito. A capacitação de crianças e ado-

¹ FREITAG, Bárbara. “A norma social: gênese e conscientização”. In SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito*. 4ª ed. Brasília: 1993, p. 49 a 51. (Série o direito achado na rua; v. 1).

lescentes para a titularidade e o exercício de direitos individuais e das garantias fundamentais requer criação e manutenção das estruturas sociais (familiar e comunitária) e estatais (equipamentos, instituições e órgãos públicos) que lhes assegurem o pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas.

Essas instâncias estruturais devem articular não só as suas ações de atendimento, mas também informações, experiências e contribuições multidisciplinares que possam oferecer soluções cada vez mais adequadas à capacitação que potencializa a humanidade, o respeito e a responsabilidade daqueles novos sujeitos de direito. Na área internacional, por exemplo, toda pessoa com idade inferior a 18 (dezoito) anos é considerada criança, e esta é uma das diretrizes, ideologicamente orientada pela centralidade da pessoa humana como núcleo irredutível de preocupação de toda norma jurídico-legal.

A criança e o adolescente constituem a matéria-prima da presente e das futuras sociedades (comunidades humanas), as quais deverão ser construídas e reconstruídas através da participação ativa desses novos sujeitos de direito na formulação de normas mais justas e democráticas. A mencionada participação é decorrência direta do processo de redemocratização que se deu no Brasil, e que culminou com a instalação da Constituinte de 1987/1988, por meio da qual foram adotadas democraticamente as diretrizes internacionais relativas aos direitos humanos da criança.

Em virtude disso, observa-se que a comunicação entre os segmentos sociais e os Poderes Públicos é a pedra angular para a articulação das ações governamentais e não governamentais, isto é, para a construção das “redes de proteção”. As “redes de proteção” se constituem, assim, por meio das ações governamentais e não governamentais de atendimento direto à criança e ao adolescente.

A atuação dos atores e protagonistas sociais não deve ser limitada somente ao cumprimento das funções originárias, mas, diversamente, exige imersão na conflituosa realidade que se apresenta no cotidiano do mundo da vida vivida. A mobilização da opinião pública, que constitui uma das diretrizes da política de

atendimento, pois numa democracia é indispensável a participação dos diversos segmentos da sociedade, consoante dispõe o inc. VI do art. 88 da Estatuto, também se caracteriza como meio de comunicação entre a sociedade e o Estado.

As instituições públicas, de seu turno, devem ser estruturadas material - equipamentos adequados - e pessoalmente, por exemplo, com a criação e manutenção de equipes interprofissionais, consoante os arts. 150 e 151 do Estatuto. Os operadores que atuam no “sistema de garantia dos direitos” - constituído pelas instâncias legislativa e judiciária (Magistratura, Ministério Público e Advocacia, entre outros atores jurídico-sociais) - não devem se limitar às suas funções originárias, pois, mais do que nunca, tornou-se imperativa a articulação comunicacional com a “rede de proteção”.

Eis, pois, a possibilidade de superação da burocratização funcional das instâncias públicas e sociais, as quais invariavelmente têm reduzido as suas ações ao oferecimento de respostas setoriais dissociadas da confluência transdisciplinar indispensável para a proteção integral da criança e do adolescente. E a superação dos obstáculos jurídicos, políticos e sociais assegura a expansão dos direitos individuais e das garantias fundamentais desse segmento social; trata-se de sinal da emancipação humanitária desses novos sujeitos de direito não só para a titularidade, mas, principalmente, para o exercício pleno da cidadania infanto-juvenil.

2. SUBJETIVAÇÃO

A subjetivação, em perspectiva emancipatória, é o processo pelo qual se capacita a pessoa humana para ser titular de direitos e garantias. A emancipação subjetiva da criança e do adolescente, isto é, a melhoria da qualidade de suas vidas individuais e coletivas, é decorrência direta do asseguramento e efetivação desses direitos e garantias, cuja implementação passa pela concretização jurídica, política e social do ideário democrático.

O ideário democrático, por sua vez, que orienta a efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais especificamente destinados à proteção integral da infância e da juven-

tude, encontra suas orientações político-ideológicas nas “Leis de Regência”², quais sejam: a Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A partir dessas bases político-ideológicas, pode ser afirmado que a criança e o adolescente são sujeitos de direito - na feliz conceituação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior³, *sujeitos jurídicos* -, pois são titulares de direitos individuais e garantias fundamentais que cabe ao direito objetivo reconhecer e assegurar.

A subjetivação pode ser identificada, então, como sinal de respeito e responsabilidade pela infância e juventude, pois se constitui em expressão da condição humana peculiar às pessoas que se encontram numa daquelas fases da vida. Em razão disso, o exercício dos direitos individuais e das garantias fundamentais destinados à proteção da infância e da juventude dependerá do que dispuser cada uma das legislações especiais, as quais, contudo, deverão guardar conformidade com as bases político-ideológicas das “Leis de Regência” do direito da criança e do adolescente.

O direito da criança e do adolescente constitui um subsistema jurídico-legal, que também depende de seu “estatuto” próprio, segundo o qual o exercício dos direitos e garantias atribuídos aos novos sujeitos de direito possibilita o reconhecimento de novos valores (humanitários), bem como assegura proteção integral da infância e da juventude. Pois, como adverte Tercio Sampaio Ferraz Júnior⁴, o reconhecimento legal - aqui, constitucional e estatutário - de tais direitos e garantias à criança e ao adolescente, constitui um processo específico de subjetivação, e a “própria ordem jurídica encarrega-se, então, de isolá-los e integrá-los num sistema dentro do qual adquirem sentido”.

Esses processos de subjetivação, que permitem a emancipação humanitária da infância e da juventude, também promovem o asseguramento de garantias, em perspectiva absolutamente

² RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente: teoria jurídica da proteção integral*. Curitiba: Vicentina, 2008.

³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 154.

⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Op. cit.*

prioritária, enquanto instrumental adequado para a superação dos obstáculos jurídicos, políticos e sociais, potencializando, assim, a efetivação dos direitos individuais, de cunho fundamental, que são afetos aos novos sujeitos de direito.

Essas “vias de obstrução” são identificadas por Bárbara Freitag⁵ e, assim, exemplificadas pela “exclusão da criança da escola e a imposição feita às crianças fora da escola de se submeterem aos ditames dos mais velhos e das classes dominantes, integrando-as prematuramente no processo de trabalho para assegurarem sua sobrevivência”. Nessa passagem doutrinária, é possível constatar que os obstáculos jurídicos, políticos e sociais ao pleno exercício da cidadania infanto-juvenil, quando não impedem a efetivação dos direitos individuais e o asseguramento das garantias fundamentais, constituem, na verdade, ameaças e violências ao pleno exercício da cidadania infantojuvenil.

Em virtude disso, a legislação especial (estatutária) foi estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de que fossem objetivadas as normas que conferem capacidade a essas novas titularidades para o exercício pleno da cidadania infantojuvenil. Esses avanços práticos são decorrentes da política jurídica - nos moldes do que sempre pontuou Osvaldo Ferreira de Melo⁶ - que teve compromisso com o agir *protetivo*, como ainda deve ter “toda ação político-jurídica”, que se define “como uma operação do fazer, ou seja, o conjunto de procedimentos que levem o agente à realização de uma idéia, de um querer”, aqui, *protetivo*.

Por exemplo, cabe a todo aquele que atua no “sistema de garantia dos direitos” participar, sempre que possível, das reuniões dos Conselhos dos Direitos; ouvir, orientar e reunir-se para trocas de informações com os Conselheiros Tutelares; visitar equipamentos públicos e comunitários para prevenção de ameaças e violên-

⁵ FREITAG, Bárbara. *Op. cit.*

⁶ MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1994, p. 131 e ss. Segundo o Autor, os “elementos básicos de uma ação dotada de eficácia se configuram na existência de um agente (ente capaz de determinar-se); de meios hábeis (estratégias sob orientação normativa); e de um fim desejado (o desenho do devir ou da utopia). Esses três elementos, pois, terão que estar presentes em toda ação política-jurídica”.

cias aos direitos da criança e do adolescente; atender diariamente crianças, adolescentes, pais ou responsável, bem como membros de seus respectivos núcleos familiares; manter conversação com as equipes técnicas que atuam nos equipamentos e programas de atendimento, bem como com as equipes interprofissionais do Juizado da Infância e da Juventude; acompanhar, orientar e fiscalizar a execução dos programas sociais de proteção à infância e à juventude - ainda que incompletos, mas que na prática são os que efetivamente atendem crianças e adolescentes, pois somente assim será possível o seu aperfeiçoamento e adequação.

Essas são algumas dentre tantas outras atividades extrajudiciais que diariamente se desenvolvem de forma imperceptível nas estatísticas oficiais; quando não, sequer são contabilizadas na atuação profissional originária daqueles que atuam no “sistema de garantia dos direitos”, mas, que, indiscutivelmente, previnem demandas judiciais desnecessárias através de contribuições transdisciplinares que são decisivas para a resolução adequada, ou mesmo para efetividade social⁷ das decisões judiciais.

Enfim, é preciso reconstruir a dimensão política que seja voltada para o direito da criança e do adolescente. E isto é possível por meio da elaboração de políticas institucionais que incentivem mudanças significativas na atuação profissional para a proteção da infância e da juventude. Porém a elaboração dessas políticas institucionais deve ser permanente, e, acima de tudo, observar a participação paritária daqueles que desenvolvem as atribuições e competências funcionais.

A elaboração participativa (democrática) dessas políticas institucionais deve observar as orientações humanitárias consagradas normativamente tanto na Constituição da República de 1988 quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Essas políticas institucionais, que se destinam a reordenar a atuação profissional na área da infância e da juventude, por certo não podem mais circunscrevê-las tão somente às atribuições e competências ori-

⁷ PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ginárias que são desenvolvidas no interior do Sistema de Justiça Infantojuvenil, isto é, no âmbito estritamente processual (procedimental).

A atuação político-social (extrajudicial) que não se reduza apenas ao desenvolvimento das atribuições e competências judiciais pelos operadores do “sistema de garantia dos direitos”, talvez, mais do que tudo isso, assegure, sim, a plenitude e a expansão dos direitos individuais e das garantias fundamentais que constituem a cidadania infanto-juvenil.

Por isso, a atuação político-social dos operadores do direito também configura uma significativa contribuição nos processos de subjetivação que permitem a emancipação humanitária da criança e do adolescente, isto é, a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva da criança e do adolescente, precisamente, por assegurar a efetivação de direitos e garantias que constituem a cidadania infantojuvenil.

3. SUBJETIVIDADE

A subjetividade jurídica, segundo Dimitri Dimoulis⁸, é “uma qualidade conferida única e exclusivamente pelo ordenamento jurídico, que pode reconhecer ou não a determinadas pessoas a qualidade de sujeito de direito”. A subjetividade jurídica (constitucional e estatutária) reconhecida à criança e ao adolescente tem o intuito precípuo de lhes assegurar o protagonismo não só jurídico-legal, mas principalmente político-social através da titularização de direitos individuais e garantias fundamentais, em perspectiva emancipatória.

A criança e o adolescente são sujeitos de direito que se encontram em condição humana peculiar de desenvolvimento (art. 6º do Estatuto), e, assim, enquanto cidadãos, são os elementos de preocupação central do ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual lhes são reconhecidas específicas garantias absolutamente prioritárias. É o que se encontra expressamente consignado

⁸ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 2ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2007, p. 266 e ss.

tanto na Constituição da República de 1988 quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando, então, distinguiram-se esses novos cidadãos pela garantia da absoluta prioridade para o assecuramento (art. 227 da Constituição) e a efetivação (art. 4º do Estatuto) de seus direitos individuais, de cunho fundamental.

A subjetividade jurídica, conforme assegura Mauro Almeida Noletto⁹, é identificada pela titularidade de direitos em perspectiva emancipatória, vale dizer, “da titularidade emancipatória de direitos, em razão dos quais as identidades individuais e coletivas se constituem em luta pela ampliação dos espaços de liberdade, na coexistência social”. A criança e o adolescente reconhecidos constitucional e estatutariamente como sujeitos de direito - vale dizer, como titulares de subjetividade jurídica, política e social, em perspectiva emancipatória -, constituem o núcleo irredutível de preocupação do novo subsistema jurídico-legal. Esse novo subsistema jurídico-legal denominado direito da criança e do adolescente, por seu turno, possui orientação teórico-pragmática que lhe permite legitimar e justificar (argumentativa e discursivamente) a intervenção estatal e social que se destina à proteção integral da infância da juventude.

Essas orientações teórico-pragmáticas devem ser desenvolvidas em torno do que se convencionou denominar de “doutrina da proteção integral”, a qual sintetiza os direitos humanos que são especificamente destinados à criança e ao adolescente, conforme pode ser constatado pela própria elaboração legislativa do art. 227 da Constituição da República de 1988.

Para Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza¹⁰, a doutrina da proteção integral se compõe de um sistema que possui “duas vertentes: uma positiva e outra negativa”. A dimensão positiva da doutrina da proteção integral ensejaria o reconhecimento de uma sistemática de concessões à criança e ao adolescente, isto é, na qualidade

⁹ NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 27 e ss. “análise a temática dos direitos humanos enquanto bases para uma práxis jurídica emancipatória”.

¹⁰ SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Safe, 2001, p. 71 e ss.

de sujeitos de direitos originários e fundamentais, são merecedores das medidas legais, políticas, sociais, econômicas dentre outras para a “fruição de tais direitos (informação, saúde, desenvolvimento, etc.)”.

A dimensão negativa daquela doutrina determinaria “um sistema de restrições às ações e condutas” que pudessem constituir ameaça ou violação dos direitos individuais (humanos) e das garantias fundamentais afetos à infância e à juventude, inclusive utilizando-se de medidas legislativas necessárias para tal desiderato¹¹.

A criança e o adolescente deixam de ser objetos de tutela (objeto de algo) para se transformarem em sujeitos de direito, isto é, em novas subjetividades jurídicas, políticas e sociais. É precisamente esta qualidade de sujeitos de direitos que lhes confere a possibilidade de referenciar seus próprios direitos e garantias especiais. A criança e o adolescente (subjetividades) passam a constituir, a fazer de algo um objeto apreensível (titularidade), através da referenciabilidade protetiva da existência humana transcendental infantojuvenil.

Daí ser possível afirmar, com Luiz Bicca¹², que “objetivar, ou seja, constituir, fazer de algo um objeto, é uma prerrogativa da subjetividade”. Mas, tal subjetividade certamente não se confunde com eventuais individualismos e, sim, com a transcendentalidade da proteção integral à infância e à juventude enquanto fases da existência humana que configuram a cidadania infantojuvenil.

A objetivação jurídico-legal de direitos individuais e de garantias fundamentais configura-se numa prerrogativa da titularidade de direitos, isto é, numa expressão da própria subjetividade infantojuvenil. Com efeito, observa-se que a “principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo”, de acordo com Diimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹³, e, “conseqüentemente, limitar a liberdade de

¹¹ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Op. cit.*

¹² BICCA, Luiz. *Racionalidade moderna e subjetividade*. São Paulo: Loyola, 1997, p. 181 e ss. (Coleção Filosofia - 43).

¹³ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2007, p. 63 e ss.

atuação dos órgãos do Estado”. Já as garantias fundamentais corresponderiam “às disposições constitucionais que não enunciavam direitos, mas objetivam prevenir e/ou corrigir uma violação de direitos”, conforme entendimento daqueles doutrinadores.

4. CIDADANIA INFANTOJUVENIL

A idéia do que se possa entender, hoje, por “cidadania infantojuvenil”, vincula-se indissociavelmente à noção de emancipação da pessoa humana. Neste sentido, Margrit Dutra Schimdt¹⁴ tem observado que “falar, portanto, em cidadania é reafirmar o direito de plena realização do indivíduo, do cidadão, e de sua emancipação nos espaços definidos no interior da sociedade”.

A noção de emancipação, assim, vincula-se ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, enunciado no inc. III do art. 1º da Constituição da República de 1988, e que é o signo maior da redemocratização das ações e relações sociais, principalmente, entre aquelas estabelecidas com as instâncias estatais (Poderes Públicos).

Paulo Sérgio Pinheiro¹⁵ já havia destacado que a maioria da população brasileira é constituída por pobres, indigentes e miseráveis que não têm os direitos individuais assegurados efetivamente na prática: “os direitos individuais somente podem prevalecer na medida direta em que forem reconhecidos como direitos sociais para todos os grupos marginalizados, mortificados e anulados na sociedade brasileira”.

A emancipação da pessoa deve representar, então, a superação dos obstáculos jurídicos, políticos e sociais, pois somente assim será possível assegurar a efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais afetos à criança e ao adolescente. A titularidade e o exercício da subjetividade jurídica, política e social infantojuvenil - assim como os processos de subjetivação

¹⁴SCHIMDT, Margrit Dutra. “A questão da cidadania”. In SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito*. 4ª ed. Brasília: 1993, p. 74 e 75. (*Série o direito achado na rua*; v. 1).

¹⁵PINHEIRO, Paulo Sérgio. “Dialética dos direitos humanos”. In SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito*. 4ª ed. Brasília: 1993, p. 79 e 80. (*Série o direito achado na rua*; v. 1).

- deverão ser desenvolvidos à luz das orientações humanitárias ideologicamente consagradas na doutrina da proteção integral, através de ações emancipatórias que assegurem a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva para a criança e o adolescente.

Não basta, pois, tão somente plasmar na Constituição da República de 1998 e/ou mesmo no Estatuto da Criança e do Adolescente direitos individuais e garantias fundamentais, como, por exemplo, o relativo à não responsabilização penal de crianças e adolescentes. É preciso, pois, diversamente, adotar impeditivos jurídicos, políticos e sociais para o enfrentamento de ameaças e violências à cidadania infantojuvenil, como, por exemplo, as representadas por aprovações parlamentares de propostas legislativas que se destinem a suprimir, quando não a restringir o exercício de direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente.

Neste sentido, já vaticinara Paulo Sérgio Pinheiro¹⁶ que o “grande aprendizado talvez tenha sido a constatação de que a vigência de um regime tendencialmente democratizante não é condição automática para o alastramento e consolidação desses direitos sociais”. A superação dos obstáculos que se verificam no cotidiano brasileiro é a superação emancipatória, que se opera em relação às mais diversas formas de ameaças e violências contra direitos, garantias, quando não diretamente sobre a própria transcendência da cidadania infantojuvenil. A efetivação da cidadania infantojuvenil corresponde à expansão permanente do atendimento das necessidades pessoais e sociais da criança e do adolescente, com vistas à capacitação para a titularidade e o exercício de direitos individuais e garantias fundamentais que lhes são pertinentes. A capacidade humana para a superação do conjunto de necessidades que circunstanciam a existência das pessoas, aqui, na área destinada à proteção da criança e do adolescente, pode ser potencializada através do apoio institucional a ser oferecido

¹⁶ PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Op. cit.* “Porque algo é fazer a defesa de direitos individuais e sociais de pequeno grupo de oprimidos (politicamente) na ditadura; outra é promover a defesa desses direitos para a esmagadora maioria da população”.

por programas sociais de atendimento desenvolvidos por ações governamentais e não governamentais.

A superação dessas necessidades passa a ser, na sociedade moderna, uma demanda permanente pela melhoria da qualidade de vida individual e coletiva; e, nas áreas relacionadas à proteção da infância e da juventude, é apenas verificada com a efetivação dos direitos individuais, e pelo asseguramento das garantias fundamentais de que são titulares a criança e o adolescente.

Cada uma das superações constitui expressão dos processos de emancipação subjetiva que são intermináveis, e cotidianamente, verificados durante a infância e a juventude, enquanto fases da existência humana. É o que entende Miracy Barbosa de Sousa Gustin¹⁷ por processo de emancipação humana, identificado, pois, por ser um “processo de construção normativa que, através da expansão das relações democráticas, realiza-se no constante desvendamento de novas alienações e das variadas formas de exclusões do mundo contemporâneo”.

Com isto, demonstra-se que as necessidades sociais que as pessoas experimentam são estruturantes para qualquer ação humana, seja ela jurídica, política ou social. A mutação que tais necessidades sofreram comprova que o progresso humano não é linear, precisamente quando “é entendido como o aumento da capacidade humana de superar suas privações no sentido de recuperação e ampliação de sua qualidade de vida de bem-estar e de emancipação individual e coletiva”¹⁸, segundo a doutrinadora.

A efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais afetos à infância e à juventude asseguram o atendimento das necessidades através da implementação das políticas públicas (programas sociais) e pela intervenção jurídico-legal do Poder Judiciário.

Portanto, tais direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente são indispensáveis para o “desenvolvimento pleno da autonomia” infantojuvenil, conforme relata Miracy Barbosa de

¹⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 211 e ss.

¹⁸ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Op. cit.*

Sousa Gustin¹⁹. Ao citar outros autores entende que “o princípio da satisfação de necessidades (das políticas sociais ou da esfera jurídica) deveria orientar-se não somente num sentido restrito de satisfação de carências materiais, mas de atribuírem aos cidadãos capacidades de se auto-regerem e de participarem com autonomia crítica da sociedade, tanto no que se refere à ação quanto à capacidade argumentativa”.

Assim como a Constituição da República de 1988 continua constituindo²⁰, o Estatuto da Criança e do Adolescente permanece subjetivando crianças e adolescentes como sujeitos de direito, através do reconhecimento, o asseguramento e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais que lhes são afetos.

5. EMANCIPAÇÕES SUBJETIVAS: AVANÇOS E RETROCESSOS

Em perspectiva, permanecem as proposições afirmativas que têm por objetivo a superação de toda sorte de obstáculos, ameaças e violências aos direitos e garantias destinadas à criança e ao adolescente, sujeitos de direito que se encontram em condição humana peculiar de desenvolvimento. As orientações políticas e jurídicas oriundas dos fundamentos e princípios derivados da doutrina da proteção integral deverão constituir, por assim dizer, o conteúdo significativo de uma “lógica político-jurídica” *protetiva* que se destine a preservar os valores humanos optados democraticamente como fundamentais para crianças e adolescente - art. 227 da Constituição da República de 1988.

Em que pese entendimentos contrários ao reconhecimento do ordenamento jurídico como um “corpo lógico de idéias (normas jurídicas, súmulas jurisprudenciais, interpretações doutrinárias), porque a relação existente entre elas é incompatível com

¹⁹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Op. cit.*

²⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. “A constituição ainda constitui?” Curitiba: **Revista Ciência e Opinião**, do Núcleo de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas do UniCenP (Direito; Gestão; Educação; Comunicação). V. 1, nº 1, p. 115-125, jan./jun. 2003. Isto é, “enquanto possibilidade de constitucionalidade, ou seja, de vínculos mais fortes de substancialidade, entendidos como tais à interpretação do texto constitucional segundo os valores da dignidade e do respeito pela pessoa humana, tornando, desta forma, coerente e compatível toda atividade estatal, precisamente quando assegura a correspondência entre a comunidade e a constituição”.

os princípios do pensamento lógico (identidade, não contradição e terceiro excluído)”, segundo Fábio Ulhoa Coelho²¹, eis, pois, importante limitador dos determinismos e dos fatalismos sociais. Esses determinismos e fatalismos são, por vezes, expressos através de “juízos de realidade” dissociados da “aplicação criteriosa de juízos de valor”, segundo Osvaldo Ferreira de Melo²², em prol dos direitos e da proteção da criança e do adolescente.

A emancipação jurídica, política e social dessas novas subjetividades deve ser permanente, pois somente assim a proteção integral poderá proporcionar à criança e ao adolescente titularidade e exercício de novos direitos que são relativos, por exemplo, ao planejamento familiar; à inclusão digital; à sustentabilidade econômico-ambiental; à responsabilidade empresarial social; à formulação e à execução programas empresariais de atendimento; à destinação orçamentária aos fundos para a infância e juventude (FIA) conjugada ao Plano Plurianual (PPA).

Com tais avanços práticos é possível reduzir as desigualdades sociais, de gêneros, econômico-financeiras, políticas, raciais, dentre outras; e, assim, assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e das garantias fundamentais que integram a cidadania infantojuvenil. Somente assim será possível estabelecer critérios objetivos para a formulação de recomendações aos organismos governamentais e não governamentais, bem como oferecer contribuições técnicas para resoluções cada vez mais adequadas e culturalmente aceitas, através da conversão político-social (ideologicamente) em prol da infância e da juventude.

O convencimento projetado pelo reconhecimento e a assunção de novos valores (humanitários) por certo requer mutação ide-

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Lógica jurídica: uma introdução; um ensaio sobre a logicidade do direito*. São Paulo: EDUC, 1992, p. 124 e ss. (*Série Trilhas*). Mas, “o sistema jurídico não é um agrupamento totalmente desordenado de idéias estranhas entre si; ele possui certa unidade. Essa unidade é retórica. Ou seja, se as pessoas certas da comunidade jurídica [...] se convencerem da pertinência de certa idéia relativa ao direito, então essa idéia passa a integrar o sistema jurídico”.

²² MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 80 e ss.

ológica, que se constrói estrutural e funcionalmente pela análise reflexiva de um dado conhecimento que passa, assim, a considerar criticamente os objetos estudados e as questões fundamentais que vão se apresentando ao longo da revisitação investigativa.

Não se pode desprezar o fato de que sazonalmente existem indícios de retrocessos, como, por exemplo, a recente aprovação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal de proposição legislativa que discute a redução da idade de maioridade penal - inimputabilidade penal, reconhecida como direito individual, de cunho fundamental, nos termos do art. 228, combinado com o art. 60, § 4º, inc. IV, ambos da Constituição da República de 1988.

