DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DOMO DE JANEIRO

REVISTA DE DIREITO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Rev. Dir. Def. Pub. I Rio de Janeiro I ano 19 I N° 21 I p.1 a 342 / 2006

EDiÇÃO

Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro

CONSELHO EDITORIAL

Luiz Inácio Araripe Marinho
Glauce Mendes Franco
Orlindo Elias Filho
José Fontenelle Teixeira da Silva
Edmo Garcia Campos.
(Resolução DPGE n° 277, de 06 de agosto de 2004)

COLABORAÇÃO EQUIPE CEJUR

Gleide Moreira Costa e Souza
Maria Júlia Gomes de Oliveira
Sandra Maria Cunha de Faria
Thales José Maciel Bento

Impresso no Brasil

Solicita-se permuta
Pidese canje
Ondemande l' echange
We ask for exchange
Si richieri 10 scambio

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro
Avenida Marechal Câmara 314 - Centro - Rio de Janeiro - RJ
CEP 20020-080

Revista de Direito da Defensoria Pública Ano 19 - n° 21 - dezembro de 2006 - Rio de Janeiro - Defensoria Pública Geral, 2006 342 p.

GOVERNADORA DO ESTADO ROSINHA GAROTINHO

DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO

Marcelo de Menezes Bustamante

1º SUBDEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO
Rogério dos Reis Devisate

2º SUBDEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO

Luiz Inácio Araripe Marinho

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA
Celina Maria Bragança Cavalcanti

SUBCORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Ana Lúcia Porto de Barros

CHEFE DE GABINETE DA DEFENSORIA PÚBLICA
Carlos Eduardo Alcântara de Amorim

ASSESSORES CíVEIS DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL

Jacinta Maria Rêgo Teixeira Lima

Paulo Cesar Ribeiro Galliez

Rosana Hasson Lyra

ASSESSOR CRIMINAL DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL
Eduardo Gomes de Moraes

DIRETOR-GERAL DO CENTRO DE ESTUDOS JURíDICOS DA DEFENSORIA PUBLICA GERAL DO ESTADO
José Paulo Tavares de Moraes Sarmento

COORDENADORA-GERAL DO ESTÁGIO FORENSE

Mônica de Kemp Borges Bustamante

DIRETOR-GERAL DE J\DMINISTRAÇÃO E FINANÇAS DA DEFENSORIA PUBLICA GERÁL DO ESTADO
Paulo Roberto Moreira

ASSESSOR DE PLANEJAMENTO E CONTROLE DA DEFENSORIA PUBLICA GERAL DO ESTADO Geraldo Cavalcante de Albuquerque Júnior

PRESlpENTE DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (FESUDEPERJ) José Raimundo Batista Moreira

COORDENADORA DE CURSOS E SEMINÁRIOS DA FUNDAÇÃO
ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (FESUDEPERJ)
Clotilde de Souza Lozano

OS CONCEITOS EMITIDOS NOS TRABALHOS QUE SE SEGUEM SÃO DA INTEIRA RESPONSABILIDADE DOS SEUS AUTORES

SUMÁRIO

. APRESENTAÇÃO
- Marcelo de Menezes Bustamante 9

TRABALHOS DOUTRINÁRIOS

. PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEI 11.340 **DE 07 DE AGOSTO DE 2006 -DIPLOMA LEGAL QUE TRATA DA** VIOLÊNCIA **DOMÉSTICA E FAMILIAR** CONTRA A MULHER
- Alexandre Paranhos Pinheiro Marques..... 13

. CONSTRUINDO O CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS: O ANTEPROJETO ELABORADO NO ÂMBITO DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UERJ E UNESA
- Aluísio Gonçalves de Castro Mendes..... 20

. A **DEFENSORIA PÚBLICA** E A **TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS RELATIVOS AO MEIO AMBIENTE**
- Ana Rita Vieira Albuquerque 45

. A **ARGUMENTAÇÃO JURíDICA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NO PROCESSO PENAL**
- Denis Andrade Sampaio Júnior 66

. O **ESTATUTO DO IDOSO E SUA APLICABILIDADE AOS PLANOS DE SAÚDE**
- Eliane Armond Pinto e Carlos Paulo da Silva Pinto 87

. O **RECONHECIMENTO PESSOAL** E A **CRIATIVIDADE IRRACIONAL DA PRÁTICA FORENSE**
- Fábio Schwartz..... 97

. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS ÚLTIMAS ALTERAÇÕES NO RECURSO DE AGRAVO
- Felippe Borring Rocha 111

. **DIREITO FUNDAMENTAL AO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO: DA APLICAÇÃO DA REMIÇÃO DA PENA**
- Flávio Pavlov..... 127

. TUTELA DA INFORMAÇÃO E VOCAÇÃO IRRADIANTE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
- José Augusto Garcia..... 139

. A **ATRIBUiÇÃO EXCLUSIVA DO DEFENSOR PÚBLICO PARA AFERIR O DIREITO A GRATUIDADE DE JUSTiÇA** - José Aurélio de Araújo
- Saullo Tassio Gato Cabral..... 180

. SISTEMATIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS
- Lúcio Machado Campinho 190

. A **DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E DEFENSORIA PÚBLICA**
- Luiz Otávio de Souza Matta..... 207

. ADOÇÃO.DE CRIANÇAS. O AMOR MATERNO E A **LEGISLAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**
- Márcia Regina Teixeira Ribeiro Alonso 226

. O **DANO MORAL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DE DIREITO DA . PERSONALIDADE**