Não fosse apenas isto, recentemente foi instituído o denominado “toque de recolher”, através do qual administrativamente o órgão julgador estabeleceu por “portaria judicial”, de forma genérica, um determinado horário limite para a circulação de crianças e adolescentes nas vias públicas. As “Leis de Regência” são firmes em assegurar à criança e ao adolescente o direito individual, de cunho fundamental, de ir, vir e permanecer, bem como em determinar a adoção de medidas legais para a prevenção de ocorrências que ameacem ou violentem aqueles sujeitos de direito.

Em que pese as mais diversas motivações para adoção desta “bondade dos bons”²³, inclusive, sob o argumento de que seriam salvaguardados os direitos fundamentais afetos à criança e ao adolescente, certamente, não constitui ela o meio, e, sequer, a proteção adequada para aqueles sujeitos de direito, consoante dispõe o art. 149 do Estatuto.

É o que já se experimentou no México, através de decisões judiciais que constituem critérios jurídico-legais para elaboração de recomendações para o asseguramento dos direitos humanos afetos à criança e ao adolescente. Tais decisões declararam a inconstitucionalidade de tais medidas, uma vez que a aplicação de um horário restringido para a circulação de crianças e adolescen-

²³ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

tes viola o direito de liberdade de ir, vir e permanecer, isto é, de “trânsito” daqueles sujeitos de direito.

Afirma-se, então: “en agravio de los menores de edad, advirtiéndose un trato discriminatorio a ese sector de la población”; bem como que “no constituye el médio legal e idóneo para disminuir o erradicar el vandalismo o la delincuencia juvenil en la localidad y, al contrario, la propia autoridad municipal actúa de manera arbitraria [...] la aplicación de sanciones que no se encuentran contempladas en ningún ordenamiento que emane de una autoridad competente para tal efecto, violando con ello los derechos a la legalidad y a la seguridad jurídica”²⁴.

Os avanços civilizatórios e humanitários devem servir como orientações ideológicas que impeçam tais retrocessos, e isto pode ser muito bem assegurado através da formulação de políticas públicas destinadas à criança e ao adolescente, que contemplem programas sociais em prol da infância e da juventude.

Afigura-se, pois, imprescindível o desenvolvimento doutrinário e pragmático de uma “teoria jurídica da proteção integral”²⁵, quando não o estabelecimento do direito da criança e do adolescente como disciplina obrigatória nos cursos de graduação e de pós-graduação relativas às áreas do conhecimento que se destinam ao estudo, pesquisa e extensão protetiva da infância e da juventude, como, por exemplo, direito, medicina, psicologia, pedagogia, serviço social, dentre outros.

Assim, será possível distinguir a idéia de direito como ordenamento jurídico, e de um dos seus subsistemas ou mesmo como disciplina jurídica curricular (conhecimento/saber) que deve conter dimensões semânticas acerca do objeto (infância e juventude, enquanto condição peculiar de desenvolvimento da personalidade humana); dos objetivos (proteção integral enquanto cuidado espe-

²⁴ VARGAS, Graciela Sandoval e SOSA, Edgar Corzo. *Criterios jurídicos de las recomendaciones de la Comisión Nacional de los derechos humanos (1990-2005)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006, p. 84 e 85 (*Serie Estudios Jurídicos*, nº 92).

²⁵ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da criança e do adolescente: teoria jurídica da proteção integral*. Curitiba: Vicentina, 2008.

cial dos direitos individuais, difusos e coletivos afetos à criança e ao adolescente para emancipação da personalidade humana); dos fundamentos (direitos humanos e direitos fundamentais); da metodologia (estratégias de viés inter e transdisciplinar); dos princípios (dignidade da pessoa humana e doutrina da proteção integral); e dos sujeitos de direito (criança e adolescente - subjetividades)²⁶.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nesses 19 (dezenove) anos de vigência, e, assim, de eficácia e validade formal e material, tem proporcionado às pessoas que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento, isto é, na infância ou na juventude, a subjetivação necessária para o reconhecimento (titularidade) e o exercício de direitos e garantias (subjetividade jurídica).

A subjetivação é o processo pelo qual são reconhecidos direitos individuais e garantias fundamentais às pessoas. E, aqui, na área jurídico-legal destinada à proteção da infância e da juventude, tal reconhecimento atribui a titularidade daqueles direitos e garantias às pessoas que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento, ou seja, às crianças e adolescentes. Assim, crianças e adolescentes passam a ter reconhecida a qualidade de sujeitos de direito pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual “atribui a faculdade de adquirir e exercer direitos”²⁷.

A criança e o adolescente são sujeitos de direito porque não só são tidos como titulares de direitos, mas, também, porque são reconhecidos como tais (protagonistas) por todo ordenamento jurídico brasileiro através de garantias diferenciadas e especiais, como, por exemplo, a proteção integral e a absoluta prioridade, dentre outros asseguramentos distintivos.

A criança e o adolescente são novas subjetividades reconhecidas pelos avanços e conquistas jurídico-legais e sociopolíticas, o que, por certo, possibilitou não só o exercício de seus direitos individuais, mas, também, o asseguramento de suas garantias fundamentais.

²⁶ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Op. cit.*


²⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*

A cidadania infantojuvenil, assim, deve ser projetada através da compatibilidade entre os processos de subjetivação - reconhecimento, asseguramento e efetivação - e do exercício pleno da subjetividade jurídica, política e social pertinente à criança e ao adolescente. Por isso mesmo, um dos mais significativos conteúdos que se possa atribuir à idéia dessa nova “cidadania infantojuvenil” é precisamente a noção de emancipação da pessoa humana.

Porém, nesses 19 (dezenove) anos da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de se verificarem significativos avanços práticos para a consolidação da cidadania infantojuvenil, também foi possível constatar retrocessos contundentes à subjetividade jurídica, política e social inerente à infância e à juventude.

Mas, é possível dizer que a criança e o adolescente, desde o advento da Constituição da República de 1988, bem como pelas proposições afirmativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos últimos 19 (dezenove) anos, tiveram ampliado o âmbito jurídico, político e social da cidadania infantojuvenil.

Por tudo isso, continua ser plausível tanto jurídica, quanto política e socialmente afirmar que as “Leis de Regência” constituem e subjetivam a infância e a juventude, no Brasil, através da destinação de proteção integral àquelas pessoas que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento, quais sejam: crianças e adolescentes.

Isto é, tanto a Constituição da República de 1988 quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente permanecem, respectivamente, a constituir, através do reconhecimento e da titularização de direitos e garantias afetos à infância e à juventude, bem como através dos processos de subjetivação desses novos sujeitos de direito a capacitação de potencialidades para o exercício responsável da cidadania infantojuvenil. 

A Proteção do Consumidor nos Contratos de Telefonia Móvel e Fixa e a Interpretação Jurisprudencial

Plínio Lacerda Martins

Promotor de Justiça/MG. Professor de Direito do Consumidor. Mestre em Direito pela UGF.

1. INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel informa que o Brasil já conta com mais de 125 milhões de assinantes no serviço celular, denominado serviço móvel pessoal (SMP), sendo que 80% são pré-pagos. Nos últimos meses o Brasil ganhou cerca de 24 milhões de novos assinantes, o que representa 23% de crescimento que, no entanto, não foi acompanhado de estrutura suficiente.

A cada minuto verifica-se que os direitos do consumidor são desrespeitados nos vários setores do mercado. Não obstante a tecnologia de ponta, implementada pelas operadoras do serviço telefônico, o consumidor continua sendo mal atendido, inclusive nos chamados SACs - Serviços de Atendimento ao Consumidor por telefone.

O grande desafio do presente século está relacionado à qualidade do serviço de telefonia móvel e fixo. Nesse sentido, foi inclusive editado o Decreto Federal nº 6.523/08,¹ conhecido como

¹ Decreto nº 6.523 da Presidência da República de 31 de julho de 2008, que entrou em vigor em 01 de dezembro de 2008, complementado pela Portaria nº 2.014 de 13 de outubro de 2008 do Ministério da Justiça, estabelecendo o tempo máximo de atendimento. Ver nesse sentido também a Portaria 49 de 12 de março de 2009 da Secretaria de Direito Econômico,

“lei do SAC” traçando normas relativas ao atendimento ao consumidor, em atenção à teoria da qualidade prevista na norma consumerista.

É cediço que o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, emergiu de comando constitucional, em busca do equilíbrio contratual entre fornecedor e consumidor, com a missão de combater os inúmeros abusos praticados no mercado de consumo. Ressalte-se que a Lei do consumidor prevê que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos, entre outros princípios, o da melhoria dos serviços públicos.²

Em modo consoante dispõe o art. 6, X do CDC, como direito básico do consumidor:

“Art. 6 - São direitos do consumidor:

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Registra-se, ainda, que o CDC, no art. 22, estabelece que “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, **são obrigados** a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” (grifamos).

Assim, resta estampada a conclusão de que as concessionárias, operadoras do serviço de telefonia móvel ou fixo, como fornecedoras de serviço público, são obrigadas a prestar um serviço de excelência ao consumidor, vale dizer, possuem um dever jurídico imposto pela lei do consumidor; *mutatis mutandis*, o consumidor possui o direito subjetivo de obter a qualidade do serviço de telefonia como um serviço público essencial no mercado de consumo,

que considera abusiva a recusa da entrega da gravação das chamadas efetuadas para o serviço de atendimento ao consumidor.

² Lei 8.078/90, Art. 4, VII - *racionalização e melhoria dos serviços públicos*.

devendo ser prestado de forma adequada, eficiente, que busque atender as necessidades dos consumidores, respeitando a sua dignidade, sob pena de ser infringida a norma de ordem pública, e ser a operadora responsabilizada pelo dano causado ao consumidor.

O trabalho ora desenvolvido é fincado na Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações -LGT), na Lei 8.977/85 (regula serviço de TV a cabo) e nas Resoluções Anatel:

- a) Resolução 477/07 (serviço móvel pessoal- SMP)*
- b) Resolução 85/98 (alterada pela Resolução 426/05) que regula o serviço de telefonia fixa (STFC)*
- c) Resolução 460/07 (portabilidade) e,*
- d) Resolução 488/07 (que regula a TV por assinatura)*

2. BREVE HISTÓRICO DO SERVIÇO DE TELEFONIA NO BRASIL

Raquel Dias da Silveira leciona que, em 1939, a Companhia Telefônica Brasileira-CTB vinha conseguindo um atendimento razoável da demanda: “só na cidade do Rio de Janeiro já possuía instalados quase cem mil telefones, atingindo, em média, 5,81 telefones para cada 100 habitantes”, sendo que a ligações interurbanas eram feitas via telefonista, com alto custo para o assinante.³

A Constituição Federal de 1946 estabeleceu a pluralidade de competências para a exploração da telefonia, atribuindo a competência do município para exploração da telefonia local, do Estado para a telefonia intermunicipal, e da União para as telefonias interestaduais e internacionais.

O Código Brasileiro de Telecomunicações foi editado em 1962, surgindo em 1965 a Empresa Brasileira de Telecomunicações - Embratel.

No ano de 1967, a Constituição Brasileira atribuiu à União competência exclusiva para exploração dos serviços telefônicos, surgindo os benefícios da DDI (discagem direta internacional) sem

³ Raquel Dias da Silveira *Regime Jurídico dos Serviços de Telefonia Fixa*. Belo Horizonte: editora Forum, 2003, p. 85.

telefonista, através da TELEBRAS em 1972. Em 1988, a Constituição da República atribui a União o monopólio federal da exploração serviço de telefonia.

A Emenda Constitucional nº 8, editada em 1995, cessa o regime do monopólio com exclusividade de concessão às empresas estatais, estabelecendo a competição com empresas privadas.

Em 1997 surge a Lei 9.472, denominada Lei Geral de Telecomunicações - LGT, com a finalidade de regular o serviço de telefonia fixa e móvel.

Com a flexibilização do monopólio estatal em 1998, foi inaugurada a privatização da Banda “B” de telefonia celular, oportunidade do lançamento da Resolução 85, com tratamento específico para o serviço telefônico fixo comutativo (STFC).

No ano de 2002, é editada a Resolução 316 que regulou o serviço de telefonia celular (SMP), reafirmando a aplicação do CDC.

Em 2005, é editada a Resolução 426 para o STFC, revogando assim a Resolução 85. Nos anos seguintes, foram editadas as resoluções 488 (regulando o serviço de TV por assinatura), 460, implementando a portabilidade nas prestadoras do STFC e do SMP (ano 2007), e a Resolução 477 para SMP, derogando, assim, a Resolução 316 (2008).

3. CONCEITO

O serviço de telefonia está relacionado à definição do que seja telecomunicação. A Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 60, § 1º define a telecomunicação como sendo a “transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” concluindo tratar-se de um conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações.

Floriano Azevedo Marques Neto leciona que o serviço de telecomunicações consiste em um transporte de coisas não físicas (dados, sinais, imagens, etc.) por alguns meios que dão suporte a esta utilidade (fio, meio eletromagnético, ótico). A definição é

aberta e abrangente devido ao fato de ser impossível fixar o conceito de telecomunicações.⁴

No escólio de Rodrigo Tostes, na definição de telecomunicação há três elementos distintos: um que trata do conteúdo ou objeto da telecomunicação (símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza); outro que trata do meio, ou forma, pelo qual transita este conteúdo (por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético), e o terceiro que trata de definir de que tipo de trânsito se trata (transmissão, emissão ou recepção).⁵

Consigna-se que em sede doutrinária, o tratamento jurídico do serviço de telefonia é definido como sendo espectro de radiodifusão, reconhecido como um bem público administrado pela Agência Nacional de Telefonia (Anatel). É de conhecimento notório que o Código Civil divide os bens públicos em bens dominicais (que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público), bens de uso comum do povo (como os rios, estradas, ruas, praças), e bens de uso especial, que são aqueles “destinados a serviço da União, enquadrando o espectro de radiofrequência como bem de uso especial, destinado à prestação do serviço de telecomunicações de titularidade da União” (art. 99 do Código Civil).

4. RECLAMAÇÕES DO SERVIÇO DE TELEFONIA

Na sociedade de consumo, o serviço de telefonia tem sido campeão de reclamações nos órgãos de defesa do consumidor. Com acerto, é possível afirmar que também nos Juizados Especiais Cíveis do nosso país, os serviços de telefonia dominam as demandas propostas. São inúmeras as reclamações formuladas pelos consumidores, importando vício da qualidade do serviço, práticas abusivas e até o vício de informação por parte da operadora.

⁴ Floriano Azevedo Marques Neto. *Direito das Telecomunicações e Anatel. Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁵ Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas. *Direito das Telecomunicações*. Belo Horizonte: editora Forum, 2008. p. 43.

O Procon do Estado de São Paulo chegou, inclusive, a realizar uma estatística envolvendo as principais reclamações dos consumidores em face do serviço telefônico móvel.⁶

Destaca a estatística do Procon/SP que os consumidores não foram informados pelas operadoras das novas regras do serviço móvel de telefonia, tomando ciência através dos veículos de comunicação. Foi assim infringido o dever de informação ao consumidor, prejudicando as expectativas do mesmo, relacionadas ao serviço de telefonia celular.

A pesquisa do Procon/SP apurou que 65,4% dos consumidores não tinham ciência das novas regras do serviço de telefonia móvel que entraram em vigor em fevereiro de 2008, sendo que dentre os que tinham conhecimento, 76,98% ficaram sabendo pela imprensa e apenas 5,66% através de comunicado da própria operadora.

A pesquisa registra, ainda, que 79,25% dos consumidores responderam que acreditam que as mudanças garantem mais direito ao consumidor; todavia, 81,13% não acreditam que haverá uma fiscalização eficiente.

Em relação aos problemas do serviço telefônico, a estatística realça que 54,62% dos consumidores entrevistados confirmam a ocorrência de problemas após 13/02/2008, data em que as novas regras entraram em vigor, revelando os principais problemas:

- a) 22,46%: *cobrança de desbloqueio do aparelho*
- b) 17,15%: *ausência de resposta da operadora (ou resposta não fundamentada)*
- c) 16,18%: *imposição de fidelização e não ressarcimento na forma e prazo de valor cobrado indevidamente.*

5. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO SERVIÇO DE TELEFONIA

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços de telefonia reconhecendo como autêntica relação de consumo firmada entre a operadora e o consumidor como destinatário final.

⁶ Pesquisa do Procon - São Paulo realizada entre 07/04 a 27/04 de 2008 publicada no site do PROCON SP http://www.procon.sp.gov.br/pdf/TEL_MOVEL_2008.pdf.

O Ministro do STJ e doutrinador Herman Benjamin afirma em voto declarado:

“As concessionárias de telefonia são, para todos os fins, fornecedoras, e as suas prestações de serviço aos assinantes-usuários (rectius, consumidores) caracterizam relação jurídica de consumo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor - CDC. Os objetivos, princípios, direitos e obrigações previstos no CDC aplicam-se integralmente aos serviços de telefonia, fixa ou não”.⁷

No mesmo sentido, o Ministro José Delgado afirma que “Infere-se do disposto nos artigos 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor que a relação entre a concessionária de serviço público, considerada como fornecedora aos seus usuários, é indubitavelmente de consumo.”⁸

O art.5º da Lei Geral de Telecomunicações - LGT estabelece que na “disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público”.

A Resolução 426/05 (STFC) da Anatel, que regula os serviços de telefonia fixa, impõe a aplicação do CDC: “Art. 78. Aplicam-se ao contrato de prestação de STFC as regras do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º8.078, de 1990, e suas alterações, salvo hipótese de ser a norma regulamentar mais benéfica ao consumidor”.⁹

⁷ O Ministro Herman Benjamin expressou posicionamento diverso do entendimento do STJ em seu voto vencido, fundamentando que a “telefonia fixa residencial é típico contrato de consumo, na forma estipulada pelo Código de Defesa do Consumidor: há um consumidor-destinatário final (art. 2º, *caput*), há um fornecedor (art. 3º, *caput*) e há um serviço de consumo (art. 3º, § 2º). Recurso Especial nº 1.006.892 - MG (2007/0271242-4), jul. 04.03.2008.

⁸ STJ. Recurso Especial nº 1.018.719 - MT (2007/0305667-8) Relator - Ministro José Delgado.

⁹ No mesmo sentido a Resolução n. 85/98, no art. 51: “Aplicam-se ao contrato de prestação de STFC, no que couber, as regras do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 1990.”

Na mesma linha, a Resolução 477/07, que regula o serviço móvel, estabelece a aplicação do CDC nos serviços de telefonia celular: “Art. 9º Os direitos e deveres previstos neste Regulamento não excluem outros previstos na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, na regulamentação aplicável e nos contratos de prestação firmados com os Usuários do SMP”.

O doutrinador Tostes ensina que há distinção entre usuário e consumidor do serviço de telecomunicações. Usuário do serviço de telecomunicações é todo aquele que, de qualquer maneira, com ou sem contrato formal com uma operadora, utiliza-se de um serviço de telecomunicações, enquanto consumidor do serviço de telecomunicações é todo o usuário que utilize os serviços na qualidade de “destinatário final”, nos termos do art. 2º do CDC.¹⁰

Fato curioso baseou o julgamento de uma empresa, provedora de acesso à internet, que reclamava aplicação do Código do Consumidor em face de uma operadora de serviço telefônico. Nesse processo, indagou-se se a empresa poderia ser reconhecida como consumidora (trata-se de consumo ou insumo?).

O STJ dirimiu a controvérsia no aresto da lavra do Ministro Jorge Scartezzini, afirmando que a empresa pode ser considerada consumidora, desde que seja destinatária final. Inexiste relação de consumo quando a empresa é “consumidora intermediária”.¹¹

O Código do Consumidor vem sendo aplicado amplamente nas demandas entre consumidor e operadoras/comerciantes de telefonia, como ocorre, por exemplo, com a aplicação do princípio da vinculação da oferta publicitária nas vendas de aparelhos telefônicos. Registra o Tribunal de Justiça carioca o julgamento de uma oferta denominada “Promoção do Dia dos Pais do ano de 2006”. O anúncio veiculado em revista oferecia telefone celular no plano pré-pago por determinado preço, quando na verdade ocorreu um equívoco no tocante à modalidade do plano, que seria o pós-pago. O consumidor ficou impedido pela operadora de telefonia

¹⁰ Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas. *Op. cit.* p. 69-70.

¹¹ STJ. Resp 660026/ RJ (2004/0073295-7) - Relator Ministro Jorge Scartezzini - Quarta Turma. jul. 03/05/2005.

de adquirir o telefone pelo preço veiculado. O Tribunal de Justiça reconheceu a aplicação dos arts. 30 e 35 CDC, em decorrência da responsabilidade do risco-proveito do empreendimento.¹²

Outra questão que impõe aplicação do CDC é a da multa contratual. O STJ reconheceu a aplicação da multa de 2% ao invés de 10%, na forma do art. 52, § 1º do CDC, aos contratos de telefonia em que ocorra o inadimplemento do consumidor, muito embora o contrato não envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento. Consigna o *decisum* do STJ, *in verbis*;

*“Aplica-se o disposto no art. 52, § 1º do CDC (Lei n. 8.078/1990) aos contratos de prestação de serviços de telefonia, uma vez que há relação de consumo, logo incidirá o percentual de 2% em decorrência de atraso no pagamento pela prestação dos serviços telefônicos. A Portaria n. 127/1989 do Ministério das Comunicações, a qual estabeleceu multa de 10% a ser cobrada pelo inadimplemento de contas telefônicas, não pode sobrepor-se a uma lei ordinária, de interesse público e hierarquicamente superior àquela. Assim, a Turma, ao prosseguir o julgamento, negou provimento ao recurso”.*¹³

Finalizando, é direito básico do consumidor a informação por parte do serviço telefônico, em atenção ao princípio da transparência máxima, previsto no art.6, III do CDC. Não pode o usuário estar obrigado ao pagamento do que não lhe foi previamente informado, conforme disposto no art. 46 do CDC: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.” A Lei n.º 9.472/97, Lei Geral das Telecomunicações, estabelece, no art. 3º, inc. IV e IX, que:

¹² TJRJ Apelação Cível n.2007.001.66114 - 18ª CC. Des. Cristina Tereza Gaulia - Julg.08/01/08.

¹³ STJ. REsp 436.224 - DF. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. em 18/12/2007.

“Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

IV - à informação adequada sobre as condições de prestação de serviços, suas tarifas e preços.

IX - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos”.

6. PRÁTICAS ABUSIVAS NO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA (STFC)

São inúmeras as práticas abusivas no mercado de telefonia. Uma das mais rotineiras envolve a “venda casada”, repelida pela norma consumerista no art. 39, I do CDC. Assinala o CDC que é vedado ao fornecedor de serviço “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço...”.

No mesmo entendimento, a Resolução da Anatel 426/2005, que regula o serviço de telefonia fixa, dispõe no art. 11, inciso XVIII o direito do usuário de “não ser obrigado ou induzido a consumir serviços ou a adquirir bens ou equipamentos que não sejam de seu interesse, bem como a não ser compelido a se submeter a condição para recebimento do serviço, nos termos deste Regulamento”

A prática da venda casada também é repelida pela Resolução 477/07 que regula o serviço da telefonia móvel (SMP), no art. 6º, XVIII e art. 29.¹⁴

A despeito da vedação, há registro de práticas de venda casada, como por exemplo, na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal com o intuito de impedir que a empresa telefônica impusesse, ao usuário final, a contratação de um provedor de acesso.¹⁵

¹⁴ Dispõe o art. 6º da Res. 477/07, no inciso XVIII: “não ser obrigado a consumir serviços ou a adquirir bens ou equipamentos que não sejam de seu interesse”. O art. 29 da mesma Resolução estabelece: “É vedado à prestadora condicionar a oferta do SMP ao consumo casado de qualquer outro serviço ou facilidade, prestado por seu intermédio ou de suas coligadas, controladas ou controladora, ou oferecer vantagens ao Usuário em virtude da fruição de serviços adicionais ao SMP, ainda que prestados por terceiros.”

¹⁵ Nesse sentido ver Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal da 3ª Vara de Bauru. Processo 2007.61.08.010584-8.

A ação civil pública foi motivada pelos resultados de investigações a respeito de venda casada, em que se apurou que a TELESP/Telefônica exigia, para se contratar o seu serviço de acesso rápido de transmissão de dados (tecnologia ADSL, instalada na própria linha telefônica do assinante - *Speedy* - Banda larga), a contratação de serviço de acesso/conexão à Internet (PCSI), por meio de um provedor. Na sentença, o juiz impôs à empresa telefônica que não exigisse essa intermediação. O serviço de acesso deveria ser oferecido diretamente por ela ao usuário final.¹⁶

Uma das práticas abusivas constatadas no nosso mercado de consumo de serviço de telefonia é a ausência da cópia do contrato. Muita embora a Resolução da Anatel 426/05 o consagre como direito do usuário, este dispositivo é descumprido por parte de operadoras de telefonia. Dispõe a Resolução 426/2005 em seu art.11, inciso XXIII, que é direito do usuário “receber cópia do contrato de prestação de serviço, bem como do plano de serviço contratado, sem qualquer ônus e *independentemente de solicitação*” (grifamos).

Outro direito do consumidor que não é respeitado pelas operadoras de telefonia é o direito de obter uma resposta eficiente para sua reclamação, fato este registrado pelos Procons como rotineiro, embora a Resolução 426/2005 prescreva como direito do usuário o direito de “de resposta eficiente e pronta às suas reclamações e correspondências, pela Prestadora” (art. 11 inciso XII Res. 426/05). Idem em relação ao direito do consumidor de obter atendimento pessoal “que lhe permita efetuar interação relativa à prestação do STFC, nos termos da regulamentação, sendo vedada a substituição do atendimento pessoal pelo oferecimento de autoatendimento por telefone, correio eletrônico ou outras formas similares” (art. 11, inciso XXV, Res. 426/05).

A taxa de religação é outra prática considerada abusiva no serviço de telefonia. Parafraseando o Ministro José Delgado, a

¹⁶ Idem em relação ao tempo do chamado “Plano de Expansão” da Telerj, pois o consumidor pretendia obter a prestação do serviço de telefonia, e não subscrever ações. Ocorria verdadeira venda casada, prática legalmente vedada pelo superveniente Código de Defesa do Consumidor. TJRJ. Agravo de Instrumento nº. 2008.002.12063 19 CC. Rel. Des. Denise Levy Tredler.

taxa de religação é abusiva, “tendo o usuário os encargos legais para suprir a mora, não pode ser cobrada a taxa de religação, por configurar-se esta como *bis in idem* contratual, de caráter punitivo”.¹⁷ A despeito foi, inclusive, ajuizada Ação Civil Pública em face da concessionária de outro serviço público também essencial, o fornecimento de água e esgoto, pleiteando a suspensão da cobrança da taxa de religação em caso de inadimplemento; foi obtida sentença favorável ao pedido, determinando a não cobrança de serviço de religação e “a devolução dos valores pagos, em dobro, pelo período de até cinco anos antes da propositura da ação”.¹⁸

É frequente a inclusão do nome do consumidor nos cadastros de restrição de crédito, por débitos no serviço telefônico. Chegou-se inclusive a editar lei proibindo as empresas prestadoras de serviços públicos de inscrever nos bancos de dados dos órgãos de proteção ao crédito os usuários inadimplentes. No entanto, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual.¹⁹

Todavia, há abusividade no registro de lançamentos indevidos, como na hipótese de falha na entrega da conta no endereço contratado. Esclarece o Ministro Sálvio de Figueiredo que a inclusão do assinante nos cadastros de inadimplentes, que se originou da negligência da prestadora no envio correto da fatura, inclusive

¹⁷ STJ. Recurso Especial nº 1.018.719 - MT (2007/0305667-8) Relator - Ministro José Delgado.

¹⁸ TJRJ. Apelação Cível 2006.001.39533. Relator Des. Gilberto Rego - 6 CC. Julg: 07/03/2007.

¹⁹ Lei nº 3.762/02 do Estado do Rio de Janeiro, que proibia as empresas prestadoras de serviços públicos de inscrever nos bancos de dados dos órgãos de proteção ao crédito os usuários inadimplentes residentes ou domiciliados no Estado do Rio de Janeiro. O TJRJ acolheu o voto do desembargador Sylvio Capanema, que considerou um incentivo à inadimplência a não inclusão do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, reconhecendo a competência das Agências Reguladoras para organizar os respectivos sistemas. O fundamento da inconstitucionalidade consiste na subtração dos agentes econômicos da informação sobre inadimplência, confrontando com a garantia constitucional do direito à informação, consubstanciada nos incisos XIV e XXXIII do art. 5º da CF, invasão da seara de regulamentação específica das atividades de competência da Agência Reguladora (Anatel), cujas normas admitem, expressamente, o registro das inadimplências de serviços de telefonia nos cadastros de proteção ao crédito e ainda, invasão a competência privativa da União sobre telecomunicações (Lei Federal 9.472/97).

em não diligenciar na localização do devedor, cujo endereço poderia ser obtido até mesmo por telefone, é uma prática abusiva.²⁰

Também a inclusão indevida do nome do autor nos cadastros restritivos de crédito, sob alegação de débito relativo à multa rescisória por determinado período envolvendo a cláusula de fidelidade é outra prática abusiva.²¹

A prestadora de serviços de telefonia fixa de longa distância responde pela inclusão indevida do nome do consumidor em órgão restritivo de crédito, por dívida referente à “má prestação de serviços” da operadora local no repasse das informações à empresa, gerada por suposto uso de serviços telefônicos que o consumidor não solicitou ou mesmo utilizou-se.²²

A Resolução da Anatel 426/2005 estabelece no art. 11, inciso XXIV o direito do usuário “à comunicação prévia da inclusão do nome do assinante em cadastros, bancos de dados, fichas ou registros de inadimplentes, condicionado à manutenção de seu cadastro atualizado junto à prestadora”, descrevendo a Resolução 477/07 (SMP) no art. 51, § 3º que é “vedada a inclusão de registro de débito do Usuário em sistemas de proteção ao crédito antes da rescisão do Contrato de Prestação do SMP prevista no inciso III deste artigo, podendo a Prestadora, após rescindido o contrato de prestação de serviço por inadimplência, incluir o registro de débito em sistemas de proteção ao crédito, desde que notifique ao Usuário por escrito com antecedência de 15 (quinze) dias”.

A cobrança dos débitos telefônicos pelas operadoras é outra prática rotineira contrária ao ordenamento jurídico. O CDC estabelece que na “cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça” (Art. 42 CDC.).

A Resolução nº426/2005 estabelece o método da cobrança para que o consumidor não seja exposto a qualquer tipo de

²⁰ STJ. Recurso Especial nº 327.420 - DF (2001/0065017-4) - Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ: 04/02/2002.

²¹ Nesse sentido ver acórdão TJRJ. Apelação cível n. 2008.001.09044 - 19ª CC. Des. Denise Levy Tredler - Julg: 25/03/2008.

²² Ver aresto - STJ. REsp 790.992-RO, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 24/4/2007.

constrangimento. O art. 93 da resolução em comento afirma que a “prestadora deve apresentar a cobrança ao assinante no prazo máximo de 60 (sessenta), 90 (noventa) e 150 (cento e cinquenta) dias, para as modalidades local, longa distância nacional e longa distância internacional, respectivamente, contados a partir da efetiva prestação do serviço”, sendo que a “cobrança de serviço prestado após os prazos estabelecidos neste artigo **deve ocorrer em fatura separada, sem acréscimo de encargos, e mediante negociação prévia entre a prestadora e o assinante**”(§ 1º, grifamos). Na negociação, a prestadora deve parcelar os valores, no mínimo, pelo número de meses correspondentes ao período de atraso na apresentação da cobrança (§ 2º), fato este não obedecido pelas operadoras, e considerado como autêntica prática abusiva.

Finaliza o art. 93, § 3º afirmando que a prestadora não pode suspender a prestação do serviço ou impor qualquer restrição ao usuário em virtude de débitos apresentados a ele fora dos prazos estabelecidos neste artigo, fato este também ignorado pelas operadoras de telefonia.

Na repetição do indébito, a Resolução 426/05 da Anatel optou pela concepção objetiva ao invés da concepção subjetiva. Ao nosso aviso, agiu com acerto a Resolução da Anatel, atendendo assim à interpretação teleológica do CDC, muito embora a jurisprudência venha adotando a concepção subjetiva, com fundamento inclusive na Súmula 159 do STF.²³

O art. 42 do CDC estabelece que o “consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”. Na lição da doutrinadora gaúcha Cláudia Lima Marques, a interpretação objetiva significa que engano justificável é o fator externo, ou seja, caso fortuito externo, não podendo a empresa se eximir da responsabilidade pela cobrança indevida

²³ Súmula 159 do STF “cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil”.

alegando ausência da culpa, já que a responsabilidade é objetiva.²⁴

Da leitura da Resolução 426/2005, conclui-se que não há hipótese de “engano justificável” a impedir a repetição do indébito a favor do consumidor, não constando na referida resolução esta expressão, em atenção à teoria da qualidade, estabelecendo o art. 98 *in verbis*: “A devolução de valores cobrados indevidamente, deve ocorrer no próximo documento de cobrança ou outro meio indicado pelo usuário”, assegurando ainda que o “usuário que efetuar pagamento de quantia cobrada indevidamente *tem direito à devolução de valor igual ao dobro do que pagou em excesso*, acrescido dos mesmos encargos aplicados pela prestadora aos valores pagos em atraso” (parágrafo único, destacamos).

A Resolução 477/07, que regula o serviço móvel pessoal, também consagra a concepção objetiva, ao consignar que a empresa de telefonia que cobra indevidamente o valor deverá devolver em dobro em até 30 dias após a contestação da cobrança indevida (art. 71), prescrevendo que “os valores cobrados indevidamente *devem ser devolvidos em valor igual ao dobro do que foi pago em excesso*, acrescidos de correção monetária e juros legais (art.71, parágrafo único - destaque nosso).

Entre as inúmeras práticas abusivas do serviço de telefonia, realçamos a questão da assinatura básica. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), que a autoriza, desde que prevista no edital e no contrato de concessão.

A jurisprudência do STJ afirma que a “tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade de a concessionária manter disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, o serviço de telefonia ao assinante, o que

²⁴ Recomendamos a leitura do artigo da lavra de Luiz Cláudio Carvalho de Almeida. “A Repetição do Indébito em Dobro no Caso de Cobrança Indevida de Dívida Oriunda de Relação de Consumo como Hipótese de Aplicação dos *Punitive Damages* no Direito Brasileiro”. In *Revista de Direito do Consumidor*. RT, v. 54.

lhe exige dispêndios financeiros para garantir sua eficiência”.²⁵ O STJ chegou inclusive a editar a Súmula nº 356 que afiança: “É legítima a cobrança a tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”.

Contudo, sustentamos o entendimento de que a cobrança da assinatura básica é uma prática abusiva, *data venia* a inteligência do STJ. Com habitual maestria, Herman Benjamin assevera, em relação à assinatura básica, que viola o art. 39, I do CDC, ao obrigar o usuário a adquirir uma franquia de pulsos (a consumir), independentemente do uso efetivo, condicionando, assim, o fornecimento do serviço, sem justa causa, a limites quantitativos; infringe o CDC, pois constitui vantagem exagerada, uma vez que “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence” (art. 51, § 1º, I), notadamente os princípios do amplo acesso ao serviço, da garantia de tarifas e preços razoáveis (art. 2º, I, da LGT) e da vedação da discriminação (art. 3º, III, da LGT); mostra-se excessivamente onerosa (art. 51, § 1º, III, do CDC) ao impor o pagamento de quantia considerável (cerca de 10% do salário-mínimo só pela oferta do serviço) ao assinante que utiliza muito pouco o serviço público; e importa desequilíbrio na relação contratual (art. 51, § 1º, II, do CDC), já que, ao mesmo tempo em que onera excessivamente o usuário, proporciona arrecadação extraordinária às concessionárias (cerca de treze bilhões de reais por ano, conforme consta da página eletrônica da ANATEL).²⁶

7. PRÁTICAS ABUSIVAS NO SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL (SMP)

A publicidade enganosa é uma rotina praticada livremente no mercado de telefonia celular. Em Minas Gerais, o Ministério Público chegou a ajuizar Ação Coletiva com o objetivo de repelir

²⁵ STJ entende legítima a cobrança de assinatura básica. Resp 911.802-RS, Rel. Min. José Delgado, julg. 24/10/2007.

²⁶ No voto proferido pelo Min. Benjamin consta ainda que a cobrança da assinatura básica é ilegal, por não estar prevista e autorizada pela LGT, havendo *in casu* afronta ao princípio da legalidade por parte da ANATEL ao prevê-la em Resolução, fato este com que não concordamos em razão do art. 93, VII da lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações -LGT), que a autoriza, desde que prevista no edital e no contrato de concessão. Recurso Especial nº 1.006.892 - MG (2007/0271242-4), jul. 04.03.2008.

a prática abusiva relacionada a uma empresa que veiculou em jornal de grande circulação no Estado de Minas Gerais o seguinte anúncio: “Deu a Louca no Ricardão”. O anúncio informava aos leitores que seriam vendidos pela empresa celulares por R\$ 29,90, a saber, os aparelhos Nokia 2160 e 5120, fato este que não ocorreu.²⁷

Uma das práticas também rotineiras efetivadas pelas operadoras de telefonia celular envolve o envio de mensagens não solicitadas para celulares, que o consumidor paga quando tem que acessar sua caixa postal para ouvi-las, ou mesmo publicidades veiculadas ao consumidor que aguarda na linha telefônica o atendimento de suas solicitações, sendo prática vedada pelo art. 33, parágrafo único do CDC.²⁸

Outra prática abusiva executada pelas operadoras do serviço de telefonia móvel é a exigência de boletim de ocorrência policial para proceder ao bloqueio do aparelho celular em razão de extravio. O consumidor que extraviou o aparelho celular, aflito com a perda do aparelho, busca em sua operadora o pronto serviço do bloqueio, sendo surpreendido com a exigência da confecção do boletim de ocorrência policial, sob pena de não se concretizar o bloqueio solicitado.

Tal prática é considerada abusiva, motivando o Ministério Público a propor Ação Civil Pública contra operadoras em razão da exigência, pois o extravio do aparelho celular não constitui fato que enseje atuação policial a ponto de justificar a lavratura de boletim de ocorrência, sendo irrazoável, com onerosidade excessiva para o consumidor, ofendendo inclusive a boa-fé do mesmo. O fato é completamente estranho à atividade policial, tornando impertinente a lavratura da ocorrência na Polícia, caracterizando conduta abusiva prevista pelo art. 39, V do Código

²⁷ Ação Civil Coletiva movida pelo Ministério Público do Estado De Minas Gerais contra Ricardo Eletro Divinópolis Ltda., cuja sentença condenou a empresa a pagar uma indenização de 50 salários mínimos. TJMG. Apelação cível n° 1.0079.01.011207-0/001 - 11 CC. Rel. Des. Fernando Caldeira Brant julg. 07. 06.2006.

²⁸ Estabelece o art. 33, parágrafo único do CDC: “É proibida a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que origina”.

de Defesa do Consumidor, e que se mostra excessivamente onerosa ao consumidor.²⁹

Outro abuso observado no mercado de consumo envolve a cláusula de fidelidade prevista no contrato de adesão firmado com o consumidor.

Lamentavelmente, a Resolução 477/07, que regula o serviço de telefonia móvel, não extinguiu a “cláusula de fidelidade”, deixando de reconhecer como abuso praticado pelas operadoras, limitando-se apenas a regulamentar o tema.

A Resolução da Anatel consigna que a prestadora do serviço móvel pessoal “poderá oferecer benefícios aos seus Usuários e, em contrapartida, exigir que os mesmos permaneçam vinculados à prestadora por um prazo mínimo”. Dispõe o art. 40 da Resolução 477/07 que a “prestadora do Serviço Móvel Pessoal poderá oferecer benefícios aos seus Usuários e, em contrapartida, exigir que os mesmos permaneçam vinculados à prestadora por um prazo mínimo”. Os benefícios poderão ser de dois tipos:

- a) Aquisição de Estação Móvel, em que o preço cobrado pelo aparelho terá um valor abaixo do que é praticado no mercado; ou*
- b) Pecuniário, em que a prestadora oferece vantagens ao Usuário, em forma de preços de público mais acessíveis, durante todo o prazo de permanência. (§ 1º)*

A Jurisprudência vem reconhecendo a legalidade da cláusula de fidelização constante no contrato de telefonia celular em face do princípio da segurança jurídica do contrato, considerada como cláusula penal, em razão da desistência do consumidor.

Assevera Letícia Sardas, citando Oswaldo Henrique Freixinho:

“...analisando a natureza jurídica da multa oriunda da cláusula de fidelidade, constante do contrato pactuado entre as

²⁹ Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro (Processo 2008.001.014003-1), em face da operadora TIM, pela exigência de apresentação de Boletim de Ocorrência Policial para bloqueio.

*partes litigantes, acertadamente concluiu pela inexistência de abusividade a justificar o acolhimento da pretensão deduzida em juízo. É que, como cláusula penal, a referida multa nada mais é do que a prefixação dos danos sofridos pela empresa com o investimento realizado em favor do cliente, sendo, portanto, perfeitamente válida e eficaz.”*³⁰

Todavia, as reclamações registradas por consumidores decorrem exatamente do inadimplemento por parte das operadoras em relação à qualidade do serviço prestado, o que configura quebra de contrato em decorrência do vício de qualidade do serviço, razão da desistência do consumidor do contrato, configurando a cláusula de fidelidade autêntica prisão ao serviço da telefonia.³¹

Estabelece o art. 51, IV do CDC que são nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Logo, a cláusula contratual que ofende o princípio da boa-fé objetiva é considerada nula, pois o consumidor teve a sua expectativa frustrada, pelo abuso da confiança por ele depositada.

Há contratos celebrados entre as empresas de telefonia e os usuários que possuem previsão de um prazo de carência de 12 a 24 meses, dentro do qual a rescisão fica subordinada ao pagamento de um valor, proporcional ao número de meses faltantes para o seu término, e que é cobrado mesmo em caso de roubo ou furto do aparelho celular. Tendo havido o furto ou roubo do aparelho, o consumidor, que é a vítima, não contribuiu culposamente para o extravio do aparelho, não sendo justa a cobrança da “cláusula de fidelidade”.

³⁰ Apelação Cível n.º 2008.001.18871 - TJRJ. Rel. Leticia Sardas.

³¹ Nesse sentido, ver Apelação Cível 2008.001.09044, do TJRJ da lavra da Des. Denise Levy Tredler, que reconheceu a não aplicação da cláusula de fidelidade por determinado período, havendo defeito no serviço e ausência de culpa do consumidor. Aplicação do artigo 408 do Código Civil. Circunstâncias configuradoras de aborrecimento que ultrapassa a barreira da normalidade, atingindo direito da personalidade do consumidor.

Considerando que a cláusula penal varia em até 100% do valor total da obrigação, mostrando-se excessiva para o consumidor, o Juiz pode reduzi-la, em razão da ofensa aos princípios da razoabilidade e da boa-fé na relação contratual firmada.

Nesse sentido foi ajuizada ação para coibir esta prática abusiva, sendo proferida sentença julgando procedente o pedido, condenando a empresa de telefonia celular a se abster de cobrar qualquer multa, tarifa, taxa ou valor por resolução de contrato decorrente de força maior ou caso fortuito, especialmente em hipóteses de roubo e furto do telefone celular, bem como a reduzir o valor constante da cláusula penal dos seus contratos para o equivalente a 3 meses de franquia. “Não há que se falar em sanção contratual se não houve inexecução, mas tão somente esvaziamento material do objeto do contrato, por caso fortuito ou força maior, especialmente no caso de roubo ou furto comprovado por registro de ocorrência, restando a cobrança da multa por rescisão ilegal e indevida”.³²

A cláusula de fidelidade também é considerada abusiva quando o consumidor requer o cancelamento do contrato por ausência de sinal. Todavia, o reconhecimento da abusividade e cancelamento da cláusula somente ocorrem na Justiça. “Com efeito, revela-se absurda a pretensão das empresas prestadoras de serviços que incluem nos contratos tal tipo de cláusula, impondo ao consumidor a permanência injustificada como assinante durante determinado período de tempo, ainda que o serviço prestado não tenha atendido a contento às expectativas do contratante, como é o caso da presente hipótese”.³³

A Resolução 477/07 da Anatel prescreve, em relação à desistência do benefício, que “O Usuário pode se desvincular a qual-

³² TJRJ. 15ª CC. Apelação cível nº 21.660/07. Rel. Desembargadora Helda Lima Meireles. Também foi ajuizada ACP para declarar abusiva a multa cobrada; fixação que deve consistir em um mês de franquia do plano contratado pelo consumidor, *pro rata*, não podendo o valor ultrapassar o menor pagamento mínimo mensal fixado para os planos de serviço pós-pago da Tim Celular na forma simples, mantidas as demais condenações (TJRJ. 2005.001.31312 - Apelação Cível - 16ª CC. Des. Siro Darlan de Oliveira - julg. 21/03/2006).

³³ TJRJ. 1ª CC. Apelação nº 33015/2008 Relator: Desembargador Ernani Klausner.

quer momento do benefício oferecido pela prestadora”, deixando patente a possibilidade da cobrança da multa rescisória (art. 40, § 7º). Contudo, no caso de vício de qualidade do serviço atribuído à própria Operadora, a Resolução assegura a impossibilidade da cobrança, em razão de descumprimento de obrigação contratual. Entretanto resta uma indagação: O ônus da prova em relação ao vício ou defeito no serviço telefonia é do consumidor ou do fornecedor? Quem possui o ônus da prova? O ônus é *ope judicis* ou *ope legis*?

A própria Resolução 477/07, no § 8º, do art. 40 assim responde, *in verbis*: “No caso de desistência dos benefícios por parte do Usuário antes do prazo final estabelecido no instrumento contratual, poderá existir multa de rescisão, justa e razoável, devendo ser proporcional ao tempo restante para o término desse prazo final, bem como ao valor do benefício oferecido, salvo se a desistência for solicitada em razão de descumprimento de obrigação contratual ou legal por parte da Prestadora, *cabendo à Prestadora o ônus da prova da não procedência do alegado pelo Usuário.* (destacamos).

A Resolução da Anatel conclui, em relação à cláusula de fidelização, que o tempo máximo do prazo de permanência é de 12 (doze) meses devendo a cláusula contratual ser explícita, de maneira clara e inequívoca, no instrumento próprio firmado entre a prestadora e o usuário (art. 40 § 9º e § 10).

O oferecimento de produtos por meio de “torpedos” é considerado uma prática abusiva, pois sempre que recebe um “torpedo” o consumidor verifica o seu conteúdo, de forma a conhecer o comunicado que lhe estão enviando. Se o torpedo contiver promoções e campanhas publicitárias, os consumidores são necessariamente constrangidos a conhecê-las, mesmo que nisso não tenha qualquer interesse, razão inclusive de ajuizamento de Ação Civil Pública por parte do Ministério Público.³⁴

³⁴ Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em face da TNL PCS S.A (“OI”) TJRJ. Apelação cível nº 2008.001.196194-0. A Lei Estadual do Rio de Janeiro, nº 4.863/06 prevê que as operadoras de telefonia celular facultarão aos seus clientes, por ocasião da contratação, a opção de receber ou não “torpedos” referentes a promoções e campanhas publicitárias.

Interessante é que a própria Resolução da Anatel nº 477/07 (SMP) estabelece como direito do usuário o “não recebimento de mensagem de cunho publicitário da prestadora em sua Estação Móvel, salvo na hipótese de consentimento prévio”(art. 6º, inciso XXIV).

A dificuldade de cancelamento da linha telefônica é outra prática abusiva apontada pelos consumidores. Na ação proposta pelo Ministério Público Estadual, consta a ocorrência de um consumidor que só conseguiu cancelar o serviço decorridos 5 (cinco) meses, após diversas tentativas, o que retrata a dificuldade inadmissível para o exercício de um direito, mantendo o consumidor vinculado contratualmente à empresa de telefonia e obrigado ao pagamento das respectivas tarifas.³⁵

As lojas das operadoras de telefonia celular, embora tenham autonomia para realizar abertura de contas, mudança e transferência de planos, não possuem poderes para proceder ao cancelamento da linha telefônica, dependendo de autorização da “operadora central”, obrigando o consumidor a continuar pagando pelo serviço pelo qual já manifestou o seu desinteresse. O mesmo acontece nos *sites* das operadoras de telefonia celular, que contêm ofertas de serviços, inexistindo o ícone de cancelamento automático do serviço telefônico.

Apesar disso, a Resolução 477/07, no art. 23, estabelece que o Contrato de Prestação do SMP pode ser rescindido e a “desativação da Estação Móvel do Usuário, decorrente da rescisão do Contrato de Prestação do SMP, deve ser efetivada pela prestadora em até 24 (vinte e quatro) horas, a partir da solicitação, sem ônus para o usuário (§ 1º.), afirmando ainda a Resolução da Anatel que “no caso de rescisão a pedido do usuário, a prestadora deve informar imediatamente número sequencial de protocolo, com data e hora, que comprove o pedido, e efetuar a rescisão em até 24 (vinte e quatro) horas do recebimento do pedido, independentemente da existência de débitos”, fato este ignorado pelas operadoras.

³⁵ Ação Civil Pública proposta pelo MPE em face da operadora TIM. TJRJ. Apelação Cível 2008001128078-0.

Há também a prática, no mercado de telefonia celular, de que o pedido de cancelamento só possa ser aceito após a quitação do débito. Sem embargo, a operadora viola a Resolução 477 da Anatel que dispõe, no art. 23, que o contrato de prestação do SMP pode ser rescindido a pedido do Usuário, a qualquer tempo, sendo que a prestadora não pode efetuar qualquer cobrança referente a serviços prestados após decorridas 24 (vinte e quatro) horas da solicitação de rescisão, assumindo o ônus de eventuais encargos, inclusive perante as demais prestadoras de serviços de telecomunicações (§ 9º), considerando como falta grave, punida nos termos da regulamentação, a retenção de qualquer pedido de rescisão de contrato (§ 11).

Outro fator de reclamação contra o serviço de telefonia móvel está relacionado à questão dos celulares “pré-pagos”, envolvendo a estipulação de prazo de validade para a utilização de créditos na modalidade pré-paga da telefonia celular. A extinção do prazo de validade de cartões pré-pagos de telefonia móvel demonstra um desequilíbrio para o consumidor, que carece de auxílio.