- Maria de Fátima Abreu Marques Dourado 238

. A **SUBJETIVIDADE COLETIVA COMO EXPRESSÃO DA CIDADANIA - O PENSAMENTO POLITICO DE ANTONIO NEGRI**

- Paulo Cesar Ribeiro Galliez..... 263

. A **"ADMINISTRACIONALIZAÇÃO" DA EXECUÇÃO PENAL**

- Rodrigo Duque Estrada Roig..... 270

. SOLUÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA O DESCUMPRIMENTO DA SANÇÃO RESULTANTE DA TRANSAÇÃO PENAL

- Rômulo Souza de Araújo....., ... 281

. "BANDIDO BOM É BANDIDO MORTO"

- Ronaldo Leite Pedrosa 290

. A **CHAMADA DE CO-RÉU** E A **NOVA DISCIPLINA LEGAL DO INTERROGATÓRIO**

- Sérgio Demoro Hamilton 296

. **REFLEXOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A CERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO LEGALMENTE PREVISTO PARA OS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS**

- Tiago Abud da Fonseca..... 305

PEÇAS PROCESSUAIS . ALEGAÇÕES FINAIS

Darei Burlandi 323

. HABEAS CORPUS

- Rômulo Souza de Araújo..... 328

. PROCEDIMENTO JUDICIAL ESPECIAL COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

- João Gabriel Hamann Moacyr Gomes
- Rodrigo Duque Estrada Roig Soares
- Rodrigo Gomes Murtinho
- Rômulo Souza de Araujo..... 336

APRESENTAÇÃO

Apresento aos Senhores Defensores Públicos, bem como aos estudiosos da Ciência do Direito, o nº 21 da Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Constato que este periódico já merece lugar de destaque nas bibliotecas do país, certamente em função da qualidade dos trabalhos publicados.

No momento em que a Constituição Federal de 1988 acaba de completar 18 anos, o que poderia ser considerado como sua maioridade, percebo que os artigos publicados nesta edição, bem como os das edições anteriores, procuraram contribuir para dar efetividade aos preceitos constitucionais, mormente aqueles garantidores das liberdades públicas, sabiamente inseridos como cláusulas pétreas.

Árdua é a tarefa daqueles que lutam pela preservação do estado democrático de direito, caminho seguro para obtenção de uma sociedade mais justa e fraterna, assegurando a tão perseguida paz social. Neste sentido, a contribuição da Revista, por meio da inegável qualidade dos autores, vem apontando caminhos e defendendo idéias intimamente ligadas aos propósitos acima referidos.

A contribuição dos Defensores Públicos sempre será no sentido do aperfeiçoamento da Justiça, fruto da intima relação que se estabelece com a população carente e também do conhecimento das Instituições e do Direito, o que permite um conhecimento rico dos problemas sociais, com uma visão transformadora e libertária.

MARCELO DE MENEZES BUSTAMANTE
DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO

PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEI 11.340 DE 7 DE AGOSTO DE 2006 – DIPLOMA LEGAL QUE TRATA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

Por ALEXANDRE PARANHOS PINHEIRO MARQUES [1]

A violência doméstica, abrangendo tal expressão a que é perpetrada contra a mulher dentro das relações domésticas, familiares ou relacionamento íntimo com o agente, já possuía previsão no art. 129, §§ 9º do Código Penal, sendo certo que de acordo com a pena prevista no primeiro deles (sanção de 6 (seis) meses a 1 (ano)), levava-nos a uma infração de menor potencial ofensivo, concluindo pela incidência da Lei 9.099/95[2].

No entanto, aos 7 (sete) de agosto de 2006 entrou em vigor no ordenamento jurídico a Lei 11.340 que deu tratamento especializado aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo certo que o diploma legal não só abordou o tema no que toca seus aspectos cíveis, como também os criminais, fazendo ser modificado o cenário dessa última seara do direito, ponto nodal para nosso estudo.

Ultrapassadas essas breves considerações, passemos então a análise das principais alterações trazidas pelo novo diploma legal, sem maiores pretensões de esgotamento do tema.

I – DIPLOMA LEGAL QUE VIOLA A IGUALDADE CONSITUCIONAL ENTRE HOMENS E MULHERES – ART. 5º INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA:

Antes de abordarmos as principais inovações penais e processuais penais trazidas pela nova lei e apontarmos nossas eventuais críticas, devemos frisar que nosso entendimento é de que estamos diante de latente inconstitucionalidade material do novo diploma legal, posto que o mesmo vai de encontro a uma das cláusulas pétreas previstas no art. 5º, inciso I da Constituição da República que iguala as mulheres aos homens no tocante a direitos e obrigações.

Ora, me questiono por que é dada maior proteção à mulher no tocante a violência doméstica ou no seio familiar se essa também pode ocorrer com o homem na qualidade de vítima.

Embora não seja o corriqueiro, isso também pode ocorrer, o que já foi, inclusive, verificado por mim no exercício de minhas funções na qualidade de Defensor Público. Já me deparei por algumas vezes com casos concretos em que o homem é que sofria violência perpetrada pela mulher o que fez com que fossem adotadas medidas judiciais para que aquele tivesse, principalmente, sua integridade física resguardada.

Inobstante possibilidade de ocorrência da violência real contra o homem, o próprio art. 7º da Lei 11.340 estabelece outras situações que poderão levar a hipóteses de violência doméstica ou familiar nas quais o sujeito ativo será a mulher.

---

[1] Defensor Público do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio De Janeiro e Professor de Direito Penal da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUPERJ), Centro de Estudos Jurídicos 11 de maio (CEJ), e Instituto Brasileiro de Direito Avançado (IBDA).

[2] É de bom alvitre salientar que o art. 61 da Lei 9.099/95 foi derrogado pelo art. 1º, da Lei 11.313/06, passando-se a considerar infração de menor potencial ofensivo aquela cuja pena máxima prevista no preceito secundário da norma penal não ultrapassasse o *quantum* de 2 (dois) anos.

II – *VACATIO LEGIS* DO NOVO DIPLOMA LEGAL:

Em sendo considerado constitucional o novo diploma legal, ao menos em parte, deve ser consignado que o art. 46 da Lei 11.340/06 determinou período de *vacatio legis*, o que nos leva a afirmar que somente após 45 (quarenta e cinco) dias da sua publicação é que passará a produzir os seus efeitos. Assim, sob o ponto de vista da ciência penal, somente a partir do dia 22 de setembro de 2006 é que poderá a Lei 11.340 ser aplicada aos casos concretos, salvo se trouxer em seu conteúdo dispositivo penal que de certa forma possa beneficiar ao agente[3].

III – ART. 44 DA LEI 11.340/06 – ALTERAÇÃO DO ART. 129, DO CÓDIGO PENAL:

O art. 44 da Lei 11.340 alterou o art. 129 do Código Penal em dois momentos.

O primeiro deles no tocante ao *qantum* de pena em abstrato estabelecido. Isso porque a sanção imposta para os casos de violência doméstica antes da alteração trazida pelo novo diploma legal era de 6 (seis) meses a 1 (um) ano. Com a modificação operada, a sanção penal passou a ser de 3 (três) meses a 3 (três) anos. Desta forma, a princípio, temos hipótese de *novatio legis in pejus*, posto que a pena máxima privativa de liberdade prevista em abstrato é maior do que a anterior, agregado ao fato de não poder mais tal infração penal ser considerada de menor potencial ofensivo excluindo-se a incidência da Lei 9.099/95[4]. No entanto, não podemos esquecer que a nova lei nesse ponto poderá ser considerada como uma *novatio legis in mellius*, dependendo das peculiaridades do caso concreto. Imaginemos que diante da concepção fática o agente da violência doméstica praticada antes da vigência e eficácia da nova lei não tenha tido como obter a composição civil do dano e nem mesmo ter direito à transação penal, uma vez que em período inferior a 5 (cinco) anos já havia aceito proposta feita pelo Ministério Público decorrente desse último instituto. Nesse caso o agente que é primário e de bons antecedentes e, em sendo considerado culpado, será ao final condenado. Ora, a lei anterior possuía pena mínima prevista em abstrato de 6 (seis) meses, a princípio devendo ser ela aplicada. Entretanto, a pena mínima decorrente da modificação feita pela Lei 11.340 é de 3 (três) meses, ou seja, mais branda do que a anterior. Com isso, no exemplo apontado será ela mais benéfica para o culpado, devendo a nova lei retroagir diante da regra contida no art. 5º, inciso XL de nossa Carta Política (princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica).

O segundo ponto a ser analisado decorrente do art. 44 é o acréscimo do § 11 ao art. 129 do Código Penal que trouxe ao ordenamento jurídico uma nova causa de aumento de pena para a hipótese da violência doméstica ser cometida contra pessoa portadora de deficiência física. Aqui temos latente situação de *novatio legis in pejus*, sendo certo que não poderá incidir para fatos

---

[3] Na doutrina se discute se a *novatio legis in mellius* pode ser aplicada imediatamente ao caso concreto, ainda que esteja dentro de seu período de *vacatio* legis. Quanto ao tema verificamos um primeiro entendimento no sentido de não ser possível, visto que quando o Código Penal em seu art. 2º, parágrafo único traz a expressão "lei posterior", refere-se à norma que já existe e produz seus efeitos (vige e é eficaz), ou seja, somente poderá incidir no caso concreto quando já encerrado o período de *vacatio legis*. Entretanto, *data venia*, esse não é o melhor posicionamento, uma vez que poderá a lei mais benéfica ser aplicada ao caso concreto ainda que esteja em seu período de *vacatio legis*. Um primeiro fundamento para essa corrente decorre de regra basilar de hermenêutica, qual seja, *não cabe ao intérprete distinguir o que a lei não distingue*. Se o CP somente falou em lei posterior, basta que ela exista. Além disso, a *vacatio legis* é prevista na LICC, que é uma lei ordinária não podendo ir de encontro a um dispositivo constitucional (art. 5º, inciso XL) que determina que a lei penal mais benéfica venha a ser aplicada ao caso concreto, inclusive retroagindo para alcançar fatos anteriores. Por fim, temos como arrimo o princípio da economia processual, pois qual seria o porquê de se movimentar a máquina do Poder Judiciário durante o período de *vacatio legis* se após o seu transcurso a mesma irá incidir, ainda que já verificado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

[4] Observar nota 2 que tratou das infrações penais de menor potencial ofensivo.

ocorridos antes do início de sua vigência[5]. Aplica-se nesse caso o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

IV – ART. 43 DA LEI 11.340/06 – ALTERAÇÃO DO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA "f" DO CÓDIGO PENAL:

Outra inovação trazida pela Lei foi a modificação do art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal.

Todas as vezes que estivermos diante de uma infração penal, *verbi gratia* o homicídio, e essa vier a ser praticada valendo-se o agente de violência doméstica ou familiar e real contra a mulher, terá o mesmo contra si agravante genérica prevista na parte geral do Estatuto Repressivo.

É de bom alvitre salientar que se trata o dispositivo apontado de *novatio legis in pejus*, não retroagindo para fatos que se deram antes do início de vigência e eficácia da nova norma[6].