O Procon chegou a registrar reclamações de consumidores contra prestadoras de telefonia, relativas à revalidação dos créditos vencidos quando o usuário inseria novos créditos, nos cartões pré-pagos de telefonia móvel. Hodiernamente, este fato está superado, em razão da norma da Anatel que estabelece que os créditos podem estar sujeitos a prazo de validade; no entanto, sempre “que o Usuário inserir novos créditos a saldo existente, a prestadora deverá revalidar a totalidade do saldo de crédito resultante pelo maior prazo, entre o prazo dos novos créditos inseridos e o prazo restante do crédito anterior”(art. 62, § 3º da Resolução 477), prescrevendo ainda que no “caso de inserção de novos créditos, antes do prazo previsto para rescisão do contrato, os créditos não utilizados e com prazo de validade expirado serão revalidados pelo mesmo prazo dos novos créditos adquiridos” (art. 62, § 4º).

Nos serviços telefônicos “pós-pagos”, a abusividade consiste em não repassar para os meses subsequentes os minutos de conversação pagos pelo consumidor e que não foram efetivamente utilizados, como por exemplo, “plano 180 minutos”, sendo que o consumidor utilizou somente 80 minutos.

Resta assim configurado o enriquecimento ilícito por parte da operadora de telefonia celular, ao não repassar para os meses subsequentes os minutos de conversação pagos pelo consumidor e que não foram efetivamente utilizados.³⁶

As práticas abusivas envolvem inclusive os fabricantes de aparelhos celulares e as operadoras de telefonia, consoante inúmeras reclamações de aparelhos com suas funcionalidades bloqueadas, sobretudo com relação aos dispositivos que permitem que o celular troque informações com outros celulares, computadores, entre outros aparelhos eletrônicos, mecanismo conhecido como “Bluetooth”. Há a ausência de informação ao consumidor, vez que o bloqueio do “Bluetooth” não foi informado na oferta do produto, o que indica a existência de vício do produto, por não atender às legítimas expectativas do consumidor (artigo 18 do C.D.C.)³⁷

A Resolução 477, no art. 72, indica que o Usuário deve ser informado sobre os aspectos relativos às programações incluídas nas facilidades dos Planos de Serviço e eventuais bloqueios na Estação Móvel ou na Central de Comutação e Controle, antes de qualquer ato que indique adesão ao plano, devendo ainda ser informado sobre a faculdade de alteração da programação das facilidades e dos bloqueios, durante o prazo de carência do Plano de Serviço. (§ 1º).

Em relação à cobrança do serviço de telefonia celular, a Resolução da Anatel prevê a possibilidade de que ocorra em fatura separada, asseverando no dispositivo previsto no art. 45, que a Prestadora deve apresentar ao Usuário a cobrança dos valores re-

³⁶ Foi ajuizada ACP pelo MPE. em face da operadora VIVO, sendo o pedido julgado procedente, determinando à empresa que cumule os minutos não utilizados pelo consumidor no plano pós-pago, para sua utilização nos meses subsequentes. Processo: 2008.001.011524-3 - Cartório da 4ª Vara Empresarial Rio de Janeiro. Juíza Fernanda Galliza do Amaral. Jul. 30/01/2009. Ver tb. ação coletiva de consumo TJRJ. Apelação civil 2008.001.074012-5.

³⁷ Ação proposta contra a operadora VIVO, pelo fato de os aparelhos celulares da marca LG, operados pela VIVO, encontrarem-se com suas funcionalidades bloqueadas. A LG sustenta que o bloqueio foi determinado pela operadora VIVO para restringir o acesso a conteúdos exclusivamente fornecidos por esta, enquanto a VIVO afirma que a prática visa combater a pirataria. O bloqueio do “Bluetooth” deveria ser realizado de forma onerosa através da assistência técnica. TJRJ. Apelação Cível. Processo 2007.001.244703-4.

lativos aos serviços prestados no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da efetiva prestação do serviço. A cobrança em prazo superior deve ocorrer em fatura separada, sem acréscimo de encargos, e a forma de pagamento ser objeto de negociação prévia entre a prestadora e o Usuário (§ 1º); deve ser ofertada a possibilidade de parcelamento dos valores pelo número de meses correspondentes ao período de atraso na apresentação da cobrança (§ 2º), fato este não verificado, e razão de inúmeras reclamações nos órgãos de proteção ao consumidor.

8. PRÁTICAS ABUSIVAS NO SERVIÇO DE TV A CABO

O serviço de TV a cabo, conhecido como serviço de TV por assinatura, é um serviço de telecomunicações, e, ainda que regido pela Lei 8.977/95, submete-se à regulação da Agência de Telecomunicações.³⁸ A própria Lei nº 8.977/95 define que “*O serviço de TV a CABO é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio a assinantes, mediante transporte por meios físicos*” (artigo 2º).

A Anatel informa que atualmente existem, no país, quatro serviços diferentes de TV por Assinatura, regulamentados em função da tecnologia utilizada em sua operação: Serviço de TV a Cabo, Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanais (MMDS), Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH), e o Serviço Especial de TV por Assinatura (TVA).³⁹

Uma das práticas abusivas constatadas no serviço de TV por assinatura envolve a questão do ponto extra. Em Minas Gerais, o Procon Estadual chegou a editar a Nota Técnica nº 07/2005, reconhecendo como prática abusiva a cobrança por ponto adicional de TV a cabo na residência do assinante, em virtude do princípio do equilíbrio das relações de consumo.⁴⁰

³⁸ Conforme ensinamentos de Rodrigo Tostes, *Op.cit.* p. 47.

³⁹ Fonte: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>.

⁴⁰ Nota Técnica n. 07 do Procon Estadual de Minas Gerais traduzindo a ementa: “Em virtude do princípio do equilíbrio das relações de consumo, é prática abusiva a cobrança por ponto adicional de TV a CABO na residência do assinante”.

Inicialmente, a Norma Técnica define o que representa a terminologia “ponto extra”, em diferenciação com o que se denomina “ponto escravo”, terminologia esta adotada pelas concessionárias.⁴¹

A terminologia “ponto escravo” é empregada para definir um ponto de recepção do sinal de radiodifusão que não seja autônomo, pois não existe possibilidade de se alterar a programação através dele, sendo totalmente dependente do ponto principal. Essa terminologia é utilizada ao ponto advindo do ato de se colocar um “divisor de cabo” (*splitter*) após o decodificador de sinal, de maneira que sejam conectados dois ou mais aparelhos de televisão.⁴² Quanto às conexões denominadas “ponto escravo”, as concessionárias não impõem quaisquer restrições, inclusive esclarecem ao consumidor que ele pode conectar aparelhos de TV após o decodificador.

Já a terminologia “ponto extra” ou “ponto adicional” é empregada ao ponto que se encontra instalado na mesma dependência em que se encontra o ponto principal, mas o sinal de radiodifusão é recebido de modo autônomo e simultâneo. Dessa maneira o ponto extra, quando conectado a um segundo aparelho de televisão, na mesma dependência do usuário, permite que se acesse o sinal de radiodifusão de maneira autônoma do ponto principal, de modo a que se possa assistir simultaneamente programações distintas. O “ponto extra” pressupõe o regular acesso como assinante ao serviço de TV a CABO e deve ser instalado dentro da dependência do usuário, para fins iguais ao do ponto principal - lazer, sem finalidades comerciais.⁴³

⁴¹ Conceito extraído da norma técnica do Procon Estadual de Minas Gerais, Norma Técnica nº 07/2005.

⁴² Dessa maneira, esclarece a nota técnica do Procon, “verifica-se que há o ponto principal, no qual se recebe o sinal codificado e se encontra o decodificador, permitindo a troca da programação, e um segundo ponto (ou mais), que é/são denominado(s) “ponto escravo”. Assim, o aparelho de televisão conectado ao “ponto escravo” não irá gerar uma programação que seja independente, ou seja, não se pode acompanhar de maneira simultânea a programação no segundo televisor, mas tão somente a programação que esteja sendo veiculada no ponto principal. A programação a se assistir será a mesma em todas as conexões e somente no ponto principal se consegue modificá-la. Cf. extraído norma Técnica, *op cit.*

⁴³ Norma Técnica, *op cit.*

A norma técnica do Procon conclui que a prestação de serviço de TV a CABO, por meio de cobrança de valores pelas concessionárias, tendo como fatos geradores a instalação e utilização de “pontos extras” (pontos adicionais), constitui uma prática ilegal, tendo em vista que a política tarifária prevista na lei que os regulamenta não contempla a possibilidade de que sejam cobrados. Trata-se de prática abusiva, em conformidade ao artigo 39, inciso V da Lei Federal 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que afirma, ainda, que no contrato de prestação de serviços de TV a CABO, a previsão pelas operadoras da cobrança de valores referentes à utilização de “pontos extras” do assinante é cláusula nula de pleno direito, pois contempla uma prática abusiva, em conformidade ao artigo 51, inciso IV, da Lei Federal 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

A Resolução nº 488 da Anatel é precisa ao determinar, em seu artigo 29, que o ponto extra ou o ponto de extensão é direito do assinante, sem qualquer tipo de ônus, “independentemente do Plano de Serviço contratado”.

Contudo, o artigo 30 da mesma Resolução dispõe a possibilidade da cobrança, afirmando que “a prestadora somente poderá cobrar, no que concerne ao ponto extra, a instalação, a ativação e a manutenção de rede interna”.

Ao nosso juízo, a cobrança pelo ponto extra constitui uma prática abusiva, malgrado a Resolução da Anatel admitir a possibilidade da cobrança, envolvendo o custo do gerenciamento do negócio ofertado ao consumidor.⁴⁴

⁴⁴ Recentemente foi editada a Res. 528 da Anatel, em 17 de abril de 2009, que confirma a proibição, em definitivo, da cobrança de ponto extra. Contudo, a própria Anatel voltou atrás e decidiu que as operadoras de TV por assinatura podem cobrar pelo ponto extra, argumentando que a cobrança pode ser feita desde que não seja pelo serviço ofertado (programação), e sim pelo aluguel do equipamento. ABTA está também questionando a nulidade da Resolução nº 528. Há uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, que questiona a eficácia da Resolução anterior (Resolução nº. 488/08). Processo nº 2005.001.161388-7.

O ICMS e a Guerra Fiscal entre os Estados

Vinicius Figueiredo Chaves

Advogado, pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV - Escola de Direito/Rio, com extensões em Direito Tributário e Direito Societário e Mercado de Capitais. Professor Convidado do MBA da FGV e da Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá.

1. INTRODUÇÃO

O homem esteve sempre em guerra, por motivos territoriais, econômicos ou ideológicos.

A história demonstra que os confrontos se iniciam por um conflito de interesses e que as ações ofensivas normalmente encontram resistência e contraofensivas da outra parte, as quais também são prontamente respondidas, até que predomine a força de um dos oponentes, através da dominação ou desistência do outro.

Em síntese, essas são algumas das facetas da guerra convencional, tão difundida e verificada ao longo da história da humanidade.

Mas a guerra não admite apenas seu conceito clássico. Novas formas de conflitos de interesses são novas formas de guerra.

Algumas das novas formas de conflito não se valem das armas tradicionais. Mas naquelas existem, com a mesma intensidade, a luta violenta, a competição e, portanto, a derrota ou a vitória como consequências.

No Brasil, em meio a tantas outras guerras não convencionais, o termo “guerra fiscal” vem se popularizando nos últimos anos, devido a sua grande exposição na mídia.

A cada dia, são veiculadas notícias sobre questões envolvendo o tema, cuja importância não se pode negar.

No entanto, ao contrário do que muitos pensam, não são recentes os incentivos fiscais que se caracterizam como instrumentos dessa nova guerra.

Eles são concedidos pelos entes tributantes desde a década de 60. Todavia, somente no início da década de 90, eles se generalizaram, em parte pela nova sistemática tributária nacional, introduzida pela Constituição de 1988.

A relevância do tema o alçou a objeto de debate nas últimas eleições para os governos dos Estados, ocasião em que alguns candidatos se manifestaram a favor e outros, contra¹.

O tema é bastante polêmico e não permite a indiferença: simpatia total ou oposição feroz.

A discussão não pode, entretanto, restringir-se às esferas políticas e empresariais, por seus importantes impactos no universo do Direito.

Por outro lado, muito frequentemente as opiniões difundidas vão de encontro à legislação específica, porque não são baseadas em estudos aprofundados sobre a matéria.

A complexidade das questões que envolvem o tema exige um estudo mais amplo da guerra fiscal, para compreender a sua razão, o seu significado e, finalmente, os seus efeitos.

Somente assim poderemos chegar a uma conclusão sobre se a utilização dos incentivos fiscais pelos entes tributantes, na forma como estão sendo concedidos, gera vantagens ou desvantagens para a sociedade.

Oportuno mencionar que a guerra fiscal pode ocorrer nos planos municipal (normalmente relacionada ao ISS), estadual (normalmente relacionada ao ICMS) e até mesmo no plano internacional, relacionada ao crescente comércio entre Países, em decorrência do processo de globalização.

¹ Nas sabinas realizadas antes da eleição para o governo do Estado do Rio de Janeiro, o então candidato e hoje governador eleito, Sérgio Cabral Filho, defendeu a prática da guerra fiscal, usando como exemplo os Estados Unidos da América, para concluir que os incentivos fiscais são benéficos para o Estado.

Este trabalho limitará sua análise à guerra fiscal entre os Estados, mais precisamente em relação ao ICMS.

2. AS DESIGUALDADES REGIONAIS NO BRASIL COMO ELEMENTO INDUTOR DA COMPETIÇÃO ENTRE OS ESTADOS

Por muitos motivos, alguns originários aos tempos da colonização, o Brasil se constituiu como um País rico em desigualdades socioeconômicas regionais, com enorme disparate entre as forças econômicas dos Estados.

Ao longo dos anos, a incapacidade administrativa, aliada à ausência de políticas efetivas e continuadas de desenvolvimento verificadas em sucessivas gestões governamentais desastrosas, criou esse verdadeiro abismo socioeconômico entre as regiões e unidades da Federação, prejudicial ao País sob vários aspectos.

Para se ter uma ideia, entre os anos de 1970 e 1999, a participação percentual da região sudeste no PIB do Brasil, oscilou entre 65,00 e 58,25%, com destaque para o “gigante” São Paulo, cuja participação isolada representou nada menos do que 39,36 a 34,95% do total nacional.

Por outro lado, no mesmo período, a participação das regiões Norte e Centro-Oeste variou, respectivamente, entre ínfimos 2,22 / 4,94% e 3,72 / 6,44%.

Outra questão que chama a atenção e deve ficar registrada é que a contribuição de alguns Estados das regiões Norte e Nordeste, tais como Rondônia, Acre, Roraima, Amapá e Tocantins, Maranhão, Piauí, Rio Grande do Norte, Paraíba, Alagoas e Sergipe, jamais alcançou sequer 1% do total do PIB².

Desnecessária uma análise profunda dos indicadores para concluir que esse retrato do País demonstra riqueza e desenvolvimento excessivamente concentrados em algumas poucas regiões e Estados, em detrimento da grande maioria.

Como reflexo desta situação, os Estados menos desenvolvidos, visando a captação de investimentos, empregos e arrecada-

² Fontes (1970-1980) Síntese da Economia Brasileira - CNC (Gabriel Luiz Gabeira) (1985-1999) IBGE, DPE, Decna Contas Regionais do Brasil 1994-99, microdados.

ção para os seus respectivos territórios, ficam sem capacidade de oferecer a infraestrutura e as condições necessárias ao setor empresarial.

Assim, poucas alternativas lhes restam para condicionar comportamentos de eventuais contribuintes, no sentido de induzi-los a trazer seus investimentos para a região. E acabam por adotar perversas estratégias de sobrevivência, baseadas, principalmente, na utilização reiterada de políticas de incentivos fiscais.

3. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA GUERRA FISCAL

A guerra fiscal se caracteriza por concessões unilaterais, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, de benefícios e isenções de natureza fiscal relativos ao ICMS.

Essas manobras objetivam tornar atrativo o território destes Estados, através da redução do ônus tributário, via concessões de vantagens para sociedades que estejam nele instaladas, estabelecidas em outros, ou mesmo para novas sociedades, que buscam um lugar para se estabelecer.

As políticas de incentivo implementadas pelos entes tributantes se caracterizam pela redução ou eliminação, direta ou indireta, do ônus relativo ao imposto, no caso o ICMS.

Teoricamente, com a redução do ônus tributário, podem ser atraídas pessoas jurídicas e, conseqüentemente, investimentos e empregos para o Estado que a adota.

São exemplos destes benefícios as reduções de base de cálculo, as isenções, as anistias, as remissões, o crédito financeiro e o crédito presumido que, ao longo dos anos, têm sido utilizados pelos entes tributantes sob as mais variadas formas.

Vejam o exemplo protagonizado por determinado Estado e citado por João da Silva Medeiros Netto, em estudo realizado no ano de 2003³:

Foi constatado que, no Balanço Anual de 1998, publicado pela **Gazeta Mercantil**, o Governo deste Estado, em anúncio co-

³ NETTO, João da Silva Medeiros. *Guerra Fiscal Entre os Estados*, Brasília - DF: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2003.

lorido de página inteira, fazia, entre outras, as seguintes pro-messas:

“INCENTIVOS FISCAIS PODEROSOS - Carência para pagamento do ICMS devido em até 10 anos, com resgate nos 10 anos subsequentes e rebate de até 75% do valor devido”

“APOIO FINANCEIRO E CREDITÍCIO - Participação acionária do Estado, financiamento através de PSDI/FAI, com juros subsidiados para indústria com tecnologia de ponta”

“APOIO LOCACIONAL - Terrenos e galpões com infra-estrutura para a instalação de sua indústria em locais privilegiados”.

Prosseguindo a sua pesquisa, o autor cita, ainda, o trabalho “Políticas Estaduais de Apoio à Indústria”, elaborado pela Confederação Nacional da Indústria, em 1998, no qual foram levantados outros benefícios tributários concedidos pelos Estados, tais como:

- *Diferimento do diferencial de alíquota do ICMS nas compras de bens de capital;*
- *Carência para pagamento do ICMS devido, inclusive nas operações internas, decorrente de substituições tributárias, no caso de empreendimento novo;*
- *Diferimento do ICMS nas importações de matérias-primas, insumos, material secundário e de embalagens.*

A verdade é que, independente da forma e estratégia utilizadas, as políticas de incentivos vêm sendo adotadas em escala crescente pelos Estados. Estes, em vez de cooperarem, ajustando seus interesses e, finalmente, acordando acerca da forma como a tributação de ICMS deve ocorrer, passaram a trilhar caminho diametralmente inverso, competindo ferozmente entre si, através da concessão de benefícios cada vez maiores. Tais medidas vêm gerando consequências econômicas das mais diversas.

São palavras da economista Marilena Simões Valentim:

De fato, esses incentivos fiscais não geram, agregadamente, aumento de investimentos, mas apenas determinam sua realocação dentro do território brasileiro. Dessa forma, não há aumento da produção e do emprego. A “guerra fiscal” pode comprometer a capacidade do estado de dinamizar sua economia⁴.

Quando uma sociedade decide se estabelecer em determinado Estado, o faz por acreditar que ali poderá ter êxito na atividade, seja qual for o ramo de seu negócio. Na sua esteira, traz consigo investimentos e empregos.

Ao iniciar suas atividades, praticará fatos geradores de obrigações tributárias, que resultarão no pagamento de tributos, aumentando a arrecadação deste Estado.

No entanto, o raciocínio inverso indica que, se outro Estado libera um incentivo fiscal economicamente mais atraente, esta mesma pessoa jurídica simplesmente fechará as portas e encerrará as suas atividades onde estava estabelecida, transferindo-as para o território deste outro Estado.

Por razões óbvias, se pode afirmar que esta dinâmica não produz crescimento, simplesmente por não resultar em ganho definitivo e fixação de investimentos, empregos e arrecadação, mas mera transferência dos mesmos. Transferência esta, que se opera de um território para o outro, sucessivamente.

Dênerson Dias Rosa, ao discorrer sobre a guerra fiscal internacional, traz exemplos que igualmente podem ser utilizados no âmbito da competição interna que se estabeleceu entre as unidades da Federação⁵:

Para melhor compreensão, pode-se fazer um paralelo com a situação hipotética na qual determinado comerciante, instalado em local mais afastado, adota uma política agressiva de preços no intuito de atrair a clientela de outros comerciantes.

⁴ VALENTIM, Marilena Simões. Impactos Econômicos da Guerra Fiscal no Brasil. In www.jusnavigandi.com.br.

⁵ ROSA, Dênerson Dias. Guerra Fiscal Internacional. In www.portaltributario.com.br.

Inicialmente este objetivo é atingido, todavia, quando os demais comerciantes passam a praticar política similarmen- te agressiva, restam ao primeiro duas alternativas possíveis: a primeira, abandonar a sua guerra de preços, mantendo parte dos clientes conquistados, embora não todos, toda- via perdendo seu principal mecanismo de atração de novos clientes; segunda, manter sua guerra de preços, sucessiva- mente reduzindo as suas margens, o que na maior parte das vezes resulta em situações insustentáveis, com margens de lucratividade tão ínfimas ou mesmo negativas que, a médio prazo, podem inviabilizar o próprio negócio, ou seja, na bus- ca desenfreada por crescimento do negócio tem-se provavel- mente ao final negócio algum.

A situação descrita pelo autor é muito interessante, na medi- da em que nos faz refletir sobre uma das principais consequências da guerra fiscal, qual seja, a prevalência, a médio e longo prazo, dos interesses dos Estados economicamente mais fortes.

Essa ideia, inclusive, nos levou a identificar similaridade e traçar o pequeno paralelo existente entres as guerras fiscal e convencional, na introdução deste trabalho.

O motivo é muito simples: Quando um Estado libera um in- centivo fiscal, os outros normalmente contrapõem medidas de de- fesa, de autopreservação.

E, normalmente, aqueles que se sentem prejudicados se uti- lizam da mesma “arma”, ou seja, a concessão de benefícios.

Por outro lado, e por razões óbvias, buscam opor benefícios no mínimo à altura, igualmente vantajosos, ou numa intensidade ainda maior. Além disso, em outras situações, chegam ao cúmulo de implementar medidas restritivas do direito do contribuinte, tais como a vedação de crédito relativo a produtos originários de outros Estados.

Assim, como na guerra convencional, as ações se sucederão de parte a parte, visando a “minar” a resistência do “inimigo”.

Como exemplo desta dinâmica perversa, trazemos situação real que vem ocorrendo no decorrer desta década, entre os Esta- dos de São Paulo, Goiás e o Distrito Federal.

Os governos do Distrito Federal e de Goiás decidiram não mais aceitar os créditos relativos aos produtos originários do Estado de São Paulo, aplicando a mesma regra tributária por este imposta, ou seja, revidando com dano igual ao recebido.

Trata-se de medida de retaliação, um mecanismo vingativo de defesa fiscal, que começou a ser aplicado sobre alimentos enlatados, palha de aço, produtos de informática e de telefonia celular contemplados por incentivos fiscais paulistas.

Acontece que, muito provavelmente, tal mecanismo será também implantado por outros Estados, espalhando-se rapidamente e, sem sombra de dúvida, prejudicará, além dos envolvidos, os contribuintes do imposto, os quais serão ceifados de seu direito de crédito do imposto, em flagrante afronta ao próprio Princípio da Não Cumulatividade.

Ora, estabelecida esta disputa agressiva de concessões de benefícios e de restrições de créditos, sem sombra de dúvida, mais cedo ou mais tarde prevalecerá a “Lei do Mais Forte”, ou seja, a força de um Estado em detrimento do(s) outro(s). Isto porque, o Estado mais forte, economicamente falando, certamente contará com uma maior margem de reserva financeira, podendo se utilizar, por exemplo, de reduções mais significativas de alíquotas do imposto incidente sobre determinada operação.

Tal situação faz com que, a médio e longo prazo, os Estados menos desenvolvidos sejam os maiores prejudicados, na medida em que não têm condições de igualar os incentivos ofertados pelos mais desenvolvidos.

Assim, uma vez mais utilizamos as palavras de Dênerson Dias Rosa: “...a impressão que se tem é que a guerra fiscal entre Estados Federados no Brasil caminha para a concretização da segunda hipótese, na qual ninguém ganha e todos perdem, o que é um bom indicador de estar, o modelo de guerra fiscal adotado no Brasil, já superado”⁶.

⁶ ROSA, Dênerson Dias. *op. cit.*

4. EFEITOS PRÁTICOS DA GUERRA FISCAL

Analisando um passado não muito distante, podemos notar que os investimentos eram dirigidos principalmente para a Região Sudeste, especialmente ao Estado de São Paulo, a maior força econômica do País.

Nas últimas décadas, no entanto, este quadro sofreu algumas alterações, e os investimentos passaram a ser também direcionados para outras regiões.

Esse movimento de descentralização aconteceu em virtude, principalmente, dos benefícios fiscais que Estados menos desenvolvidos passaram a conceder às empresas e indústrias, que se instalassem em seus territórios.

Estudos sobre o assunto comprovam que, como consequência direta destas políticas de incentivos, houve criação de empregos, demanda e oferta de mão-de-obra especializada, aumento de renda *per capita* nos Estados que a adotaram, ou seja, contribuição positiva no sentido de redução das desigualdades regionais.

Por outro lado, a simples disputa em si, entre os entes tributantes, através da concessão de benefícios fiscais cada vez maiores, também teve um lado positivo, qual seja, a redução do ônus tributário para as sociedades beneficiadas.

Estas constatações iniciais não podem deixar de ser reconhecidas e, muitas vezes, levam a uma análise apenas superficial da guerra fiscal, unicamente no âmbito das vantagens decorrentes da competição entre os Estados, resultado direto das medidas de incentivos fiscais. Por esta razão, alguns concluem que se estaria diante de uma vantagem inequívoca para a coletividade.

No entanto, a guerra fiscal, como a guerra convencional, tem faces ocultas, desvantagens que somente são conhecidas e sentidas com o passar do tempo, especialmente no que diz respeito à questão econômica.

Estudos demonstram que o País deixa de receber investimentos na ordem de R\$ 20 bilhões e estimam perda de arrecadação em torno de R\$ 25 bilhões ao ano.

E é explicável que seja assim.

A falta de investimentos é facilmente entendida: Nosso sistema tributário é confuso, complexo demais e com regras instáveis. Assim, mediante a incerteza jurídica que se estabelece, os investidores tendem a ser mais cautelosos e conservadores. Investimentos deixam de ser realizados em face das incertezas e insegurança jurídica.

Constatar os motivos que levam à perda de arrecadação também não é tarefa das mais difíceis: Na medida em que todas as unidades da Federação passam a oferecer incentivos fiscais parecidos, surge uma corrida desenfreada, uma espécie de “leilão”, onde leva as sociedades e investimentos aquele que oferecer os maiores incentivos. Ocorre que, quanto maiores são renúncias, menor a arrecadação.

5. DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA RELATIVA AO ICMS

A Constituição Federal, em seu artigo 155, outorgou aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

6. DA FIXAÇÃO DAS ALÍQUOTAS DO IMPOSTO

A Constituição não fixou as alíquotas do ICMS, mas estabeleceu critérios para a sua fixação, como o previsto no inciso IV, do parágrafo 2º, do artigo 155:

“IV - Resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação”.

Além disso, de acordo com o inciso V, alíneas *a* e *b*, fica facultado ao Senado Federal estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço

e aprovada pela maioria absoluta de seus membros; e fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesses de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros.

7. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA A CONCESSÃO DE ISENÇÕES, INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS

As isenções tributárias são consequência lógica da própria competência para tributar. Sim, pois a Constituição, ao conferir a determinadas pessoas (políticas) o poder de tributar, também lhes outorgou a faculdade de não o exercitar⁷.

Por outro lado, tal como o poder de tributar, o de isentar igualmente necessita observar os princípios constitucionais tributários, que impõem limitações a este poder.

Nesse sentido, vale lembrar a clássica lição de José Souto Maior Borges⁸:

“O poder de isentar apresenta certa simetria com o poder de tributar. Tal circunstância fornece a explicação do fato de que praticamente todos os problemas que convergem para a área do tributo podem ser estudados sob o ângulo oposto: o da isenção. Assim como existem limitações constitucionais ao poder de tributar, há limites que não podem ser ultrapassados pelo poder de isentar, porquanto ambos não passam de verso e reverso da mesma medalha”.

No caso do ICMS, as isenções não podem ser concedidas unilateralmente, nem pelos Estados e nem pelo Distrito Federal, porque, de acordo com a alínea g, do inciso XII, do artigo 155 da Constituição Federal, “cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”.

⁷ Art.155, parágrafo 2º, II e XII, “g” da Constituição Federal de 1988.

⁸ BORGES, José Souto Maior. *Isenções Tributárias*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 2.

Basta uma interpretação literal do teor desta alínea para se chegar à conclusão de que a Constituição não deixou a critério dos Estados e Distrito Federal, isoladamente, a concessão de benefício fiscal relativo ao ICMS. Para tanto, necessária a aprovação expressa dos demais, através de convênio entre eles firmado.

Da mesma maneira, as isenções, incentivos e benefícios fiscais não podem ser concedidos por lei ordinária.

8. LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75

Ainda que anterior à Constituição de 1988, a Lei Complementar nº 24/75, que dispõe sobre os Convênios para a concessão de isenções do ICMS, foi por aquela recepcionada, não restando dúvidas de que os seus dispositivos devem ser observados no que diz respeito à matéria.

Já nos seus artigos 1º e 2º, a lei foi objetiva no que diz respeito à forma de concessão ou revogação das isenções, incentivos e benefícios fiscais, senão vejamos:

“Art. 1º As isenções do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e Distrito Federal, segundo esta Lei.

Art. 2º Os convênios a que alude o art. 1º serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal.

§ 1º As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de 4/5 (quatro quintos), pelo menos, dos representantes presentes.”

Então, de acordo com a Lei Complementar nº 24/75, benefícios fiscais relativos ao ICMS serão concedidos, exclusivamente, por deliberação unânime, manifestada através de convênios cele-

brados entre os Estados e o Distrito Federal, perante o Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ.

Além disso, para a fixação de alíquotas inferiores ao mínimo estabelecido pelo Senado Federal, na forma da alínea a, do inciso V, é necessária a edição de lei complementar, com a observância do teor da alínea g, do inciso XII.

9. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA - CONFAZ

De acordo com o seu regimento institucional, o CONFAZ - CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA - tem por finalidade promover ações necessárias à elaboração de políticas e harmonização de procedimentos e normas inerentes ao exercício da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, bem como colaborar com o Conselho Monetário Nacional - CMN na fixação da política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e do Distrito Federal e na orientação às instituições financeiras públicas estaduais.

O Conselho é constituído por representante de cada Estado e Distrito Federal e um representante do Governo Federal.

Representa o Governo Federal o Ministro de Estado da Fazenda, ou representante por ele indicado.

Representam os Estados e o Distrito Federal os seus Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação.

Os membros do Conselho indicarão ao Ministro de Estado da Fazenda os nomes dos seus substitutos eventuais.

Compete ao Conselho⁹:

“I - promover a celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto de que trata o inciso II do art. 155 da Constituição, de acordo com o previsto no § 2º, inciso XII, alínea “g”, do mesmo artigo e na Lei Complementar n.º 24, de 7 de janeiro de 1975;

II - promover a celebração de atos visando ao exercício das prerrogativas previstas nos artigos 102 e 199 da Lei n.º 5.172,

⁹ Art. 3º do Regimento Interno CONFAZ.

de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), como também sobre outras matérias de interesse dos Estados e do Distrito Federal;

III - sugerir medidas com vistas à simplificação e à harmonização de exigências legais;

IV - promover a gestão do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais - SINIEF, para a coleta, elaboração e distribuição de dados básicos essenciais à formulação de políticas econômico-fiscais e ao aperfeiçoamento permanente das administrações tributárias;

V - promover estudos com vistas ao aperfeiçoamento da Administração Tributária e do Sistema Tributário Nacional como mecanismo de desenvolvimento econômico e social, nos aspectos de interrelação da tributação federal e da estadual;

VI - colaborar com o Conselho Monetário Nacional na fixação da Política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e Distrito Federal, para cumprimento da legislação pertinente e na orientação das instituições financeiras públicas estaduais, propiciando sua maior eficiência como suporte básico dos Governos Estaduais;

§ 1.º O Conselho pode, em assunto técnico, delegar, expressamente, competência à Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE/ICMS para decidir, exceto sobre deliberação para concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais;

§ 2.º O Conselho poderá, ainda, colaborar com entidades e outros órgãos da administração pública.”

10. EMENDA CONSTITUCIONAL 03/93

A Emenda Constitucional nº 03/93 deu nova redação ao parágrafo 6º, do art. 150 da Constituição Brasileira, trazendo consigo uma controvérsia no que diz respeito à natureza do instrumento legislativo hábil à ratificação dos convênios em matéria de ICMS.

Até então, era pacífico na doutrina e jurisprudência que a concessão e revogação de incentivos e benefícios fiscais oriundos

de Convênios poderia se operar mediante norma não originária do Poder Legislativo, ou seja, decreto do Poder Executivo.

O parágrafo 6º passou a ter a seguinte redação:

“Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

Parágrafo 6º - Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, parágrafo 2º, XII, g.”

A inclusão da expressão “sem prejuízo do disposto no art. 155, parágrafo 2º, XII, g”, por um lado, deu margem ao surgimento de duas novas linhas de interpretação, mas, por outro, consolidou o entendimento segundo o qual o decreto do governador não tem a força necessária para ratificar os Convênios que tratam de isenções de ICMS.

Quanto a esta última questão, é válido trazer os sólidos ensinamentos de Geraldo Ataliba¹⁰:

Exige o texto constitucional que os convênios sejam “celebrados” pelos Estados (e pelo Distrito Federal) e, depois, “ratificados”. A celebração cabe ao Executivo. A ratificação, ao Poder Legislativo. “Estado” (ou “Distrito Federal”) não é Executivo. O Estado (ou o Distrito Federal) se representa pelo Executivo, mas delibera mediante harmônica atuação deste com o Legislativo. (...) Por isso, só pode ser válido e eficaz o convênio “ratificado” - como quer o Texto Magna - pelos Legislativos estaduais (e distrital). Convênio é contrato. Executivo não pode “contratar” sem pronuncia-

¹⁰ ATALIBA, Geraldo. Convênios Interestaduais. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2-4.

mento parlamentar prévio ou ratificatório. O Executivo não é o Estado (ou o Distrito Federal). É órgão do Estado (ou do Distrito Federal). Só a conjugação das expressões volitivas do Legislativo ou do Executivo é “vontade” do Estado (ou do Distrito Federal). (...) Os decretos legislativos que os aprovam têm força de lei interna, no Estado (e no Distrito Federal), a partir de sua vigência.

Voltando à controvérsia estabelecida, as linhas de interpretação se apresentam da seguinte maneira: A primeira, seguindo o entendimento de que, para validar a concessão e revogação de incentivos referentes ao ICMS, oriundos de Convênios celebrados entre os Estados e o Distrito Federal, seria necessária tão somente a expedição de ato normativo Estadual próprio, ou seja, Decreto Legislativo, que ratifique os termos do Convênio, sendo até mesmo aceitável a ratificação tácita. Já a segunda prega que, além do Convênio, seja editada Lei Estadual específica, que trate exclusivamente dos benefícios ajustados no Convênio, ratificando-o.

Ao discorrer sobre as isenções, Roque Antonio Carraza deixou clara a sua posição¹¹:

Os Estados e o Distrito Federal podem também conceder (ou revogar) isenções, em matéria de ICMS, por meio de decreto legislativo, que ratifica convênio (deliberação) entre eles firmado. Só após aprovados legislativamente, os convênios que concedem isenções de ICMS passam a ter eficácia. Tal aprovação deve ser feita por meio de decreto legislativo (grifamos).

Além disso, cabe consignar que, independente do entendimento adotado, não é o Convênio quem concede as isenções fiscais, mas sim o Decreto (ou Lei) que o ratifica. Este sim fará com que o Convênio se integre ao ordenamento jurídico do respectivo Estado ou do Distrito Federal. Segundo Roque Antonio Carraza: “...o con-

¹¹ CARRAZA, Roque Antônio. ICMS. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 407-408.

vênio é, tão só, o pressuposto para a concessão da isenção, que surgirá, agora sim, do decreto legislativo que o confirma”¹².

11. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após o acirramento da competição e o implemento de políticas cada vez mais agressivas por parte de alguns Estados, aliadas à incapacidade de harmonização dos procedimentos e normas inerentes ao exercício da capacidade tributária, as concessões destes benefícios começaram a ser contestadas judicialmente por outros Estados, os quais passaram a ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade contra tais dispositivos.

Como exemplo, trazemos algumas das discussões travadas perante o Supremo Tribunal Federal.

O Governo do Estado de São Paulo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.548, questionou dispositivos de normas do Estado do Paraná, mais precisamente das Leis 13.212/01 e 13.214/01, sob o argumento de que caracterizariam “guerra fiscal”, gerando prejuízos para os demais entes da Federação, diante da “concorrência desleal” instaurada pela concessão de benefícios isolados.

Foi alegada ofensa aos dispositivos constitucionais estabelecidos nos artigos 150, II, 152, 155, parágrafo 2º, XII, “g”.

O Governo do Estado de Minas Gerais, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.422, contestou dispositivos de norma do Estado do Paraná, que concede incentivos fiscais aos estabelecimentos industriais e comerciais relacionados a produtos metalúrgicos deste Estado.

O Plenário do STF julgou procedentes ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas, derrubando as regras que concediam os benefícios.

Segundo o relator das ações, Ministro Gilmar Mendes, as normas questionadas preveem isenções e reduções de base de cálculo do ICMS, sem o convênio entre os Estados, que seria indispensável na ocasião.

¹² CARRAZA, Roque Antônio. *Op. cit.*, p. 409.

Rebatendo o argumento de que determinado Estado concedia benefícios de ICMS semelhantes, esclareceu que “tal fato não se mostra apto a afastar o vício da inconstitucionalidade, como bem anotado no parecer da Procuradoria Geral da República. Trata-se de argumento que supõe uma “igualdade no ilícito”, que não pode ser aceito pela ordem jurídica”.

Várias outras decisões no mesmo sentido podem ser citadas:

- a) ADIN nº 1.467, impetrada pelo governador do Distrito Federal contra a Câmara Legislativa do Distrito Federal (Informativo STF nº 54);
- b) ADIN nº 1.979, impetrada pelo Rio Grande do Sul contra legislação de Santa Catarina (Informativo STF nº 147);
- c) ADIN nº 1.999, impetrada pelo Rio Grande do Sul contra legislação de São Paulo (Informativo STF nº 155);
- d) ADIN nº 2.021, impetrada pelo Rio Grande do Sul contra legislação de São Paulo (Informativo STF nº 159);
- e) ADIN nº 2.157, impetrada por São Paulo contra legislação da Bahia (Informativo STF nº 213);
- f) ADIN nº 1.179, impetrada por São Paulo contra legislação do Rio de Janeiro (DJ S1 de 12.04.96, p. 11072);
- g) ADIN nº 84, impetrada pelo governador de Minas Gerais contra a Assembléia Legislativa do mesmo Estado (DJ S1 de 19.04.96, p. 12211);
- h) ADIN nº 1.247, impetrada pelo Procurador-Geral da República contra legislação do Estado do Pará (DJ S1 de 08.09.95, p. 28354);
- i) ADIN nº 1.587, impetrada pelo governador do Distrito Federal contra a Câmara Legislativa do Distrito Federal (DJ S1 de 15.08.97, p. 37034).

São palavras do próprio Supremo Tribunal Federal¹³:

¹³ Ementa do acórdão relativo à ADIn nº 1247-9, DJ S1 de 10.08.95, p. 23.554.

“Convênios e concessão de isenção, incentivo e benefício fiscal em tema de ICMS: A celebração dos convênios interestaduais constitui pressuposto essencial à válida concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos ou benefícios fiscais em tema de ICMS.

Esses convênios - enquanto instrumento de exteriorização formal do prévio consenso entre as unidades federadas investidas de competência tributária em matéria de ICMS - destinam-se a compor os conflitos de interesses que necessariamente resultariam, uma vez ausente essa deliberação intergovernamental, da concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais pertinentes ao imposto em questão.

O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir as relações institucionais entre as comunidades políticas que compõem o Estado Federal, legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-membros e Distrito Federal, de sua competência normativa em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS.”

Em outras ocasiões, alguns Estados se utilizam de artifícios para tentar mascarar verdadeiras isenções do ICMS, atribuindo-lhes a rubrica de não incidência.

A Lei Estadual nº 268, de 02.04.1990, por exemplo, acrescentou uma nova hipótese aos casos de não incidência do ICMS, ou seja, “quando a mercadoria se destina a empresas concessionárias do serviço público estadual, desde que para uso e consumo ou integração no ativo fixo”.

Inconformado, o Governador do Estado de Rondônia, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 286-4/RO, questionou e o Supremo Tribunal Federal declarou a sua inconstitucionalidade, utilizando o argumento de que a norma impugnada concedia verdadeira isenção do ICMS, sob o disfarce de não incidência.

Como o artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição de 1988, somente admite a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais por deliberação dos Estados e do Distrito Federal, mediante convênio, os termos da Lei em questão,

certamente, não poderiam prevalecer, porque em dissonância com o texto Constitucional.

No julgamento da medida cautelar nessa mesma ADIn, o posicionamento do STF foi o seguinte: A isenção de ICMS, ainda que denominada de não incidência, subordina-se às regras fixadas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal.

A análise de todas estas decisões demonstra que o Supremo vem se posicionando no sentido de reconhecer e declarar a inconstitucionalidade das concessões unilaterais, pelos Estados ou Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a celebração dos convênios exigidos em Lei.

No entanto, ainda que a tendência dessa linha de decisão venha sendo seguida, a verdade é que existem muitas ações propostas e ainda não julgadas, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.537, contra a Lei nº 4.533, do Estado do Rio de Janeiro.

A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República e questiona vários dispositivos da Lei em questão, por suposta violação ao artigo 155 da Constituição Federal, sob os argumentos de que representa ameaça ao pacto federativo, ao provocar guerra fiscal.

Neste caso em específico, a Lei fluminense foi aprovada com o objetivo de propiciar a recuperação de 31 (trinta e uma) cidades do Estado, através da redução, para as indústrias locais, da alíquota do ICMS, que passaria a ser de 2%. Concedia também vantagens na importação de máquinas, insumos e matéria-prima, entre outras coisas.

Ainda que recebida pela ministra-relatora, com a observância de que, diante da relevância da matéria e do seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, seria adotado o procedimento previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99¹⁴, na prática, a ação ainda não foi julgada.

¹⁴ Artigo 12 da Lei nº 9.868/99: “Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”.

Chamamos a atenção para esta questão porque, muitas vezes, os efeitos oriundos da colocação, em prática, de medidas que caracterizam guerra fiscal, acabam por se prostrar no tempo, enquanto não suspensos por decisão liminar ou cancelados por decisão final em ação própria.

12. ASPECTOS DA REFORMA TRIBUTÁRIA

Sensível aos problemas econômicos e políticos causados pela guerra fiscal, o Legislativo incluiu o tema na pauta da tão aguardada Reforma Tributária.

De acordo com o Portal da Câmara dos Deputados, a segunda etapa da Reforma Tributária busca *unificar as regras do ICMS*, aumentar os recursos federais para os municípios, *impedir a guerra fiscal entre os estados*, *criar o fundo nacional para reduzir as desigualdades regionais* e estabelecer um programa de renda mínima a todos os brasileiros.

Destacamos três destes objetivos, por guardarem estreita relação com o presente estudo: *a unificação das regras do ICMS*, *a tentativa de impedir a guerra fiscal e a criação do fundo nacional para reduzir as desigualdades regionais*.

Abaixo, as principais mudanças previstas em relação a cada um dos temas:

12.1. Unificação das Regras do ICMS

O substitutivo do deputado Virgílio Guimarães (PT-MG) à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 285/04 - que corresponde à segunda etapa da reforma - prevê a unificação das regras do ICMS em todo o País.

Serão propostas seis alíquotas para o imposto, em vez de cinco, como estava previsto na proposta original. Segundo o relator, foi necessário acrescentar mais uma alíquota para dar uma maior flexibilidade ao sistema, por que assim as diferenças entre elas seriam menores.

Desta forma, as novas alíquotas serão de 7%, 12%, 15%, 18%, 21% e 25%. Caso fossem apenas cinco, teria o relator que optar entre a de 15% e a de 21%. Acreditando que os estados pressionariam por essa última, mais alta, a escolha foi manter ambas as alíquotas.

Não foi estabelecido ainda, sobre quais produtos incidirá cada alíquota; definição esta que caberá ao Senado (Casa representativa dos estados) e aos próprios estados. É certo, no entanto, que os produtos da cesta básica serão tributados pela menor alíquota, atendendo ao Princípio da Seletividade.

A unificação das alíquotas do ICMS, reduzindo das atuais 44 para cinco ou seis, que sejam, sem sombra de dúvida, será de grande utilidade para a redução da complexidade em torno do imposto.

12.2. Guerra fiscal

Outro item que integra a proposta de reforma tributária é a restrição para a concessão de benefícios fiscais pelos governos estaduais, reduzindo o poder que os Estados e o Distrito Federal têm para dar isenções e reduzir alíquotas. Uma lei complementar posterior deverá estabelecer prazo de 11 anos para os estados se ajustarem às novas regras, visando a acabar com a chamada guerra fiscal.

No atual sistema, cada estado e o Distrito Federal têm sua própria legislação sobre o ICMS. Como dito acima, o Senado pode fixar alíquotas mínimas e máximas para o imposto, mas os estados e o DF ainda têm amplo poder para dar isenções e reduzir alíquotas. Esse expediente é usado para atrair empresas, e a concorrência entre eles com esse objetivo provocou perda representativa de arrecadação nos últimos anos, pois as sociedades passaram a exigir cada vez mais benefícios para se transferirem de uma unidade da Federação para outra unidade, numa espécie de ciclo vicioso.

Estados de menor poder econômico reclamam que essa proposta vai beneficiar as localidades mais desenvolvidas, que contam com melhor infraestrutura e estão mais próximas dos grandes mercados consumidores.

Certamente, a redução do poder de dar incentivos fiscais, num primeiro momento, afeta os Estados menos desenvolvidos, porque a falta de infraestrutura se torna fator de relevante desestímulo para os investidores.

No entanto, o prazo para o ajuste às novas regras, aliado a sérias políticas de fomento do desenvolvimento das regiões menos favorecidas, servirá para atenuar esta desigualdade, fazendo com

que, a médio e longo prazo, eles possam ampliar consideravelmente e possam dispor da infraestrutura atrativa aos investidores e necessária ao estabelecimento das empresas.

12.3. Desigualdades regionais

Visando a contornar esse grave problema brasileiro, as alterações na Constituição devem instituir um fundo nacional de desenvolvimento regional, composto, de acordo com o texto aprovado no Senado, de 0,8% das receitas do Imposto sobre Produtos Industrializado (IPI) e do Imposto de Renda.

Segundo a proposta aprovada no Senado, 93% desses recursos serão destinados às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. De acordo com o texto, o fundo ainda receberá 45% do aumento da arrecadação do IPI decorrente da extinção de créditos de benefícios fiscais que se tornaram não cumulativos com a Emenda Constitucional 42. Essa emenda é resultado da primeira etapa da Reforma Tributária, que agregou as mudanças que alcançaram consenso na Câmara e no Senado em 2003.

Essa medida, ainda que tomada tardiamente, é importantíssima, porque as desigualdades regionais se constituem como um dos mais graves problemas do País, tanto social quanto economicamente.

É imperioso que o fundo proporcione investimentos pesados na infraestrutura dos Estados menos favorecidos, de maneira a criar as condições necessárias para que se tornem atrativos aos olhos dos investidores.

13. CONCLUSÃO

Ainda que resulte na redução direta ou eliminação do ônus tributário, entendemos que a Guerra Fiscal vem gerando mais desvantagens do que vantagens, porque contraria os interesses nacionais, o desenvolvimento econômico e o progresso social.

Como visto no decorrer do presente trabalho, num primeiro momento, pode até trazer alguns benefícios, especialmente para as empresas diretamente agraciadas com os favores fiscais. No entanto, a médio e longo prazo passa a trilhar caminho inverso, as-

sumindo uma dinâmica perversa, prejudicando os Estados menos desenvolvidos e também os contribuintes do imposto.

Quando um Estado libera um incentivo fiscal, os outros contrapõem medidas defensivas. E, por razões óbvias, o poder de conceder benefícios e isenções é proporcional à força econômica do Estado.

Num País que se caracteriza por extremas desigualdades regionais, com enorme disparate entre as forças econômicas dos Estados, essa realidade se reflete com maior intensidade.

Assim, os grandes fomentadores da guerra fiscal acabam sendo os economicamente mais fortes, o que faz com que as vantagens inicialmente verificadas tomem rumo diverso num momento posterior.

Além disso, a corriqueira não observância, por parte dos entes tributantes, dos trâmites necessários à legitimação dos benefícios fiscais, leva ao acirramento da competição, na medida em que a convenção se forma em torno da igualdade no ilícito, ou seja, o Estado “A” adota políticas desta natureza porque o Estado “B” também faz. E assim se inicia um ciclo vicioso.

A guerra fiscal gera instabilidade e insegurança jurídica, uma vez que os Estados passaram a questionar judicialmente as medidas implementadas uns pelos outros, sendo os incentivos constantemente anulados pelo Judiciário. Essa instabilidade prejudica sobremaneira o contribuinte que, por um lado, vê os incentivos serem anulados, e por outro, muitas vezes, chega a ter seu direito de crédito ceifado por alguns Estados, como medida de retaliação imposta aos seus pares. Aos contribuintes, resta apenas buscar socorro perante o Poder Judiciário, a fim de rechaçar quaisquer possíveis afrontas ao seu direito, em virtude destas políticas adotadas pela grande parte das unidades da Federação.

A guerra fiscal não gera crescimento econômico e desenvolvimento sustentável dos Estados, porque os investimentos, empregos e arrecadação acabam assumindo caráter transitório, ou seja, não se fixam nos respectivos territórios, mas apenas migram de um para o outro. Isso sem contar nos problemas de orçamento e sociais, como desemprego, decorrente do encerramento das

atividades de pessoas jurídicas de grande porte em determinados Estados.

A guerra fiscal ocasiona perda de arrecadação porque a sucessão de políticas de incentivo implementadas gera uma competição desenfreada, uma espécie de “leilão” entre as unidades da Federação, que se veem obrigadas a abdicar cada vez mais de suas receitas tributárias, oferecendo descontos cada vez maiores, que reduzem gradativamente as suas receitas.

Por estas razões, a inibição total ou o enfraquecimento da guerra fiscal são imperativos para a resolução da crise em que os Estados se encontram.