V – ART. 16 DA LEI 11.340/06 – RENÚNCIA E RETRATAÇÃO NAS HIPÓTESES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER:

O art. 16 da Lei 11.340/06 determina a possibilidade de renúncia ao direito de representação por parte da mulher que foi vítima de violência no âmbito das relações domésticas, familiares ou relacionamento íntimo com o agente (art. 7º da Lei 11.340)[7], estabelecendo a forma pela qual deverá se dar a mesma, qual seja, perante o juiz, em audiência a ser designada pelo mesmo e antes do recebimento da denúncia, exigindo a oitiva do representante do Ministério Público.

De plano podemos observar que a nova lei trouxe palavras inúteis, visto que tecnicamente a renúncia ao direito de representação é ato unilateral que ocorre obrigatoriamente antes do oferecimento da denúncia.

Nesse diapasão, observamos que o novo diploma legal não faz menção ao direito de retratação, sendo certo que nesse caso a representação já se deu, mas a vítima desiste da continuidade do procedimento instaurado até o oferecimento da denúncia.

Ante o silêncio do art. 16 da Lei 10.340 no tocante a retratação, aplica-se analogicamente a regra contida no art. 25 do Código de Processo Penal certo que se poderá falar em analogia, uma vez que é *in bonam partem*.

Destarte, a lei estipulou forma para que se proceda à renúncia ao direito de representação, não se estendendo aos casos de retratação, sob pena de violação do princípio da legalidade.

VI – ART. 22, § 1º DA LEI 11.340 – CAUTELA NA INTERPRETAÇÃO DO DISPOSITIVO SOB PENA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA

[5] Poderia se vislumbrar a hipótese da violência doméstica contra mulher deficiente física ser praticada dentro do período de *vacatio legis* da lei, *ex vi*, aos 15 de setembro de 2006. Nesse caso não poderemos falar em incidência da nova lei, posto que ela prejudica o agente (*novatio legis in pejus*) e ainda não está produzindo os seus efeitos, embora já exista para o ordenamento jurídico.

[6] Vide nota 5.

[7] As formas de violência contra a mulher são definidas no art. 7º, da Lei 11.340 e podem dar ensejo a uma série de infrações penais que admitam a representação, quais sejam, ameaça, crimes sexuais quando a vítima é pobre etc.

HUMANA, DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:

O art. 22 da Lei 11.340/06 em seus incisos e respectivas alíneas estabeleceu expressamente medidas protetivas e de urgência que poderão ser impostas ao agressor, caracterizando inclusive algumas delas verdadeiras restrições ao direito de locomoção do indivíduo, *verbi gratia*, a proibição do agente de freqüentar determinados lugares visando-se, com isso, resguardar a integridade física e psicológica da ofendida (inciso III, alínea "c").

Por outro lado, o § 1º do mesmo dispositivo legal dispõe da seguinte forma: "*as medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público"*.

Destarte, nesse caso devemos tomar muito cuidado ao interpretar o conteúdo do § 1º sob pena de mais uma vez a norma infraconstitucional ir de encontro com preceitos de nossa Carta Política, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e da presunção de inocência, alicerces do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, art. 5º, inciso LIV e LVII, ambos da Constituição da República).

De plano temos verdadeira situação que poderá levar ao chamado poder geral de cutela do magistrado ou a textos de lei que fogem a seara penal ou processual penal que não poderão ser utilizado no âmbito criminal. Tal assertiva se dá pelo fato de estarmos diante de verdadeiras hipóteses que poderão se materializar em sanção penal, *ex vi*, a proibição de freqüentar determinados lugares, prevista no art. 43, V da Lei Penal (interdição temporária de direitos), vindo à liberdade de locomoção do indivíduo a ser restringida.

É cediço que no direito penal esse tipo de providência só pode ser fruto ou da forma atípica de extinção do processo – transação penal – que extermina o processo via consenso entre os litigantes (art. 76 da 9099/95) ou de sentença condenatória, quando aplicado o *sursis* da pena (art. 77 do CP) ou restritiva de direitos (art. 43 da Lei Penal).

Prever a possibilidade de decretação cautelar fora dos casos expressamente previstos em lei penal é admitir a antecipação dos efeitos da tutela condenatória, ao arrepio do devido processo legal, dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, previstos como direitos e garantias individuais e preceitos fundamentais da Constituição da República.

Se o processo criminal ainda está em formação e não houve a aceitação da transação penal, não há como se restringir à liberdade de locomoção do cidadão sem lei que respalde a decisão. É o princípio da *nulla poena sine judicio*, também consagrado na Carta Política (*"Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"*).

Por outro lado, é patente que aqueles que se dedicam aos estudos das matérias processualísticas, conseguem concluir que o Direito Processual Penal também adota o chamado "poder de cautela", abraçado expressamente na lei civil.

Entretanto, esse "poder de cautela" deve sempre ser por força de lei penal ou processual penal (prisão em flagrante, temporária, preventiva, etc.) e até mesmo na sua mais nova manifestação, qual seja, as previstas no art. 22, *caput* e seus incisos, não podendo o legislador deixar ao arbítrio do magistrado a possibilidade de utilizar outras formas de cautela que restrinjam a liberdade de locomoção do indivíduo como o fez no § 1º desse dispositivo. Isso seria admitir a analogia *in malan partem* já a tanto espancada por toda doutrina e a jurisprudência pátria em razão de ser uma das conseqüências do princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

Portanto, somente poderão ser utilizadas as medidas cautelares de proteção que estejam previstas expressamente na legislação penal ou processual penal e que sejam direcionadas expressamente a violência doméstica.

VII – ART. 41 DA LEI 11.340/06 – LESÃO LEVE E CULPSOA CONTRA A MULHER ENQUADRADAS NAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS E FAMILIARES – AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA – DERROGAÇÃO DO ART. 88 DA LEI 9.099/95:

A Lei 9.099/95, através do seu art. 88, determinou para as lesões de natureza leve e culposas condição de procedibilidade, qual seja, a representação, sendo certo que são infrações penais que dão ensejo a ação penal publica condicionada a representação.

Registre-se que a *ratio* do dispositivo se deu em decorrência justamente da violência que ocorria no âmbito da família ou doméstico. Isso porque antes do advento do dispositivo supra aludido tais infrações penais davam início à ação penal pública incondicionada e muitas das vezes que a mesma ocorria nas condições já mencionadas, não seria possível a desistência da parte ofendida o que poderia levar a um problema de índole familiar ou doméstico, posto que, por exemplo, a relação conjugal continuaria, o que da mesma forma ocorreria com a ação penal, decorrência lógica do princípio da obrigatoriedade.

No entanto, com o art. 41 da Lei 11.340, diploma posterior a Lei 9.099, expressamente vislumbramos uma derrogação do art. 88 dessa em relação às lesões leves e culposas que se dêem contra a mulher nas relações familiares ou domésticas, o que leva as mesmas a serem crimes de ação penal pública incondicionada, uma vez que nesses casos não se aplicam os dispositivos da Lei dos Juizados Especiais segundo aquele artigo de lei.

A nosso ver não andou bem o legislador nesse ponto da lei, tendo em vista que já estabeleceu forma para a representação e desconsiderou por completo os problemas familiares que possam advir.

Ante o raciocínio acima apontado não poderá a nova norma penal retroagir por ser mais severa para o agente, posto que dispensa por parte da vítima a representação, dando ensejo ao ajuizamento pelo Ministério Público de ação penal pública incondicionada.

VIII – DA COMPETÊNCIA PARA OS FEITOS QUE ENVOLVAM A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER:

O art. 1º da Lei 11.340 dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que agregado ao art. 14 do mesmo diploma legal atribui competência cível e criminal ao mesmo para os casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher.

No entanto, segundo dispõe o art. 33 da Lei 11.340, enquanto não forem criados os órgãos correspondentes aos Juizados especializados em violência doméstica e familiar contra a mulher, serão os feitos que envolvam a matéria da competência das varas criminais, sendo certo que essas acumularão, inclusive, a competência cível[8].

[8] O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através do Tribunal Pelno do seu Órgão Especial editou a Resolução nº 23/2006 renomeando os Juizados Especiais Criminais e Adjuntos Criminais com o escopo de atender o art. 14 da Lei 11.340/06, sendo certo que dessa forma passam aqueles a possuirem competência para apreciação das hipótese que envolvam violência doméstica ou familiar.

IX – CONCLUSÃO:

Com as observações feitas acima podemos observar que poderão surgir várias discussões em torno da Lei 11.340. Diante da pouca idade do novo diploma legal somente nos resta aguardar como irá se portar a doutrina e a jurisprudência diante do foi exposto.

CONSTRUINDO O CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS: O ANTEPROJETO ELABORADO NO ÂMBITO DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UERJ E UNESA

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Professor Doutor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
e do Programa de Mestrado da Universidade Estácio de Sá (UNESA)
Juiz Federal
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB)
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität (JWG, Alemanha)
Doutor em Direito pela UFPR e JWG
Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg (Alemanha)
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual,
da Associação Teuto-Brasileira de Juristas,
do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e
da Associação Internacional de Direito Processual
Membro da Comissão de Elaboração do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América
Autor do livro *Ações coletivas no direito comparado e nacional*

Em termos legislativos, a história recente dos processos coletivos no Brasil encontra-se indissoluvelmente marcada por três diplomas: a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347), de 1985; a Constituição da República de 1988; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078), de 1990. Ao longo dos últimos vinte anos, pode-se dizer que houve não apenas o florescimento de um conjunto de normas pertinentes, mas também o desabrochar de substanciosa doutrina relacionada com as ações coletivas e a ocupação de um espaço crescente por parte da preocupação de docentes e discentes no meio acadêmico, consubstanciando o surgimento de uma nova disciplina: o Direito Processual Coletivo.

A experiência brasileira em torno das ações coletivas, englobando a ação popular, desde 1934, é rica e vem servindo de inspiração até mesmo para outros países. Nesse sentido, forçosa é a menção ao Código Modelo de Processos Coletivos, editado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, no ano de 2004, que foi elaborado com a participação de quatro professores brasileiros: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe.

Os processos coletivos passaram a servir de instrumento principalmente para os denominados novos direitos, como o do meio ambiente e dos consumidores, desdobrando-se, ainda, em estatutos legislativos específicos, como a Lei n. 7.853, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a Lei n. 7.913, para proteção dos investidores em valores mobiliários; a Lei n. 8.069, para a defesa das crianças e dos adolescentes; a Lei n. 8.429, contra a improbidade administrativa; a Lei n. 8.884, contra as infrações da ordem econômica e da economia popular e a Lei n. 10.741, dispondo sobre o Estatuto do Idoso, prevendo expressamente a defesa coletiva dos respectivos interesses e direitos. Entretanto, o caminho legislativo percorrido não foi apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional coletiva sofreu reveses, ressaltando-se as restrições impostas ao objeto das ações coletivas, pela Medida Provisória n. 2.180-35, e a tentativa de confinamento dos efeitos do julgado coletivo nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, ditado pela Lei n. 9.494.