Além disso, tornou-se ponto convergente e consensual a necessidade de alterações profundas no sistema tributário do País, de maneira a torná-lo menos complexo e mais igualitário.

Nesse horizonte, surge a reforma tributária, muito discutida, mas ainda não implementada. Ela, sem dúvida, traz alguns pontos positivos, como a unificação das alíquotas do imposto e as iniciativas visando à inibição de guerra fiscal e a redução das igualdades regionais.

Todavia, ainda que possa se constituir como instrumento valioso para amenizar alguns destes graves problemas nacionais, deve ser encarada apenas como ponto de partida nesta direção, e não como única ou última solução para a crise estabelecida, por que ela desafia inúmeras outras e constantes tomadas de decisões.

De qualquer maneira, é necessária a retomada de políticas públicas efetivas, voltadas ao enfrentamento e superação dos problemas regionais, atuando a União Federal como elemento indutor desta transformação, visando ao desenvolvimento dos entes federativos menos favorecidos social e economicamente.

Neste ponto, inclusive, pode ser de grande valia a utilização de alguns incentivos fiscais, não como instrumento de enfrentamento e competição entre os Estados e o Distrito Federal, mas destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País.

Desenvolvendo as suas economias, através de pesados investimentos em infraestrutura, os Estados que se encontram nessa atual situação alarmante, a médio e longo prazo, poderão substituir as atuais estratégias de captação de investimentos via políticas de incentivo fiscal, por oferecimento de condições estruturais para os retornos financeiros aos investidores, o que resultará em novas e duradouras parcerias neste sentido, com vantagens para a coletividade como um todo. 📄

Responsabilidade por Danos Ambientais - Indenização e Recomposição dos Prejuízos - Condenações nos Tribunais Brasileiros

Ana Cecília Vieira Montenegro

Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela EMERJ. Especialista em Direito Ambiental.

*“(...) Por direito natural são comuns todas as coisas seguintes: o ar, a água corrente, o mar e o seu litoral...”¹
Institutas², de Justiniano*

1. INTRODUÇÃO

Antes da virada do século XX, quando a humanidade parecia deixar para trás uma conturbada época de grandes guerras, ditaduras e paradigmas de certezas sobre domínio da natureza, as manchetes diárias dos meios de comunicação, nos quatro cantos do planeta, passaram a relatar turbulências de outro gênero: desas-

¹Alexandre Correia, Gaetano Sciascia e Alexandre Augusto Correia, **Manual de Direito Romano**, 2. ed., v. II, São Paulo, Saraiva, 1955, p. 358-359 *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, Malheiros Editores, 12. ed., 2004, p. 111.

²“Denominação dada a uma das partes do *Corpus Iuris Civilis*, codificado pelo Imperador Justiniano. As *Institutas*, mencionadas em latim *Institutiones* (instituições), constituem a parte elementar do Direito Romano codificado, calcada no plano das *Institutas* e nas *res quotidianae*, de Gaius, nas quais também foram incluídos muitos fragmentos de outros *jurisconsultos* antigos. Compõem-se de quatro livros. E foram publicadas pelo Imperador Justiniano, antes do *Digesto*, em 21 de novembro de 533 (...).” *Apud* DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**: Forense, 24. ed., 2004, p. 752.

tres naturais de grandes proporções, com consequências nefastas para as populações direta e indiretamente envolvidas, são seguidamente anunciados com frequência cada vez maior. Terremotos e *tsunamis*, atingindo vários países simultaneamente, tempestades, furacões, inundações que não respeitam fronteiras e trazem enormes prejuízos econômicos, sociais e perda de vidas humanas, além de alterações nos mais distantes e variados ecossistemas³, anunciam a globalização da nova “desordem” mundial.

O século XXI inaugura a nova era de incertezas e preocupações globalizadas, que incluem a existência e a própria sobrevivência da espécie humana no tempo (presente e futuro) e no espaço (planeta Terra). O comportamento agressivo da natureza, na primeira década do novo século, trouxe definitivamente à consciência de todos, nações e indivíduos, a lembrança do dever de zelar pela preservação dos ecossistemas que sobreviveram às ações do homem no decorrer dos séculos.

Segundo dados científicos divulgados em julho de 2008 pelo jornalista inglês especializado em meio ambiente Mark Lynas⁴, o aumento da temperatura média do planeta em apenas um grau Celsius será o bastante para que desertos invadam o centro dos Estados Unidos da América; neves do monte Kilimanjaro (a maior montanha da África) desapareçam por completo e várias espécies raras do Oceano Pacífico sejam extintas com a elevação do nível dos mares, citando apenas alguns exemplos da catástrofe climática que se anuncia. Neste contexto atual, diante de todos os desafios vitais que se colocam a partir da necessidade da preservação

³ Ecossistema (grego *oikos*, casa + *σύστημα*) é o conjunto formado por todos os fatores bióticos e abióticos que atuam simultaneamente sobre determinada região. Consideramos como fatores bióticos as diversas populações de animais, plantas e bactérias e abióticos os fatores externos como a água, o sol, o solo, o gelo, o vento. “A alteração de um único elemento costuma causar modificações em todo o sistema, podendo ocorrer a perda do equilíbrio existente. Todos os ecossistemas do mundo formam a Biosfera”. São exemplos de ecossistemas: a Amazônia (América Latina), a Mata Atlântica e (litoral brasileiro), o Pantanal (centro-oeste brasileiro e outros países), a caatinga (nordeste do Brasil), o cerrado, as matas de araucárias e os campos do sul do Brasil. Disponível em: Enciclopédia Livre Wikipédia <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ecossistema>>. Acesso em: 15 set. 2008.

⁴ LYNAS, MARK. “Deixe de Voar de Avião nas Férias”. *Revista Época* n. 532. Seção Meio Ambiente. Julho de 2008. São Paulo: Ed. Globo, 2008.

do meio ambiente, é de grande relevância a atuação da República Federativa do Brasil no cenário político e socioeconômico mundial, como potência emergente, dona de grande diversidade ambiental e da conseqüente responsabilidade pela sua preservação. Ainda de acordo com dados do especialista Mark Lynas, caso a temperatura do planeta venha a subir dois graus Celsius, é provável que a Floresta Amazônica desapareça e há projeções que sugerem a transformação da área central do Brasil numa savana seca ou deserto.

De fato, o país encontra-se diante de um desafio inédito: promover o próprio desenvolvimento econômico e social de forma sustentável, não sacrificando as incontáveis riquezas naturais e atendendo aos princípios do Direito Ambiental. Destaque-se ainda a necessidade de colaboração, em âmbito internacional, para a diminuição das ações prejudiciais ao planeta, em observância às determinações do Protocolo de Kyoto, assinado pelo Brasil.

Em território nacional, é fundamental que os mecanismos jurídicos colocados à disposição pela Constituição da República de 1988 (tais como a Ação Civil Pública e a Ação Popular) e leis infraconstitucionais sejam efetivamente aplicados na preservação do meio ambiente, que inclui a maior floresta do mundo, além de vários ecossistemas de grande importância para a manutenção da vida no planeta.

Sem esgotar o tema, o presente artigo pretende, através da análise da aplicação dos dispositivos previstos pelo ordenamento jurídico nas condenações judiciais nos diversos Tribunais pátrios, demonstrar que a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente não é um caso de *law in the books* (lei sem aplicação prática)⁵, mas que a tutela do meio ambiente no direito brasileiro possui exemplos consistentes de sua efetivação.

2. DECISÕES JURISPRUDENCIAIS

As decisões a seguir elencadas, pesquisadas na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e em Tribunais de diferentes

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. "Responsabilidade Civil pelo dano ambiental". *Revista de Direito Ambiental* n. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 5 - 52.

Estados, mostram alguns exemplos e peculiaridades das formas de condenação por danos ambientais no Brasil, incluindo a responsabilidade pela indenização e recomposição dos prejuízos pelos degradadores, além de outros instrumentos de efetivação do acesso à justiça.

I. Recomposição de matas nativas pelo adquirente do imóvel e função social e ambiental da propriedade rural

Em ação civil pública para tutela do meio ambiente, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, o adquirente de terras rurais foi considerado responsável pela recomposição das matas nativas. Conforme destacado pelo Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux, “(...) É cediço que em matéria de dano ambiental a responsabilidade é objetiva, posto que a Lei 6.938/81, em seu art. 14, § 1º, determina que o poluidor seja obrigado a indenizar ou reparar os danos ao meio ambiente e, quanto ao terceiro, preceitua que a obrigação persiste, mesmo sem culpa”. O Superior Tribunal de Justiça destacou que a Constituição Federal consagra, no artigo 186, ser a função social da propriedade rural cumprida quando atende, entre outros requisitos, o da “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”. Ainda conforme o STJ, “a Lei 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores. Na verdade, a referida norma referendou o Código Florestal (Lei nº 4.771/65) que estabelecia uma limitação administrativa às propriedades rurais, obrigando os seus proprietários a instituírem áreas de reservas legais de, no mínimo, 20% de cada propriedade, em prol do interesse coletivo” (EDcl no AgRg no Resp 255.170/SP)⁶.

Efeito atingido pela técnica reparatória: recomposição do meio ambiente. Princípio aplicado: função social e ambiental da propriedade.

⁶ EDcl no AgRg no REsp 255.170/SP (2000/0036627-7), Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01.04.2003, DJ 22.04.2003, p. 197.

II. Responsabilidade solidária entre empresa poluidora, Estado e Município

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul propôs ação civil pública para tutela do meio ambiente em face de empresa poluidora, além do Município de Porto Alegre e Estado do Rio Grande do Sul, estes dois últimos por flagrante omissão no que se refere ao dever constitucional de assegurar proteção ao meio ambiente. No caso em tela, o TJ/RS acolheu o pedido e reconheceu a responsabilidade solidária do particular e dos entes públicos. Considerou que houve ausência de medidas concretas a serem tomadas pelo Poder Público visando evitar os danos causados, caracterizando-se a responsabilidade *in ommitendo* do Estado e do Município, que não exerceram seu poder de polícia ambiental e limitaram-se à fiscalização ineficiente. A condenação consistiu no pagamento do custo integral da completa recuperação do complexo ecológico atingido, bem como a instalação de sistema de controle de poluição (EL 700001620772 - 1º Grupo de Câmaras Cíveis - TJ/RS)⁷.

Efeitos atingidos pela técnica reparatória: retribuição e proteção do bem jurídico tutelado (meio ambiente). Princípios aplicados: intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente, responsabilização pelas condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, com ampliação do rol dos responsáveis (responsabilidade solidária).

III. Inversão do ônus da prova e atribuição dos custos da perícia ao demandado, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor à questão ambiental (facilitando o acesso à justiça e a prova da causalidade)

Em ação civil pública para proteção do meio ambiente (proposta pelo Ministério Público e co-legitimados), o Tribunal

⁷ EL 700001620772 - 1º Grupo de Câmaras Cíveis - TJ/RS - j. 01.06.2001 - Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal *in*: Revista de Direito Ambiental n. 23. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p. 337 - 351.

de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu cabível a inversão do ônus da prova e atribuição dos custos da perícia aos demandados, considerando que os autores encontravam-se em franca desvantagem no caso concreto. O TJ/RS aplicou o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), admitindo o seu uso nas demandas que envolvam a proteção ao meio ambiente (EDcl 70002338473 - 4ª Câmara Cível - TJ/RS)⁸. No mesmo sentido da mencionada decisão, no julgamento do REsp 1049822/RS em 2009, o STJ entendeu cabível a inversão do ônus da prova em prol da sociedade, que detém o direito de se ver reparada ou compensada de eventual prática lesiva ao meio ambiente (artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da Lei nº 7.347/85): “Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva”(REsp 1049822/RS)⁹.

Efeito atingido pela técnica reparatória: efetivação do real acesso à justiça para os prejudicados e facilitação da prova da causalidade. Princípio aplicado: participação popular na defesa do meio ambiente.

IV. Lucros cessantes e danos morais em desastre ecológico que impediu terceiros de exercerem atividade laborativa

Em apelação cível, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro condenou sociedade de economia mista responsável por desastre ecológico causado por derramamento de óleo na Baía de Guanabara/RJ, ocasionando a mortandade de peixes e impedindo o exercício da pesca por aqueles que dela dependiam para sua própria subsistência e de seus familiares. A condenação determinou o pagamento de lucros cessantes e danos morais a pescador, em razão das lesões causadas ao meio ambiente e que prejudicaram

⁸ EDcl 70002338473 - 4ª Câm. Civ. - TJ/RS - j.04.04.2001 - Rel. Des. Wellington Pacheco Barros. In: *Revista de Direito Ambiental* n. 23. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p. 351 - 352.

⁹ REsp 1049822/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009.

sua atividade (Apelação Cível nº 2008.001.14373 - 1ª Câmara Cível - TJ/RJ)¹⁰.

Efeito atingido pela técnica reparatória: reparação à vítima. Princípio aplicado: responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, “poluidor-pagador”.

V. Plantio de árvores, desfazimento de obras e danos morais ambientais. Impossibilidade de restituição ao estado anterior da área atingida

Em ação civil pública proposta pelo Município do Rio de Janeiro em face de pessoa física, por danos à coletividade, destruição do ecossistema local, infringência às leis ambientais, corte de árvores e supressão da vegetação de imóvel sem licença, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu pela condenação do réu à reparação de danos materiais consistentes no plantio de 2.800 árvores e ao desfazimento das obras já iniciadas irregularmente. A condenação incluiu ainda danos morais proporcionais ao prejuízo coletivo, considerando a impossibilidade de mensurar a dimensão dos danos e de restabelecer o meio ambiente ao estado anterior (Apelação Cível nº 2001.001.14586 - 2ª Câmara Cível - TJ/RJ)¹¹.

Efeitos atingidos pela técnica reparatória: reparação à coletividade, recomposição do meio ambiente na medida do possível. Princípios aplicados: responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, “poluidor-pagador”.

VI. Responsabilidade objetiva pós-consumo de produtos com alto valor poluente (nexo causal ampliado). Adoção de providências relacionadas à destinação final e adequação do material, com instituição de formas inovadoras para liquidação do dano

Em apelação cível interposta por associação de defesa ambiental em face de empresa de refrigerantes, provida parcialmente,

¹⁰ Apelação Cível nº 2008.001.14373 - 1ª Câ. Civ. - TJ/RJ - Julgamento: 17/06/2008 - Rel. JDS Des. Myriam Medeiros.

¹¹ Apelação Cível nº 2001.001.14586 - 2ª Câ. Civ. - TJ/RJ - Julgamento: 06.03.2002 - Rel. Des. Maria Raimunda T. de Azevedo.

o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reformou a sentença apelada e ponderou que, na esteira dos recentes avanços tecnológicos, os fabricantes utilizam-se cada vez mais de vasilhames de matéria plástica (PET), enriquecendo-se com o aumento de lucros e redução de custos. Desta forma, não se deve transferir unicamente para o governo (por sua conduta omissiva) ou para a coletividade (pelo consumo do produto) o crescimento exponencial do volume do lixo. A empresa-ré também possui responsabilidade pós-consumo, de natureza objetiva (nos termos da Lei nº 7.347/85, artigos 1º e 4º da Lei Estadual nº 12.943/99, e artigos 3º e 14, § 1º da Lei nº 6.938/81), no caso da utilização de materiais de alto valor poluente que, por sua lenta degradação na natureza e facilidade de acúmulo em locais inadequados, podem causar danos irreversíveis ao meio ambiente. Embora desacolhendo o pedido formulado para substituição do material utilizado na linha de produção, a condenação obrigou a demandada ao recolhimento das embalagens das mercadorias que vier a fabricar, após o consumo, em parques, praças, ruas, lagos, rios e/ou onde forem encontradas, facultando-lhe, alternativamente, a adoção, no prazo de 60 dias, de procedimentos de reutilização e recompra (por preço justo) de, no mínimo, 50% das garrafas plásticas que produzir a cada ano, após o uso do produto pelos consumidores, garantindo uma destinação final ambientalmente adequada dos resíduos. Além da referida obrigação de fazer, a empresa-ré foi condenada a dar início imediato à campanha publicitária, às suas expensas, destinando 20% dos recursos financeiros que vier a gastar anualmente com a promoção de seus produtos, com o objetivo de divulgar mensagens educativas de combate ao lançamento do produto no meio ambiente, visando à educação ambiental da população e o incentivo à reciclagem de garrafas PET. Deverá, por fim, destacar nas embalagens do produto a possibilidade de reutilização e recompra, advertindo o consumidor sobre os graves riscos ambientais do descarte em local inadequado (Apelação Cível nº 118.652-1 - 8ª Câmara Cível - TJ/PR)¹².

¹² Apelação Cível nº 118.652-1 - 8ª Câm. Civ. - TJ/PR - Julgamento: 05/08/2002 - Rel. Des. Ivan Bortoleto.

Efeitos atingidos pela técnica reparatória: prevenção de acidentes, educação ambiental e retribuição. Princípios aplicados: garantia do desenvolvimento econômico e social ecologicamente sustentado, prevenção de danos e degradações ambientais, responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, “poluidor-pagador”.

VII. Responsabilidade solidária pela violação às normas de preservação do meio ambiente

Em recurso especial interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado em face do Município de Santos e outros, o Superior Tribunal de Justiça analisou a questão da responsabilidade solidária por devastação de áreas que posteriormente passaram a fazer parte do território de outro Município (Bertioga). O STJ entendeu que são partes legítimas para figurar no polo passivo da demanda: (i) o responsável direto pela violação às normas de preservação do meio ambiente, (ii) o que aprova o projeto danoso e (iii) o novo adquirente do imóvel. Na realização de obras e loteamentos, o Município onde se situava inicialmente o terreno é responsável solidário pelas lesões que posam advir, juntamente com o Município para o qual o referido terreno foi transferido e o novo proprietário, que assume a propriedade do bem rural com a imposição das limitações ditadas por lei. Por fim, se o imóvel causador do dano é adquirido por terceira pessoa, esta também ingressará na solidariedade, como responsável (REsp nº 295.797/SP)¹³.

Efeitos atingidos pela técnica reparatória: proteção ao bem jurídico tutelado (meio ambiente). Princípios aplicados: indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente, intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente, responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

¹³ REsp 295.797-SP - 2ª T. STJ - j.18.09.2001 - Rel. Ministra Eliana Calmon - DJU 12.11.2001.

VIII. Coleta, acondicionamento, destinação e tratamento de resíduos sólidos (lixo urbano e hospitalar), recepção, controle da ação dos catadores de lixo e recomposição de área degradada (lixão)

Em apelação cível, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face do Município da Ilha de Itamaracá, decidiu pela manutenção da decisão de 1º grau, que condenou o referido Município a coletar, acondicionar e tratar resíduos sólidos (lixo urbano e hospitalar), além de controlar a ação dos catadores de lixo e recompor a área degradada. A poluição, causada por lixão ao longo da área em que se situa e nas proximidades, ocasionou a degradação da Praia do Pilar e trouxe riscos à saúde e à vida da população em geral, dos animais domésticos que ali circulam livremente e, principalmente, dos catadores de lixo do local, que vasculham o lixo doméstico misturado ao lixo hospitalar, correndo o risco de contaminação (Apelação Cível nº 57818-5 - 7ª Câmara Cível - TJ/PE)¹⁴.

Efeitos atingidos pela técnica reparatória: prevenção de acidentes e reparação da área atingida. Princípios aplicados: indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente, prevenção de danos e degradações ambientais, responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

IX. Preservação do patrimônio histórico e cultural, considerando que o meio ambiente não se restringe aos recursos naturais. Paralisação de obras e prejuízos econômicos que devem ser suportados em função da necessidade de preservação das tradições, costumes, organização social e sobrevivência cultural (material e simbólica) de comunidade quilombola

Em agravo de instrumento interposto em ação civil pública no Estado do Pará, o agravante alegou prejuízos econômicos irreparáveis com a paralisação de obras determinadas pelo juízo *a quo* em razão de ameaça ao patrimônio cultural da coletividade.

¹⁴ Apelação Cível nº 57818-5 - 7ª Câ. Civ. - TJ/PE - Julgamento: 21/03/2007 - Rel. Des. Fernando Cerqueira.

de. O Tribunal de Justiça do Estado do Pará manteve a decisão, decidindo pela prevalência dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente aos remanescentes de comunidades quilombolas (conforme artigos 68 do ADCT e 215 e 216 da Magna Carta). O meio ambiente não é composto apenas de recursos naturais, mas abrange também elementos artificiais e culturais, além de tudo que envolve o ambiente da convivência humana e que faça parte da sua construção. Deve ser garantido às futuras gerações o acesso ao seu patrimônio histórico e cultural, sua formação e memória multicultural, necessários para que os indivíduos se tornem sabedores da sua própria história. O TJ/PA determinou, portanto, que as obras que podem provocar danos ao patrimônio histórico-cultural do Município de Colares devem ser paralisadas e os danos econômicos suportados, por serem de menor potencial ofensivo aos direitos constitucionais, no conflito analisado (Agravo de Instrumento nº 71628 em Ação Civil Pública 200430046824 - 3ª Câmara Cível isolada - TJ/PA)¹⁵.


Efeitos atingidos pela técnica reparatória: proteção do bem jurídico tutelado (patrimônio histórico-cultural, inserido no conceito de meio ambiente) para a coletividade e futuras gerações. Princípios aplicados: indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente, prevenção de danos e degradações ambientais, respeito e preservação da identidade, cultura e interesses das comunidades tradicionais e grupos formadores da sociedade.

3. CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a legislação infraconstitucional dotaram o ordenamento jurídico pátrio de regras e princípios que se aplicam às soluções de conflitos decorrentes de danos ambientais e visam a garantir o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, para a presente e futuras gerações.

¹⁵ Agravo de Instrumento (nº 71628) em Ação Civil Pública (nº 200430046824) - 3ª Câm. Civ. isolada. - TJ/PA - Publicação: 26/05/2008 Cad. 1 Pág. 8 - Rel. Des. Maria Rita Lima Xavier.

Entretanto, tais disposições não serão suficientes se não forem de fato efetivadas pelas decisões dos diversos tribunais, na esteira de um novo paradigma que enxerga o homem e a natureza como um todo integrado, fugindo à tradicional visão antropocêntrica. A responsabilidade civil ambiental é um dos instrumentos eficazes, entre outros, para coibir, julgar e punir as pessoas físicas e jurídicas que não atuam da forma prevista no ordenamento e violam o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, bem jurídico tutelado pelo direito pátrio e essencial à vida humana.

Através da análise do ordenamento jurídico brasileiro e das decisões que condenaram diferentes agentes degradadores, públicos e privados (não apenas às diversas formas de compensação e ressarcimento pelos prejuízos já causados, mas também à prevenção de possíveis acidentes futuros), verificamos que, mesmo diante de um grande caminho a percorrer no âmbito da responsabilização pelos danos ambientais, as condenações pesquisadas demonstraram que os Tribunais do país têm buscado a efetivação dos instrumentos previstos, apontando inúmeras vezes para a prevalência das questões ambientais sobre interesses privados ou puramente econômicos e reconhecendo, desta forma, o meio ambiente equilibrado como direito fundamental dos cidadãos. 

Improbidade Administrativa: Configuração e Reparação do Dano Moral

Emerson Garcia

Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela mesma Universidade. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. DELIMITAÇÃO DO PLANO DE ESTUDO

Dano, em seus contornos mais amplos, é “a perda que alguém teve e o ganho que deixou de ter”.¹ Quando o dano resulta de uma ação à margem da ordem jurídica, surge, para aquele que o sofreu, o direito de ser ressarcido, e, para o autor, direto ou indireto, o dever de indenizar.² Essa construção, de origem romana³ e que se sedimentou na esfera civilista, alcançou o direito público, onde há muito se reconhece o dever de o Poder Público ressarcir os danos causados aos particulares.⁴ Sua simplicidade estrutural, no entanto, encobre um incontável número de polêmicas, que variam desde o exato alcance da concepção de dano, passando pela indi-

¹ POTHIER, A. *Oeuvres de Pothier, Traité des Obligations*, Tome Premier, Paris: Chez L'Éditeur, 1821, p. 180-181.

² Cf. SOURDAT, M. A. *Traité Général de la Responsabilité ou de L'Action en Dommages-Intérêts en Dehors des Contrats*, Tome 1, 5ª ed., Paris: Marchal et Billard, 1902, p. 1.

³ Cf. SAVIGNY, M. F. C. de. *Traité de Droit Romain*, Tome Premier, Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, 1840, p. 107.

⁴ Cf. WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 9ª ed., Paris: Éditions Sirey, 1963, p. 826 e ss.; BASSI, Franco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 7ª ed., Milano: A. Giuffrè Editore, 2003, p. 301 e ss.

vidualização dos sujeitos ativo e passivo, até alcançar o *quantum* da indenização devida.

Conquanto se reconheça, face à sua inegável amplitude, que a temática faria melhor figura num tratado, não num breve artigo, cremos seja possível tecer algumas considerações a respeito da conexão existente entre improbidade administrativa e uma modalidade específica de dano, o moral. Para tanto, é necessário compreender a amplitude do dever jurídico de ressarcir o dano causado com o ato de improbidade, bem como refletir sobre os contornos estruturais do dano moral e a possibilidade de as pessoas jurídicas, mais especificamente aquelas que se enquadrem no conceito de sujeito passivo do ato de improbidade, virem a sofrê-lo.