Os resultados colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoados. Os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico. A elaboração recente do Código Modelo para Processos Coletivos, no âmbito dos países ibero-americanos, reavivou e consolidou a vontade de se repensar a legislação brasileira em torno das ações coletivas. Nesse sentido, foi elaborado, sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, na esfera da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), um primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, oferecido à discussão e sendo nesse sentido enviado aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Os programas de Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) foram, ao lado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade de São Paulo (USP), pioneiros na introdução de disciplinas voltadas para o estudo dos processos coletivos, respectivamente denominadas de Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos. Procurando honrar a tradição de eminentes processualistas do Estado do Rio de Janeiro,

como Machado Guimarães, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Fux, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sérgio Bermudes, Leonardo Greco e Carreira Alvim, a discussão em torno do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos desenvolveu-se, paralela e concomitantemente, ao longo de todo o primeiro semestre letivo de 2005, dando prosseguimento aos debates realizados no ano de 2004, em torno do Código Modelo de Processos Coletivos e de reflexões comparativas, que procuravam, em especial, apontar para uma maior efetividade do processo coletivo, com o seu fortalecimento e consecução dos seus escopos de acesso à Justiça, de economia processual e judicial, de celeridade na prestação jurisdicional, de preservação do princípio da isonomia em relação ao direito material e do equilíbrio entre as partes na relação processual.

Por felicidade, o grupo reunido, sob a coordenação do Professor e Juiz Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, docente das supramencionadas disciplinas, contou com a participação de pessoas com larga experiência em termos de atuação junto a processos coletivos e uma ampla diversidade e pluralidade, em termos de origem e experiência profissional, o que enriqueceu os debates e permitiu que as questões fossem vistas de modo multifacetário. Elaboraram propostas e participaram das discussões os seguintes integrantes dos programas de pós-graduação *stricto sensu* da UERJ e da UNESA: Adriana Silva de Britto (Defensora Pública), Cláudia Abreu Lima Pisco (Juíza do Trabalho), Diogo Medina Maia (Advogado), Guadalupe Louro Turos Couto (Procuradora do Trabalho), Luiz Norton Baptista de Mattos (Juiz Federal), Márcio Barra Lima (Procurador da República), Maria Carmen Cavalcanti de Almeida (Promotora de Justiça), Mariana Romeiro de Albuquerque Mello (Advogada), Marília de Castro Neves Vieira (Procuradora de Justiça), Paula Maria de Castro Barbosa (Advogada e Pesquisadora), Ana Paula Correia Hollanda (Promotora de Justiça), Andrea Cruz Salles (Advogada), Caio Márcio G. Taranto (Juiz Federal), Carlos Roberto de Castro Jatahy (Procurador de Justiça), Heloisa Maria Daltro Leite (Procuradora de Justiça), José Antônio Fernandes Souto (Promotor de Justiça), José Antônio Ocampo Bernárdez (Promotor de Justiça), Larissa Ellwanger Fleury Ryff (Promotora de Justiça), Marcelo Daltro Leite (Procurador de Justiça), Miriam Tayah Chor (Promotora de Justiça), Mônica dos Santos Ferreira (Advogada) e Vanice Lírio do Valle (Procuradora do Município).

A idéia inicial, voltada para a apresentação de sugestões e propostas para a melhoria do anteprojeto formulado em São Paulo, acabou evoluindo para uma reestruturação mais ampla do texto original, com o intuito de se oferecer uma proposta coerente, clara e comprometida com o fortalecimento dos processos coletivos, culminando com a elaboração de um novo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que ora é trazido à lume e oferecido ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, aos meios acadêmicos, aos estudiosos e operadores do Direito e à sociedade, como proposta para ser cotejada e discutida.

O Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro encontra-se estruturado em cinco partes: I – Das ações coletivas em geral; II – Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos; III – Da ação coletiva passiva; IV – Dos procedimentos especiais; V – Disposições finais.

Na primeira parte, o Capítulo I contém dois artigos introdutórios, que estatuem a admissibilidade de todas as espécies de ações para a consecução da tutela jurisdicional coletiva, bem como o seu objeto, mediante a tradicional divisão ternária dos interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, além de afastar a possibilidade de pedido de declaração de inconstitucionalidade, salvo como questão prejudicial, na via do controle difuso.

O Capítulo II, que trata dos pressupostos processuais e das condições da ação coletiva, possui três Seções. Na primeira – Do órgão judiciário, encontram-se disciplinados a competência territorial, a prioridade de processamento para os processos coletivos, a especialização de juízos para o processamento e julgamento de processos coletivos e a conexão, ficando prevento o juízo perante o qual foi distribuída a primeira demanda coletiva, para os demais processos conexos, ainda quando diversos os sujeitos processuais. A segunda Seção regula a litispendência, deixando expressa a sua existência quando houver o mesmo pedido, causa de pedir e interessados, e a continência, dando a este último instituto um tratamento inovador e consentâneo com a sua natureza. A terceira Seção do Capítulo II dispõe sobre as condições específicas da ação coletiva, estabelecendo, como requisitos, a representatividade adequada e a relevância social da tutela coletiva, bem como o rol dos legitimados ativos, que, consentâneo com a perspectiva de ampliação do acesso à Justiça, do fortalecimento dos instrumentos coletivos de prestação jurisdicional e com as diretrizes do Código Modelo de Processos Coletivos, passa por um alargamento substancial, na qual figuram a pessoa natural, para a defesa dos direitos ou interesses difusos; o membro do grupo, categoria ou classe, para a proteção dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos; o Ministério Público, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de interesse social; a Defensoria Pública, quando os interessados forem predominantemente hipossuficiente; as pessoas jurídicas de direito público interno; as entidades e órgãos da Administração Pública; as entidades sindicais, para a defesa da categoria; os partidos políticos e as associações legalmente constituídas.