2. OS ATOS DE IMPROBIDADE E AS SANÇÕES COMINADAS

Diversamente do que muitos afirmam, improbidade não guarda identidade com imoralidade, e muito menos é por ela absorvida. O acerto dessa afirmação resulta da exegese do art. 37 da Constituição da República, que enunciou um extenso rol de regras e princípios vinculantes para a Administração Pública e, em seu § 4º, conferiu ao Legislativo plena liberdade de conformação para definir o que seriam atos de improbidade. Assim, ainda que o léxico estabelecesse a vinculação que ora se afasta, o que efetivamente não faz, pois probidade deriva do latim *probus* (*pro* + *bho* - da raiz *bhu*, nascer, brotar), indicando o que é bom, de boa qualidade, vale dizer, o que é correto, e não apenas o que é moral, deve-se ter sempre presente que o semântico pode, apenas, ajudar a construir, mas não sobrepor-se ao normativo. Nessa linha, poderia a legislação constitucional considerar, como efetivamente fez, ato de improbidade a violação a todo e qualquer princípio regente da atividade estatal, cuja imperatividade não precisa ser lembrada,⁵ e não apenas à moralidade administrativa.

⁵ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Surhkamp Taschenbuch Verlag, 1994, p. 72; DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 22 e ss.; ZAGREBELSKY, Gustave. *Manuale di Diritto Costituzionale*, Volume Primo, *Il Sistema delle Fonti del Diritto*, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, p. 107; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra:

Na sistemática da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que regulamentou o § 4º do art. 37 da Constituição da República, são três as modalidades de atos de improbidade administrativa: aqueles que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), causam dano ao patrimônio público (art. 10) ou violam os princípios regentes da atividade estatal (art. 11). Todas, no entanto, possuem um epicentro estrutural comum, a violação à juridicidade, terminologia cunhada por Merkl e que absorve todos os padrões normativos de observância obrigatória no Estado de Direito, como regras, princípios, costumes etc.⁶ Em qualquer caso, sempre será necessário aferir a presença de um referencial de proporcionalidade na própria incidência da Lei nº 8.429/1992, evitando submeter o agente público a um processo dessa natureza em situações de pouca ou nenhuma lesividade ao interesse público.⁷

Avançando, ainda é possível alcançar uma segunda conclusão: todo ato de improbidade, e não apenas o tipificado no art. 11, viola algum princípio regente da atividade estatal. Essa constatação é particularmente clara em relação ao enriquecimento ilícito, isto em razão de sua elevada carga de ilegalidade e imoralidade, e não menos exata em relação ao dano causado ao patrimônio público, pois o prejuízo, para que seja tido como ilícito, configurando a improbidade administrativa, sempre será antecedido pela violação a algum princípio. Nesse particular, deve-se lembrar que a atividade estatal, conquanto ostente inegável utilidade para o interesse público, pode se mostrar extremamente arriscada (v.g.: um plano econômico) ou indiscutivelmente deficitária (v.g.: subvenções que busquem o desenvolvimento de uma região mais pobre), sendo o prejuízo financeiro plenamente aceitável.

Coimbra Editora, 2003, p. 250; e GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais, Esboço de uma Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 177 e ss..

⁶ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, 2ª ed., Madrid: Civitas Edicionaes, 1977, p. 251.

⁷ Para maior desenvolvimento do tema, vide, de nossa autoria, a primeira parte da obra intitulada *Improbidade Administrativa*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 99-104, sendo a segunda parte da lavra de Rogério Pacheco Alves.

Em consequência, o *iter* de individualização dos atos de improbidade há de iniciar, sempre, pela verificação da compatibilidade da conduta com os princípios regentes da atividade estatal. Presente a incompatibilidade, ter-se-á a aparente configuração do ato de improbidade descrito no art. 11. Se a conduta, além disso, importar em enriquecimento ilícito ou causar dano ao patrimônio público, ter-se-á o deslocamento da tipologia, respectivamente, para os arts. 9º e 10. Identificado o enquadramento da conduta na tipologia da Lei nº 8.429/1992, o que também exige sejam analisados o elemento subjetivo do agente, a qualidade dos sujeitos envolvidos e a presença de um critério de proporcionalidade, ter-se-á, como consequência desfavorável para o autor, a incidência das sanções cominadas no art. 12.

Não obstante o distinto grau de lesividade ao interesse público, o fato de as três modalidades de atos de improbidade pertencerem a um gênero comum ensejou a opção legislativa de sujeitá-las a feixes de sanções praticamente idênticos. Com exceção da *“perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”*, somente cominada às hipóteses de enriquecimento lícito, todo e qualquer ato de improbidade, a depender dos circunstancialismos do caso concreto, pode redundar em *“ressarcimento integral do dano”*, *“perda da função pública”*, *“suspensão dos direitos políticos”*, *“pagamento de multa civil”* e *“proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios.”*

De modo diverso do que se verifica em relação ao inciso II do art. 12, em que o *“ressarcimento integral do dano”* é da própria essência do ato de improbidade previsto no art. 10, cuja tipologia é direcionada aos atos que causam dano ao patrimônio público, há previsão expressa, nos incisos I e III do referido art. 12, preceitos que relacionam as sanções cominadas às duas outras modalidades de atos de improbidade, de que esse ressarcimento só terá lugar *“quando houver”* dano. Observa-se, de imediato, que essa técnica legislativa não suscita maiores dúvidas em relação ao enriquecimento ilícito, pois tanto é possível que o agente público dê causa ao empobrecimento do patrimônio público em razão do seu enriquecimento pessoal (v.g.: apropriando-se de recursos públicos),

como pode igualmente ocorrer que ele enriqueça sem que haja qualquer prejuízo patrimonial imediato para o sujeito passivo do ato de improbidade (v.g.: o recebimento de propina para acelerar um processo administrativo). A mesma clareza, no entanto, não se manifesta quando o ato de improbidade é daqueles que tão somente violam os princípios regentes da atividade estatal. Afinal, preservando um padrão mínimo de coerência em relação ao que afirmamos acima, a simples ocorrência do dano já seria suficiente para atrair a incidência da tipologia do art. 10. Haveria, assim, uma *contradictio in terminis* ao se associar a figura do art. 11 da Lei de Improbidade ao “ressarcimento do dano”.

Não obstante o aparente êxito desse raciocínio inicial, é possível afirmar que o “ressarcimento do dano” previsto no inciso III do art. 12, além de compatível com a tipologia do art. 11, apresenta uma total harmonia sistêmica com a Lei de Improbidade.

Como verdadeiro dogma do moderno direito sancionador, tem-se que a incidência da sanção pressupõe a existência de um claro liame entre a vontade do agente e o comportamento tido como ilícito.⁸ Enquanto a tipologia do art. 10 aceita tanto o dolo quanto a culpa, a do art. 11, por ser silente a respeito do elemento subjetivo do agente público, somente se harmoniza com o dolo. Assim, agindo dolosamente, o agente pode violar apenas os princípios regentes da atividade estatal ou avançar e, também, causar dano ao patrimônio público. Mesmo que pare no *minus*, é plenamente factível que de sua conduta possa advir um dano indireto ao patrimônio público, que absorve não só os aspectos financeiros, como, também, o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística.⁹

Ressalte-se, no entanto, que essa linha limítrofe entre o fim do primeiro atuar doloso e o início do segundo é normalmente encoberta pela unidade existencial da conduta praticada pelo agente, o que torna impossível ou particularmente difícil a sua individualização. De qualquer modo, esse óbice será afastado quando

⁸ Cf. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 3ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 342 e ss..

⁹ Cf. GARCIA. *Improbidade...*, p. 252-254.

a própria Lei incluir, sob a epígrafe do art. 11, condutas que normalmente redundam num dano ao patrimônio público. É o caso, por exemplo, da figura do inciso V do art. 11: “*frustrar a licitude de concurso público*”. Esse ato de improbidade pode redundar na anulação do concurso público e, conseqüentemente, acarretar a perda de todo o numerário despendido pelo Poder Público com a sua organização. Apesar de a Lei nº 8.429/1992 não deixar margem a dúvidas quanto à sua inclusão no art. 11, ter-se-á um dano e o correlato dever de ressarcir-lo.

Em outras situações, a tarefa do operador do direito será sensivelmente mais complexa. É o caso, por exemplo, do inciso I do art. 11 (“*praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência*”), cuja generalidade não precisa ser realçada e que, por isso, será necessariamente infringido em praticamente todos os atos de improbidade contemplados nos arts. 9º e 10. Assim, a depender das especificidades do caso concreto, não haverá óbice ao enquadramento da conduta em tipologias mais específicas, como soem ser as desses últimos artigos.

Constatado que o dever de ressarcir o dano causado pode decorrer de qualquer dos atos de improbidade previstos na Lei nº 8.429/1992, resta verificar a sua natureza jurídica, os contornos gerais do denominado dano moral e a possibilidade, ou não, de o ato de improbidade vir a causar um dano dessa natureza ao Poder Público.

3. O RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO

A ideia de ressarcimento integral do dano indica que a esfera jurídica do lesado deve retornar ao estado em que se encontrava por ocasião da prática do ato ilícito. Não obstante a sistemática adotada pela Lei nº 8.429/1992, que o incluiu sob a epígrafe das sanções, ele não representa uma punição para o ímprobo; afinal, busca, apenas, repor o *status quo*.¹⁰ Jérémie Bentham, há mais de dois séculos, já

¹⁰ No mesmo sentido: CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal, v. II, trad. de FRANCESCHINI, José Luiz V. de A. e PRESTES BARBA, J. R., São Paulo: Edição Saraiva, 1957, § 693, p. 145.

observava que se a medida aplicada ao criminoso consiste numa soma de dinheiro que dele é exigida como equivalente à perda que causou a terceiro, tem-se um ato de satisfação pecuniária (*satisfaction pécuniaire*), não de punição.¹¹ Kelsen,¹² do mesmo modo, averba que “a obrigação de reparar o dano infligido a outro Estado, seja ela diretamente estipulada pelo Direito internacional geral ou estabelecida por meio de acordo entre os dois Estados envolvidos, não é uma sanção - tal como caracterizado às vezes - mas uma obrigação substitutiva que ocupa o lugar da obrigação original violada pelo delito (*rectius: ato ilícito*) internacional.”

Em seus contornos gerais, o dever de ressarcir pressupõe: a) a ação ou omissão do agente, residindo o elemento volitivo no dolo ou na culpa; b) o dano; c) a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano ocorrido; d) que da conduta do agente, lícita (ex.: agente que age em estado de necessidade) ou ilícita, surja o dever jurídico de reparar. Especificamente em relação ao nosso objeto de estudo, tem-se que a prática do ato de improbidade faz surgir, para o agente o público e os terceiros com ele conluiados, o dever de ressarcir o dano causado, o que decorre não só do “sancionamento” instituído pelo art. 12, como, também, do dever jurídico veiculado pelo art. 5º, *verbis*: “[o]correndo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

O vocábulo ressarcimento exprime a ideia de equivalência na contraprestação, apresentando-se como consequência da atividade do agente que ilicitamente causa dano ao sujeito passivo do ato de improbidade. A reparação, consoante a dicção da Lei nº 8.429/1992, há de ser integral, o que torna cogente o dever de ressarcir todos os prejuízos sofridos pela pessoa jurídica lesada, qualquer que seja a sua natureza. Insuficiente o *quantum* fixado a título de reparação, caberá à Fazenda Pública ajuizar as ações necessárias à complementação do ressarcimento.¹³ Sob este aspecto,

¹¹ Cf. DUMOND, Ét. *Théorie des Peines et des Récompenses. Extraits des Manuscrits de Jérémie Bentham*, Bruxelas: Societé Belge de Librairie, 1840, p. 14.

¹² *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹³ Lei nº 8.429/1992, art. 17, § 2º.

é relevante observar que a independência com a esfera cível foi levada a extremos, já que a pessoa jurídica lesada será instada a integrar o polo ativo da ação caso não a tenha ajuizado¹⁴ (art. 17, § 3º); terá total liberdade para suprir as falhas e omissões detectadas na inicial; poderá produzir as provas que demonstrem a dimensão do dano; e terá ampla possibilidade de apresentar as irregularidades recursais pertinentes; inexistem, assim, justificativas para a injurídica possibilidade de renovação da lide. Com o objetivo de harmonizar referida norma com o instituto da coisa julgada,¹⁵ entendemos que o ulterior pleito indenizatório somente deve ser admitido quando (1) a Fazenda Pública não houver integrado o polo ativo; (2) a dimensão do dano não tenha sido discutida; ou (3) fatos supervenientes, não valorados na lide originária, embasem a lide posterior.

Tratando-se de dano causado por mais de um agente público, ou por um agente público e um terceiro, uma vez demonstrado que concorreram voluntariamente para o resultado, ter-se-á a obrigação solidária de reparar, do que decorre a possibilidade de o montante devido ser integralmente cobrado de qualquer deles.¹⁶

Se o dever jurídico de ressarcir não parece suscitar maiores dúvidas, o mesmo não pode ser tido em relação ao que está incluído sob a epígrafe do “dano”. É nesse ponto que iniciamos nossas considerações a respeito do dano moral na seara da improbidade administrativa.

4. CONTORNOS GERAIS DO DANO MORAL NO ÂMBITO PRIVADO

O dano moral, por vezes, é caracterizado como uma ofensa de natureza não patrimonial, atingindo, primordialmente, os direitos da personalidade, assentados num referencial de humanidade e insuscetíveis de exata mensuração econômica. Sob essa pers-

¹⁴ Lei nº 8.429/1992, art. 17, § 3º.

¹⁵ CR/1988, art. 5º, XXXVI.

¹⁶ Código Civil, art. 942. Em harmonia com o sistema, o TJRS decidiu que “*responde pelos prejuízos causados ao erário, solidariamente, tanto o servidor, beneficiado pela irregularidade, como o prefeito municipal, na qualidade de gestor dos gastos públicos, tendo conhecimento do ato ilegal, causador do dano sujeito à reparação*” (3ª CC, AP nº 598331445, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. em 11/3/1999).

pectiva, somente a pessoa humana poderia sofrê-lo, não a pessoa jurídica, criação de ordem legal ou contratual desprovida de personalidade subjetiva, não sentindo dor ou emoção. Essa concepção inicial, no entanto, não se coaduna com a constatação de que alguns atributos da personalidade, como a imagem e a reputação, podem assumir contornos objetivos, não necessariamente associados ao referencial de humanidade.

A honra, além do aspecto subjetivo, afeto aos sentimentos característicos da espécie humana, também alcança a reputação e o bom nome da pessoa junto a terceiros que com ela se relacionem, ou que estejam em vias de se relacionar. A honra, assim, possui contornos de imanência, refletindo a própria estima, e de transcendência, indicando o reconhecimento externo do próprio valor.¹⁷ Partindo-se dessa distinção, pode-se falar, como o faz parte da doutrina italiana, em danos não patrimoniais subjetivos (dor física e moral) e danos não patrimoniais objetivos (ofensas ao bom nome, à reputação etc.),¹⁸ o que bem demonstra a estreiteza do entendimento que contextualiza a honra num plano puramente personalista.¹⁹ Afinal, é plenamente factível que também as pessoas jurídicas possuem um conceito, uma reputação, permitindo, assim, venham a sofrer danos não patrimoniais objetivos.

A configuração do dano moral, como é intuitivo, pressupõe a violação de um bem ou interesse juridicamente tutelado. Nessa perspectiva, é necessária a verificação do referencial de juridicidade que dá sustentação aos direitos das pessoas naturais e jurídicas. Os direitos da personalidade (v.g.: honra, intimidade etc.), nitidamente reconduzíveis à ideia de dignidade humana, costumam encontrar contemplação expressa ou implícita em diversas Constituições, não havendo maior dúvida quanto à juridicidade de seus contornos. Em relação às pessoas jurídicas, tem-se que al-

¹⁷ Cf. ROSADO IGLESIAS, Gema. *La titularidad de derechos fundnamentales por la persona jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 197.

¹⁸ Cf. CORTESE, WANDA. *La Responsabilità per Danno all'Immagine della Pubblica Amministrazione*, Padova: CEDAM, 2004, p. 105 e ss..

¹⁹ Nesse sentido: BALAGUER CALLEJÓN, Maria Luisa. *El derecho fundamental al honor*, Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 142; e COSSIO, Manuel de. *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 181.

gumas ordens constitucionais, como a portuguesa²⁰ e a alemã²¹, prevêm, expressamente, que também elas possuem direitos fundamentais, desde, naturalmente, que sejam compatíveis com a sua natureza; são excluídos, assim, os direitos que pressupõem, como requisito essencial à sua fruição, a condição humana (v.g.: direito à integridade física, à vida etc.), e absorvidos aqueles que não a exijam (v.g.: o direito à reputação). Nessa linha, identificada a violação dos direitos fundamentais que lhes são inerentes, será plenamente possível a configuração do dano moral.

Mesmo nos sistemas em que a ordem constitucional é silente a respeito da temática - a grande maioria, diga-se de passagem -, tem sido acolhido o argumento de que o fenômeno associativo é indissociável da realidade social, sendo uma forma de maximizar o atendimento às necessidades individuais. A pessoa jurídica, assim, enquanto instrumento a serviço da pessoa humana, deve ter os contornos de sua proteção definidos em harmonia com a sua essência e *ratio* existencial, o ser humano. Nessa perspectiva, não haveria sentido, por exemplo, em reconhecer a liberdade de culto individual e negá-la à organização religiosa constituída especificamente para esse fim, estando plenamente difundido o argumento de que também as pessoas jurídicas possuem alguns direitos tidos como fundamentais.

O Tribunal Constitucional espanhol já teve oportunidade de afirmar que *“nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales.”*²²

No direito italiano, a Suprema Corte de Cassação,²³ centrando a sua atenção na lei civil, entendeu que o dano não patrimonial

²⁰ Constituição portuguesa de 1976, art. 12, 2: *“As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”*.

²¹ *Grundgesetz* alemã de 1949, art. 19, 3: *“Os direitos fundamentais, na medida em que sejam compatíveis com sua natureza, também protegem as pessoas jurídicas nacionais”*.

²² Sentença nº 32/1989, de 13/02/1989. No mesmo sentido: Sentença nº 241/1992, de 21/12/1992.

²³ Sentença nº 26972, 24/06/2008, publicado em 11/11/2008.

deve ser ressarcido não só nas hipóteses expressamente previstas na letra do art. 2059 do Código Civil de 1942,²⁴ como, também, em todos os casos em que o ato ilícito tenha lesado um interesse ou valor de relevo constitucional.²⁵ Em relação à pessoa humana, isto decorreria da inviolabilidade dos direitos fundamentais²⁶ e da necessária interpretação evolutiva do texto constitucional. Quanto às pessoas jurídicas, somente a partir da Sentença nº 12.929/2007 a Corte efetivamente equiparou pessoas físicas e jurídicas, entendendo que as últimas estariam igualmente suscetíveis de sofrer danos não patrimoniais, com exceção daqueles de natureza biológica, nos quais o aspecto físico é requisito imprescindível; em sua fundamentação, aduziu que a força normativa do art. 2º da Constituição de 1947 projeta-se, igualmente, sobre as formações sociais integradas pelos seres humanos.²⁷

No direito brasileiro, à mingua de restrição no texto constitucional, que não distingue pessoas humanas de pessoas jurídicas, prevendo uma cláusula geral de reparação dos danos morais,²⁸ bem como por estar em plena harmonia com a natureza

²⁴ *“Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.”*

²⁵ Nas palavras do Tribunal: Sentenças nº 8.827 e 8.828/2003.

²⁶ Nas palavras do Tribunal: *“[d]al principio del necessario, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l’obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale”* (Sentença nº 26.972/2008, considerando 4.1).

²⁷ Nas palavras do Tribunal: *“[p]oiché anche nei confronti della persona giuridica e in genere dell’ente collettivo è configurabile la risarcibilità del danno non patrimoniale allorquando il fatto lesivo incida su una situazione giuridica della persona giuridica o dell’ente che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Costituzione, e fra tali diritti rientra l’immagine della persona giuridica o dell’ente; allorquando si verifichi la lesione di tale immagine è risarcibile, oltre al danno patrimoniale, se verificatosi, e se dimostrato, il danno non patrimoniale costituito dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica o dell’ente che esprime la sua immagine, sia sotto il profilo della incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell’agire delle persone fisiche che ricoprono gli organi della persona giuridica o dell’ente e, quindi, nell’agire dell’ente, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica o l’ente di norma interagisca. Il suddetto danno non patrimoniale va liquidato alla persona giuridica o all’ente in via equitativa, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto”*.

²⁸ CR/1988, art. 5º, V: *“É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”*. CR/1988, art. 5º, X: *“São inviolá-*

das coisas, tem sido acolhida a tese de que a pessoa jurídica pode sofrê-los, não sendo possível estabelecer uma simbiose entre a reputação dos seus membros e a sua. Trata-se de entendimento sedimentado pelas duas Turmas que compõem a Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça,²⁹ sendo convertido em enunciado de sua Súmula,³⁰ o que denota a atual tendência de se buscar a ampla reparação do dano causado. O Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo, também admitiu a possibilidade de reparação do dano moral causado à pessoa jurídica,³¹ que não poderia ser alijada dos direitos fundamentais reconhecidos às pessoas em geral.

É indiscutível que determinados atos podem diminuir o conceito da pessoa jurídica junto à comunidade,³² ainda que não haja uma repercussão imediata sobre o seu patrimônio. Existindo o dano não patrimonial ou moral, o que se constata a partir da avaliação da conduta tida como ilícita e das regras de experiência, deve ser promovido o seu ressarcimento *integral*, o que será feito com o arbitramento de numerário compatível com a qualidade dos envolvidos, as circunstâncias da infração e a extensão do dano, tudo sem prejuízo da reparação das perdas patrimoniais.

veis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁹ “Responsabilidade civil. Dano moral. Pessoa jurídica. A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente. Recurso conhecido, pela divergência, mas improvido” (STJ, 4ª Turma, REsp. nº 60.033-2-MG, Rel. Min. Ruy Rosado, j. em 9/8/1995, RJSTJ 85/269). “Protesto indevido. Danos morais. Pessoa jurídica. Responde o banco pelos prejuízos decorrentes do protesto indevido de título já pago. Pacificou-se o entendimento desta Corte no sentido de que as pessoas jurídicas podem sofrer danos morais” (STJ, 3ª Turma, REsp. nº 251.078-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 18/5/2000, DJ de 14/8/2000). No mesmo sentido: 4ª Turma, REsp. nº 112.236-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado, j. em 28/4/1997, RJS-TJ 102/370, e 3ª Turma, REsp. nº 58.660-7-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 3/6/1997, RSTJ 103/175.

³⁰ Súmula nº 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

³¹ 2ª T., AGREG nº 244.072/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 02/04/2002, DJ de 17/05/2002.

³² O art. 219 do Código Penal Militar pune a conduta do militar que venha a propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de ofender a dignidade ou abalar o crédito das Forças Armadas ou a confiança que estas merecem do público.

5. A CAUSAÇÃO DE DANO MORAL ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

Do mesmo modo que as pessoas jurídicas de direito privado, as de direito público também gozam de determinado conceito junto à coletividade, do qual muito depende o equilíbrio social e a subsistência de várias negociações, especialmente em relação: a) aos organismos internacionais, em virtude dos constantes empréstimos realizados; b) aos investidores nacionais e estrangeiros, ante a frequente emissão de títulos da dívida pública para a captação de receita; c) à iniciativa privada, para a formação de parcerias; d) às demais pessoas jurídicas de direito público, o que facilitará a obtenção de empréstimos e a moratória de dívidas já existentes etc.

O grande obstáculo que se enfrenta, no entanto, é identificar a base normativa que dá sustentação ao direito à imagem e à reputação das pessoas jurídicas de direito público, que, juntamente com algumas pessoas jurídicas de direito privado, são sujeitos passivos em potencial dos atos de improbidade.

Inicialmente, observa-se que os direitos fundamentais surgiram como fatores de limitação à atuação do Estado, que reconhece e assegura a indenidade de uma esfera jurídica afeta ao indivíduo. Lembrando o título da sugestiva monografia de Paul Kirchhof,³³ o Estado normalmente se apresenta como “*garantidor e inimigo da liberdade*”. Em consequência, seria contraditório, ao menos sob a ótica de parte da doutrina, que o principal algoz dos direitos fundamentais, justificador de sua própria existência, seja por eles beneficiado;³⁴ em outras palavras, não seria possível a “confusão” entre destinatário e titular dos direitos fundamentais. Como afirmou o Tribunal Constitucional espanhol, “*no pueden desconocerse las importantes dificultades que existen para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a tales entidades, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del*

³³ *Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit - Von Privileg und Überfluss zu einer Kultur des Masses*, München: Ferdinand Schöningh, 2004.

³⁴ Cf. ROSADO IGLESIAS, *La titularidad...*, p. 251-253.

art. 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública.”³⁵ Assim, caso um ente público viole certos aspectos da esfera jurídica de outro ente público, ainda que facilmente enquadráveis na categoria dos direitos fundamentais, o que se teria, em verdade, seria mero conflito de competências.

Mesmo aqueles que apregoam a exclusão das pessoas jurídicas de direito público da titularidade e do âmbito de proteção dos direitos fundamentais reconhecem que alguns entes públicos, enquanto realidades distintas do Estado-comunidade (*rectius*: o Poder Público), com interesses próprios e autonomia de ação, como são os conselhos de fiscalização profissional e as universidades, possuem os direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza.³⁶ Acresça-se, em reverência à juridicidade e por imperativo de ordem lógica, que não se podem negar às pessoas jurídicas de direito público certas garantias processuais, como o devido processo legal e o princípio do juiz natural, sejam, ou não, cognominadas de direitos fundamentais.

Reconheça-se, ou não, que a funcionalidade dos direitos fundamentais projeta-se sobre as pessoas jurídicas de direito público, é inegável que também elas, enquanto unidades existenciais autônomas, dotadas de capacidade jurídica e que estabelecem relações intersubjetivas no âmbito do Estado de Direito, têm uma esfera jurídica própria e, por via reflexa, possuem “direitos”. Esses “direitos” tanto podem estar expressos na Constituição e na lei, como derivar de sua essência, do referencial de juridicidade que permeia todo e qualquer Estado de Direito. Nessa linha, se não se nega a coerência lógica da tese que afirma estarem os direitos fundamentais primordialmente voltados à proteção do indivíduo contra o Estado, não se pode negar, igualmente, que também o Estado possui direitos em relação indivíduo (v.g.: direito de propriedade, direito de defesa etc.).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais torna evidente que também eles influenciarão na interpretação da ordem ju-

³⁵ Sentença n° 91/1995, de 19/06/1995.

³⁶ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 114.

rídica, o que necessariamente contextualiza seus comandos num padrão de juridicidade, terminando por influir no delineamento de todo e qualquer “direito”, seja, ou não, fundamental, seja, ou não, outorgado a pessoas privadas. Não é por outra razão que o Tribunal Constitucional espanhol já reconheceu que as pessoas jurídicas de direito público têm direito à *“tutela efectiva de los jueces y tribunales”*, o que decorre da capacidade de ser parte num processo;³⁷ e possuem os mesmos direitos de liberdade de que desfruta a generalidade dos cidadãos, em especial aqueles previstos no art. 20 da Constituição espanhola.³⁸

Conquanto seja difícil definir, com precisão, a exata extensão dos *“direitos”* afetos às pessoas jurídicas de direito público, observa-se que alguns deles, mais especificamente aqueles afetos à sua personalidade jurídica e à sua capacidade de agir, são facilmente perceptíveis. A personalidade jurídica de um ente é claro indicativo de que ele existe juridicamente, configurando uma unidade a que se atribui a capacidade de ter direitos e deveres. Em torno dessa unidade existencial aglutinam-se inúmeros *“direitos”* afetos à sua própria essência, como são, por exemplo, os de (1) ter denominação ou símbolo próprio; (2) expressar, por meio dos seus agentes, o entendimento a respeito de temáticas específicas; e de (3) ter uma imagem, daí decorrendo a proteção de sua reputação. É plenamente possível, assim, que o ato de improbidade venha a

³⁷ Sentença nº 19/1983, de 14/03/1983.

³⁸ Constituição espanhola de 1978, art. 20: *“1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”*.

macular o conceito de que gozam as pessoas jurídicas relacionadas no art. 1º da Lei nº 8.429/1992, daí decorrendo um dano de natureza não patrimonial passível de indenização.^{39/40}

Não se sustenta, é evidente, que todo e qualquer ato de improbidade seja suscetível de causar danos não patrimoniais ao respectivo sujeito passivo. Em múltiplas situações, no entanto, tal será inequívoco. À guisa de ilustração, mencionaremos apenas algumas, dentre as hipóteses previstas na Lei nº 8.429/1992, que poderão eventualmente acarretar um prejuízo não patrimonial: a) recebimento de vantagem de qualquer natureza para tolerar a prática do contrabando e do narcotráfico (art. 9º, V); b) perceber vantagem para intermediar a liberação de verba pública (art. 9º, IX); c) causar dano ao erário com a realização de operação financeira sem a observância das normas legais (art. 10, VI); d) liberar verba pública ou aplicá-la com inobservância da sistemática legal (art. 10, XI); e) revelar indevidamente o teor de medida econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço (art. 11, VII).

Ao reconhecermos que o direito à imagem e à reputação é ínsito e inseparável da própria personalidade jurídica, integrando a esfera jurídica do sujeito passivo do ato de improbidade, temos de atribuir, por via reflexa, ao sujeito ativo do ato de improbidade, o dever jurídico de respeitá-lo ou, em caso de descumprimento,

³⁹Também admitindo a reparação do dano moral: FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*, 2ª ed., São Paulo: 2001, p. 304; MATTOS NETO, Antonio José de. “Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa”, in *Revista dos Tribunais* nº 752/40; TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. “O Estado como Sujeito Passivo de Danos Morais Decorrentes de Ato de Improbidade Administrativa”, in *Revista Fórum Administrativo*, jan./02, p. 39; Idem. *Discricionariedade Administrativa, Ação de Improbidade & Controle Princiopológico*, Curitiba: Editora Juruá, 2004, p. 210-211; e GOMES, José Jairo. “Apontamentos sobre a Improbidade Administrativa”, in *Improbidade Administrativa*, 10 anos da Lei nº 8.429/92, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 264-265.

⁴⁰Juarez Freitas entende que a multa cominada no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 tem a função de reparar o dano moral (“Do princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação”, in *Revista de Informação Legislativa* nº 129/55). Em nosso entender, inexistente similitude entre a multa civil e o dano moral. Aquela tem natureza punitiva, sendo estabelecida com observância dos valores relativos estabelecidos na Lei nº 8.429/1992. O dano moral, por sua vez, tem natureza indenizatória, sendo mensurado de acordo com a dimensão da mácula causada.

o dever de ressarcir integralmente o dano causado. Em casos tais, deverá o órgão jurisdicional contextualizar o ilícito praticado, transcendendo os lindes do processo e identificando a dimensão da mácula causada à reputação do ente estatal, o que permitirá a correta valoração do dano não patrimonial e a justa fixação da indenização devida, que será revertida à pessoa jurídica lesada pelo ilícito.⁴¹

6. OS ATOS DE IMPROBIDADE E O DANO MORAL COLETIVO

Além do dano não patrimonial de natureza objetiva, é importante perquirir a possibilidade de o ato de improbidade causar um dano não patrimonial de natureza subjetiva (dor física e moral). Sendo evidente que a pessoa jurídica não pode sofrer uma dor moral, o prisma de análise há de ser deslocado para a coletividade, que efetivamente poderá experimentar um sofrimento com o dano a bens jurídicos de natureza não econômica. Note-se que estamos perante um evidente redimensionamento do individualismo oitocentista, que estabelecia uma correspondência biunívoca entre direito e personalidade, sendo ontologicamente refratário à própria defesa coletiva de direitos alheios.

O reconhecimento do dano moral enquanto *dano in actio ipsa*, o que dispensa a demonstração da efetiva dor e sofrimento, exigindo, apenas, a prova da conduta tida como ilícita, é um claro indicativo da possibilidade de sua defesa no plano transindividual, volvendo o montante da indenização em benefício de toda a coletividade, que é vista em sua inteireza, não dissecada numa visão anatômica, pulverizada entre os indivíduos que a integram. Como se percebe, para que seja demonstrada a existência e a possibilidade de reparação do dano moral coletivo, sequer é preciso recorrer à figura dos danos punitivos (*punitive damages*).

Na modernidade, o direito deixa de ser visto como panacéia do indivíduo e assume a funcionalidade de fator de integração e pacificação social, daí a crescente importância atribuída à tutela coletiva de interesses patrimoniais ou puramente morais.

⁴¹ Lei nº 8.429/1992, art. 18.

A Lei nº 8.429/1992, como temos defendido, não se destina unicamente à proteção do erário, concebido como o patrimônio econômico dos sujeitos passivos dos atos de improbidade, devendo alcançar, igualmente, o patrimônio público em sua acepção mais ampla, incluindo o patrimônio moral. Danos ao patrimônio histórico e cultural, bem como ao meio ambiente, afora o prejuízo de ordem econômica, mensurável com a valoração do custo estimado para a recomposição do *status quo*, causam evidente comoção no meio social, sendo passíveis de caracterizar um dano moral coletivo, o qual encontra previsão expressa no art. 1º da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 8.884/1994.⁴²

A reparabilidade do dano moral coletivo, no entanto, suscitará algumas dificuldades. A primeira delas é constatada pelo fato de a Lei nº 8.429/1992 somente abordar os danos causados ao patrimônio das pessoas jurídicas referidas em seu art. 1º,⁴³ o que poderia não incluir o dano moral causado à coletividade. Para contornar o obstáculo, deve-se observar que o patrimônio público, de natureza moral ou patrimonial, em verdade, pertence à própria coletividade, o que, *ipso facto*, demonstra que qualquer dano causado àquele erige-se como dano causado a esta. Assim, ao se falar num dano dessa natureza, apesar da separação das partes que atingem a pessoa jurídica lesada e a coletividade, não se está instituindo uma verdadeira dicotomia entre os sujeitos passivos do ilícito, mas, unicamente, individualizando uma parcela do dano experimentado pelo verdadeiro titular do bem jurídico, o povo.

A segunda dificuldade é vislumbrada no mecanismo a ser utilizado para a identificação do dano. Aqui, será necessário aquilatar a natureza do bem imediatamente lesado pelo ímprobo, a natureza dessa lesão e a dimensão do impacto causado na coletividade, o que permitirá a aferição da comoção e do mal-estar passíveis de individualizar um dano moral de proporções coletivas.

⁴² A Lei nº 7.347/1985, art. 1º: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados...”.

⁴³ Lei nº 8.429/1992, art. 10.

Em terceiro lugar, não se pode deixar de mencionar a dificuldade em mensurar o valor da indenização a ser fixada a título de compensação pelo dano moral causado, o que, em passado recente, chegou a ser erguido à categoria de óbice intransponível à própria reparação do dano moral. Nessa última etapa, entendemos que o valor da indenização deve ser suficiente para desestimular novas práticas ilícitas e para possibilitar que o Poder Público implemente atividades paralelas que possam contornar o ilícito praticado e recompor a paz social (v.g.: o agente público que determine a destruição de área de proteção ambiental diuturnamente utilizada pela população local, além de ser condenado a recompô-la, deve ser condenado a indenizar o dano moral causado à coletividade, que se viu privada da utilização de uma área de lazer, sendo o numerário direcionado à implementação de atividades de natureza similar, como a criação de um horto).

Acresça-se, ainda, que todos os membros da coletividade têm o direito⁴⁴ de exigir dos administradores públicos que atuem com estrita observância do princípio da juridicidade, o que pode ser considerado um direito transindividual e indisponível, de natureza eminentemente difusa, já que pulverizado entre todas as pessoas. Essa concepção, no entanto, em que pese o fato de todos auferirem os efeitos de uma boa administração, não deve ser conduzida a extremos, culminando em identificar a ocorrência do dano moral sempre que for violado algum princípio administrativo ou mesmo lesado o erário.

Por último, observa-se que a indenização do dano moral causado à coletividade não deve reverter à pessoa jurídica lesada, tal qual preceitua o art. 18 da Lei nº 8.429/1992 em relação aos danos causados aos sujeitos passivos dos atos de improbidade. Apesar da unidade do ato ilícito, os seus efeitos devem ser vistos de forma bipartida, vale dizer, aqueles causados ao sujeito passivo do ato de improbidade e aqueles causados à coletividade,

⁴⁴ Esse direito é decorrência lógica das regras e dos princípios instituídos pelo art. 37 da CR/1988 e da própria disciplina dispensada à ação popular pelo art. 5º, LXXIII, da CR/1988.

aplicando-se, em relação aos últimos, o disposto no art. 13 da Lei nº 7.347/1985 (“*Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo...*”).

EPÍLOGO

A contenção da improbidade administrativa, enquanto ato ilícito que desestabiliza as relações político-administrativas e causa um evidente custo social, exige sejam envidados esforços no sentido de se buscar a máxima efetividade da Lei nº 8.429/1992, o que inclui o “*ressarcimento integral do dano causado*”. Na medida em que o sujeito passivo do ato de improbidade, titular de direitos e deveres por força de sua personalidade jurídica, pode sofrer um dano não patrimonial que comprometa a sua imagem e reputação, tem-se o surgimento, para o sujeito ativo, do dever de ressarcilo. Acresça-se que a unidade existencial do ato de improbidade permite que, na mesma relação processual, seja igualmente imposta a obrigação de ressarcir o dano não patrimonial causado à coletividade. 📄

A Abolição Inconclusa e o *Apartheid* que nos Coube

Renato Ferreira

Advogado. Pesquisador do Laboratório de Políticas Públicas da UERJ.

Veja quem são os novos juízes! Assim dizia a manchete sobre uma linda fotografia que estampava os sorrisos de umas cinquenta pessoas recém-empossadas na carreira da magistratura estadual do Rio de Janeiro. A foto também trazia uma dupla constatação: positivamente, as mulheres estavam em maior número, mas negativamente, não havia um afrodescendente entre eles. Negro ali, só se via na cor das togas!


“Depois que os últimos escravos houverem sido arrancados do poder sinistro que representa para a raça negra a maldição da cor, será ainda preciso desbastar, por meio de uma educação viril e séria, a lenta estratificação de trezentos anos de cativeiro, isto é, de despotismo, superstição e ignorância”.

A frase de Joaquim Nabuco, em seu *O abolicionista*, de longa data já estabelecia a educação dos libertos e seus descendentes como uma verdadeira opção republicana, não só para redução das desigualdades legadas pela escravidão, mas também para fomentar um desenvolvimento possível e necessário ao País. Décadas e mais décadas se passaram sem que tais políticas públicas fossem implementadas de modo efetivo. Optou-se por consolidar nosso nacionalismo com base num universalismo vazio, ancorado no mito da democracia racial. Hoje, a exatos 121 anos da abolição da escravatura, todas as estatísticas (some-se a elas o fenótipo das pessoas naquela fotografia) são impiedosas em constatar que tomamos um rumo tortuoso: não enfrentar as desigualdades ra-

ciais impediu a integração material entre negros e brancos no Brasil. Neste sentido, estamos ainda atados a uma pré-modernidade - herdada de nossos colonizadores - que insistimos em não superar, ancorados inutilmente no sofisma de que a miscigenação não se coaduna com a desigualdade.

A secular inércia pública contra o racismo estrutural, a baixa densidade de nosso estado de bem-estar, somados a uma boa dose de democracia racial consolidaram uma abolição inconclusa, e por esta narrativa cristalizaram o *apartheid* que nos coube: disfarçado, sinuoso, mas terrivelmente eficaz, não só para permitir que muitas desigualdades continuassem baseadas nas diferenças, mas também para sustentar uma enorme invisibilidade para o problema. Desta forma, estabeleceu-se uma profunda letargia nos governantes, impedindo a construção de políticas que nos teriam feito romper com desigualdades incompatíveis com o estado democrático de direito.

Há sete anos, uma das alternativas para este quadro começou a ser traçada, e já se materializa em 35 universidades públicas e em dezenas de instituições privadas. As políticas de inclusão, dentre elas as cotas, são caminhos viáveis e remetem a um novo modelo de desenvolvimento, pois se assentam na promoção da diversidade, sem revanchismo, como fio condutor para a redução de nossas injustiças históricas.

Este significativo, inexorável e gradual processo de inclusão encontra-se em cheque no Supremo Tribunal Federal e também em nosso Tribunal de Justiça, mas espera-se - por amor não só aos negros, mas ao Brasil - que a decisão de nossos magistrados promova a realidade racial democrática que um dia haveremos de ver estampada nas fotografias de todos os espaços de poder. Assim, as fotos irão revelar, de modo afirmativo, que nenhuma desigualdade poderá mais fundamentar-se na diferença. Por uma questão de justiça, poderá até não haver diversidade na cor das togas, mas haverá na dos juizes. 

A Importância das Ações Coletivas nas Relações de Consumo de Massa

Eduardo Buzzinari Ribeiro de Sá
Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O TEMA

A proteção dos direitos humanos é uma ideia tão antiga quanto o próprio homem. Ainda que os códigos das primeiras civilizações não ostentassem a preocupação de limitar os poderes estatais ou atribuir direitos ao homem, a necessidade de existirem garantias mínimas ao indivíduo é uma ideia imanente à própria personalidade humana. A sistematização formal dos direitos humanos inicia-se, contudo, com o constitucionalismo, cuja origem remonta à Magna Carta Inglesa imposta pelos barões de Londres ao Rei João Sem Terra em 15 de junho de 1215.

A primeira geração de direitos humanos marca a consagração do Estado Liberal e a proteção dos direitos e garantias individuais, tais como os direitos à vida, à liberdade de locomoção e à livre manifestação do pensamento. Tais direitos foram consagrados em dois documentos de inestimável valor histórico: a Declaração da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A segunda geração dos direitos humanos nasceu com o surgimento do *Welfare State* e possui como marcos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. É a consagração dos direitos sociais, como os direitos à educação, ao trabalho, à saúde, entre outros. A preocupação de proteger o indivíduo das arbitrariedades do Estado cede espaço à preocupação de proteger

o homem da exploração pelo próprio homem. A terceira geração de direitos humanos cuida da proteção dos interesses transindividuais, que são compartilhados por diversos titulares reunidos pela mesma relação de fato ou de direito. São alguns exemplos: o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à proteção do patrimônio histórico e cultural e o direito ao consumo sustentável.

Reconhecida a existência de interesses transindividuais compartilhados por diversos titulares, a ordem jurídica passou a admitir a substituição do acesso individual à Justiça por um processo coletivo único em proveito de todo o grupo. A substituição de inúmeras ações individuais pulverizadas por uma só ação coletiva representa inegável economia processual, além de evitar decisões contraditórias que contribuem para o desprestígio da Administração da Justiça. O exercício da tutela coletiva com participação de todos os interessados ou entidades que os representem conduz a uma solução mais célere e eficiente da lide.

2. A CLASS ACTION DO DIREITO NORTE-AMERICANO

A *class action* do sistema norte-americano encontra seus antecedentes no *Bill of Peace* do século XVII e pressupõe a existência de um elevado número de titulares de direitos que recebem um tratamento processual unitário e simultâneo por meio de um único expoente da classe. Para o seu ajuizamento, é necessário que seja impossível reunir todos os integrantes da classe, cabendo ao Juiz o controle sobre a adequada representatividade e a aferição da existência de comunhão de interesses. A modalidade de *class action* que apresenta interesse para o estudo das relações de consumo é a chamada *class action for damages*, por corresponder à nossa ação civil pública para a defesa de interesses transindividuais na espécie reparatória dos danos individualmente sofridos.

Para o ajuizamento da *class action for damages*, é necessária a concorrência dos requisitos da prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as individuais e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual. O espírito geral da regra permite facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas

para obter maior eficácia das decisões judiciais, mantendo os objetivos de resguardar a economia de tempo e assegurar a uniformidade das decisões.

A *damage class action* possui uma fase prévia de admissibilidade chamada de *certification*, após a qual o caso vai a júri, onde se produzem as provas no processo genérico. Em seguida, o Juiz de primeira instância confirma ou rejeita a decisão do júri. No caso de confirmação, o processo segue para a sentença final de mérito e, na etapa posterior, passa-se à liquidação dos danos.

3. A TUTELA COLETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O legislador brasileiro se inspirou na *class action for damages* norte-americana para criar a ação civil pública para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, adaptando-a ao sistema da *civil law*. Não se olvida da existência de outros mecanismos jurídicos para o exercício da tutela coletiva, como a ação popular e o mandado de segurança coletivo, contudo nos restringiremos ao exame da ação civil pública por ter ela maior interesse na solução de conflitos transindividuais de consumo.

A ação civil pública é uma ação de responsabilidade civil utilizada para a defesa de quaisquer interesses transindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Tal interpretação é resultante da amplitude da redação do art. 129, III da Constituição Federal, observando-se que a expressão direitos individuais homogêneos somente foi cunhada dois anos mais tarde, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Embora tenha caráter essencialmente condenatório, a doutrina admite a ação civil pública com pedido meramente declaratório, constitutivo ou, até mesmo, mandamental. Na primeira hipótese, o objeto da condenação pode consistir em uma obrigação de dar, fazer ou não fazer.

Os legitimados ativos estão listados no art. 5º da Lei nº 7.347/1985, sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público no processo, caso este não seja o autor da ação. A coisa julgada ultrapassa seus limites subjetivos tradicionais, uma vez que a sentença terá eficácia *erga omnes* e *ultra partes* em caso de proce-

dência do pedido. Em caso de improcedência por deficiência de provas, não se forma a coisa julgada e qualquer legitimado poderá intentar nova ação, valendo-se de nova prova. É o que a doutrina denomina coisa julgada *secundum eventum litis*.

A ação civil pública possui amplo campo de incidência sendo meio hábil para a defesa de quaisquer interesses transindividuais. Entre as matérias que constituem seu objeto, podemos relacionar: a defesa do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, a proteção do consumidor, a defesa do patrimônio cultural e dos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a garantia da probidade administrativa e defesa do patrimônio público, a proteção da ordem urbanística, da ordem econômica e da economia popular, a proteção dos direitos da criança e do adolescente, dos idosos e das pessoas portadoras de deficiência.

4. A TUTELA COLETIVA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Um dos maiores desafios do Estado Democrático de Direito moderno consiste em garantir a proteção eficiente do consumidor dentro do atual contexto de massificação do consumo. O fenômeno do consumo de massas representa um novo modelo de relação entre consumidores e fornecedores, devendo a ordem jurídica acompanhar essa evolução e criar mecanismos eficientes para a garantia do consumo sustentável.

Atualmente, uma enorme parcela das relações de consumo é representada por contratos de adesão reproduzidos aos milhares e sobre os quais o consumidor não possui nenhuma possibilidade de discussão ou alteração das cláusulas contratuais previamente estabelecidas pelo fornecedor. São exemplos rotineiros: os contratos de fornecimento de água, energia elétrica, serviços telefônicos, contratos bancários, alienação fiduciária de veículos, entre outros.

Em todas essas hipóteses não resta alternativa ao consumidor, senão concordar com aquilo que estabelece o fornecedor ou ficar sem o bem da vida. Esse panorama é propício para a ocorrência de diversas modalidades de práticas abusivas que diariamente são enfrentadas pelo Poder Judiciário em uma infinidade de ações individuais pulverizadas. Nesse contexto, é fácil perceber que o

consumidor merece formas de proteção mais eficazes, sendo o exercício da tutela coletiva um poderoso instrumento para alcançar esse objetivo.

Tomemos como exemplo a inclusão de uma cláusula abusiva em um contrato bancário de adesão que exija a cobrança de uma tarifa ilegal de valor pecuniário irrisório. Sendo o dano insignificante sob ponto de vista individual, poucos serão os consumidores que buscarão a tutela do Poder Judiciário para corrigir a ilegalidade. Não obstante, o dano poderá constituir um valor substancial em seu conjunto, considerando que os consumidores lesados podem chegar aos milhares. Daí, a importância do ajuizamento de ações coletivas para a defesa da ordem de consumo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações entre consumidores e fornecedores foram substancialmente alteradas pelo fenômeno da massificação do consumo. Deve a ordem jurídica acompanhar essa evolução e o fornecedor, mecanismos eficientes para a proteção e equilíbrio da ordem de consumo. Nesse contexto, o exercício da tutela coletiva constitui poderoso instrumento de defesa do consumidor.

A massificação do consumo e a invariável ocorrência de práticas abusivas e desleais conduzem a um panorama de abarrotamento dos tribunais com uma infinidade de ações individuais pulverizadas semelhantes. A substituição de inúmeras ações individuais por uma única ação coletiva resulta em uma solução mais eficiente da lide, por constituir inegável economia processual e evitar os inconvenientes de decisões judiciais contraditórias. O ajuizamento da ação coletiva contribui para desafogar o Poder Judiciário, possibilitando que inúmeras situações de fato sejam resolvidas no mesmo processo com maior celeridade processual.

Para que a ordem jurídica possa se adequar ao fenômeno da massificação do consumo e dar a resposta que a sociedade deseja, algumas metas devem ser estabelecidas. O primeiro passo consiste no fortalecimento do sistema de solução das demandas coletivas. Para tanto, deve ser aprimorado o debate em torno da possibilidade de suspensão obrigatória das ações individuais quando ajuizada

a ação coletiva, ao menos até a sentença final de mérito, a partir de quando os interessados promoveriam as respectivas execuções individuais. Tratar-se-ia de mitigar a regra do *opt out* herdada do direito norte-americano. Impende salientar, desde já, que não se pretende a violação do princípio constitucional do acesso à justiça, uma vez que a improcedência do pedido por deficiência de prova não produziria coisa julgada e não impediria o ajuizamento ou prosseguimento da ação por aquele que foi individualmente lesado.

O segundo passo corresponde à maior agilidade no ajuizamento das ações coletivas e exame das liminares. Quanto antes a ação coletiva for proposta e a liminar apreciada, maior a chance de se evitar o dano ou diminuir o número de lesados. Vale destacar que o termo de compromisso de ajustamento de condutas representa um importante mecanismo para a solução de demandas coletivas com celeridade. Como terceiro passo, indicamos a real implementação do Fundo de Defesa dos Direitos Transindividuais de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/1985 e a criação de mecanismos que garantam a sua eficácia. É a forma mais segura de canalizar e aplicar com correção os recursos financeiros provenientes das ações coletivas, fazendo com que sejam eles revertidos para o bem da coletividade.

Enfim, a implementação de uma *ordem de consumo sustentável* representa um dos maiores desafios do Estado Democrático de Direito moderno, reconhecida, inclusive, pela Resolução nº 153/1995 da ONU. As necessidades humanas, sobretudo quando alimentadas por processos predatórios de *marketing*, são infinitas. Nossos recursos naturais, por sua vez, são limitados. O equilíbrio entre essas duas realidades se impõe como condição de sustentabilidade do planeta. 📖