O Capítulo III cuida da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta.

O Capítulo IV – Da postulação, estabelece regramento em termos de custas e honorários, da instrução da petição inicial, do pedido, dos efeitos da citação e da audiência preliminar, além de prever a possibilidade do juiz ouvir a parte contrária, com prazo de 72 (setenta e duas) horas, antes de conceder liminar ou tutela antecipada, quando entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida.

Em seguida, o Capítulo V prevê a denominada carga dinâmica da prova, com a incumbência do ônus da prova recaindo sobre a parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração.

O Capítulo VI, cuidando do julgamento, do recurso e da coisa julgada, inova ao unificar o sistema de coisa julgada para os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, em todas as hipóteses haverá a coisa julgada *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Por conseguinte, a sentença proferida, em processo coletivo, em torno dos direitos individuais homogêneos é fortalecida, pois será vinculativa também quando houver julgamento de improcedência do pedido fora das hipóteses de insuficiência de provas. O texto proposto estabelece, ainda, expressamente, que a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

O Capítulo VII trata das obrigações específicas de fazer, não fazer e de dar, bem como da reparação de danos provocados ao bem indivisivelmente considerado.

No Capítulo VIII, são reguladas a liquidação e a execução em geral. Por fim, o Capítulo IX da Parte I cria o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, sob a incumbência do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, e edita norma geral pertinente ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, que será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais.

A Parte II, destinada às ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, talvez seja a mais inovadora no Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro. As modificações procuraram atentar para uma realidade de certo modo perversa que vem se mantendo ao longo dos últimos vinte anos: as ações coletivas não estavam obtendo pleno sucesso no sentido de serem, de fato, as grandes catalisadoras desses anseios e de serem realmente o instrumento efetivo e útil para a solução dos problemas individuais decorrentes de origem comum. Não lograram, assim, ser um modo capaz de resolver o conflito de muitos mediante um único processo coletivo. Por conseguinte, o Poder Judiciário continuou e continua a receber centenas, milhares e milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento por parte dos órgãos judiciais, que se vêem envolvidos com um número enorme e comprometedor, em termos de qualidade e celeridade dos serviços prestados. Os exemplos são inúmeros: expurgos nas cadernetas de poupança e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), reajuste de benefícios previdenciários, de vencimentos e de salários, questões tributárias nas esferas municipais, estaduais e federal etc. O motivo pode ser facilmente percebido: o sistema vigente banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes destes com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já existe decisão coletiva transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual. Propõe-se, assim, uma remodelagem no sistema, a partir do fortalecimento e da priorização do processo coletivo, sem que haja, contudo, prejuízo para o acesso individual. O ajuizamento ou prosseguimento de ação individual versando sobre direito ou interesse, que esteja sendo objeto de ação coletiva, pressupõe a exclusão tempestiva e regular do processo coletivo. Para tanto, se prevê a comunicação dos interessados, que poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário etc. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, dos processos individuais que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo. Dentro do prazo de suspensão, os autores individuais poderão requerer a continuação do respectivo processo individual, sob pena de extinção sem o julgamento do mérito. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento de ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

Como requisito específico para a ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, estabelece o Anteprojeto a necessidade de aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

O Anteprojeto procura afastar, ainda, os riscos de indeferimento indevido ou de retardamento do andamento do processo em razão da falta inicial de determinação dos interessados, que poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado.

Os artigos 30 a 40 regulam detalhadamente os processos coletivos para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, com regras pertinentes à citação e notificações, à relação entre ação coletiva e ações individuais, à possibilidade de intervenção dos interessados mediante a assistência e aos efeitos da transação.

Em relação à sentença condenatória, o Anteprojeto estabelece que, sempre que for possível, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe, procurando, assim, dar maior efetividade e celeridade para a satisfação plena, procurando romper com a sistemática da condenação genérica no processo coletivo e as subseqüentes liquidações e execuções individuais, que acabam sendo complexas e demoradas, não sendo sequer realizadas por uma boa parte dos interessados em potencial, devendo, assim, ser deixada para um segundo plano, ou seja, apenas quando for impossível a prolação de sentença líquida.

Em termos de competência para a liquidação e execução, o texto proposto estabelece prioridade também para as liquidações e execuções coletivas, que serão processadas perante o juízo da sentença condenatória. Mas, quando houver liquidações ou execuções individuais, o foro competente será o do domicílio do demandante individual ou do demandado, pois a concentração de milhares ou milhões de liquidações e/ou execuções individuais no juízo da ação coletiva condenatória propiciaria a inviabilização do órgão judicial especializado ou prevento para as demandas coletivas.

O Anteprojeto deixa claro, também, que, quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário. Previu, ainda, regras subsidiárias pertinentes às liquidações e execuções individuais e ao concurso de créditos entre condenações pelos prejuízos coletiva e individualmente considerados.

A Parte III foi destinada à ação coletiva passiva, que passaria a ser mencionada expressamente na nova legislação. A redação prevista no Anteprojeto inicialmente formulado na USP estabelecia expressamente, em termos de direitos e interesses individuais homogêneos, que "a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual". Da simples leitura, pode-se constatar a inocuidade da norma, impondo-se indagar: quem iria propor uma demanda coletiva passiva, sabendo, de antemão, que o melhor resultado possível, ou seja, o julgamento de procedência do pedido, praticamente nenhum valor teria, pois a ninguém vincularia? Portanto, o demandante estaria fadado a perder ou a não ganhar nada, podendo-se antever, desde já, que a nova regulação estaria por soterrar a malfadada ação coletiva passiva, tal qual nos moldes propostos. O texto proposto no Anteprojeto ora apresentado corrige o problema, estabelecendo simplesmente a vinculação dos membros do grupo, categoria ou classe.

A Parte IV, destinada aos procedimentos especiais em termos de tutela coletiva, encontra-se subdividida em quatro capítulos: Do mandado de segurança coletivo; Do mandado de injunção coletivo; Da ação popular; e Da ação de improbidade administrativa. Cogita-se, ainda, da elaboração de um quinto capítulo, para a regulação dos dissídios coletivos. Procurou-se respeitar, nessa parte, as normas vigentes, salvo em relação ao mandado de injunção coletivo, diante da lacuna legal existente. Registre-se, na espécie, que a redação originária do anteprojeto formulado em São Paulo, corretamente, procurava dispor o instituto nos moldes pugnados pela doutrina, para dar à sentença concessiva do mandado a formulação, com base na equidade, de norma regulamentadora para o caso concreto. A nova redação, agora apresentada, mantém a orientação, sem descuidar, no entanto, do aspecto pertinente ao controle e regularização da omissão existente, estabelecendo, para tanto, o litisconsórcio obrigatório entre a autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora e a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que impossibilite o exercício do direito no caso concreto, e, na sentença, a comunicação da caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para que possa ser suprida, conciliando, assim, a consagrada jurisprudência conferida pelo Supremo Tribunal Federal com a pretendida efetividade do mandado de injunção coletivo para a regulação do caso concreto.

Por último, a Parte V, que cuida das disposições finais, dispõe sobre os princípios de interpretação, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às ações coletivas, a instalação de órgãos especializados para o processamento e julgamento de demandas coletivas, no âmbito da União e dos Estados, e a vigência do Código Brasileiro de Processos Coletivos, dentro de um ano a contar da publicação da lei. O Anteprojeto procura, ainda, corrigir e adaptar algumas normas vigentes em outros estatutos legais, bem como revogar expressamente os dispositivos incompatíveis com o novo texto.

Na esperança que o presente Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos possa representar uma efetiva contribuição para o aprimoramento do acesso à Justiça, para a melhoria na prestação jurisdicional e para a efetividade do processo, leva-se à lume a proposta formulada, submetendo-a aos estudiosos do assunto, aos profissionais do Direito e a toda a sociedade, para que possa ser amplamente analisada e debatida.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

PARTE I – DAS AÇÕES COLETIVAS EM GERAL

Capítulo I – Da tutela coletiva

Art. 1º. Da tutela jurisdicional coletiva Para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis, além das previstas neste Código, todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 2º. Objeto da tutela coletiva A ação coletiva será exercida para a tutela de:
I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

Parágrafo único - Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Capítulo II – Dos pressupostos processuais e das condições da ação

Seção I – Do órgão judiciário

Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

§1º. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

§ 2º. Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal.

Redação aprovada na UNESA: Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

Parágrafo único. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 4º. Prioridade de processamento O juiz dará prioridade ao processamento da ação coletiva.

Art. 5º. Juízos especializados As ações coletivas serão processadas e julgadas em juízos especializados, quando existentes.
Art. 6º. Conexão Se houver conexão entre causas coletivas, de qualquer espécie, ficará prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

Seção II – Da litispendência e da continência

Art. 7º. Litispendência e continência A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

§ 1º. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito.

§ 2º. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão.

§ 3º. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, as partes poderão requerer a extração ou remessa de peças processuais, com o objetivo de instruir o primeiro processo instaurado.

Seção III – Das condições específicas da ação coletiva e da legitimação ativa

Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§ 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como:

a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
c) sua conduta em outros processos coletivos;
d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda;
e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

§ 2º. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3º. do artigo seguinte.

Art. 9º. Legitimação ativa São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos;

III – o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando os interessados forem, predominantemente, hipossuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções;

VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos ou interesses protegidos por este código;

VII – as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX – as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

§ 2º. Em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3º. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.

Capítulo III – Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta

Art. 10 Comunicação sobre processos repetitivos O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, comunicará o fato ao Ministério Público e, na medida do possível, a outros legitimados (art. 9º), a fim de que proponham, querendo, ação coletiva.

Parágrafo único – Caso o Ministério Público não promova a ação coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, fará a remessa do expediente recebido ao órgão com atribuição para a homologação ou rejeição da promoção de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em relação à propositura ou não da ação coletiva.

Art.11 Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica.

§ 1º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 2º. Os autos do inquérito civil ou das peças informativas arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 10 (dez) dias, ao órgão com atribuição para homologação, na forma da Lei Orgânica.

§ 3º. Até que, em sessão do órgão com atribuição para homologação, seja homologada ou rejeitada a promoção, poderão os interessados apresentar razões escritas e documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 4º. Deixando o órgão com atribuição de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Art. 12 Compromisso de ajustamento de conduta O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes.

Parágrafo único – Quando o compromisso de ajustamento for tomado por legitimado que não seja o Ministério Público, este deverá ser cientificado para que funcione como fiscal.

Capítulo IV – Da postulação

Art. 13 Custas e honorários Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 1º. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

§ 2º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 3º. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

§ 4º O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 14 Da instrução da inicial Para instruir a inicial, o legitimado, sem prejuízo das prerrogativas do Ministério Público, poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1º. As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução da ação coletiva.

§ 2º. Somente nos casos em que o sigilo for exigido para a defesa da intimidade ou do interesse social poderá ser negada a certidão ou informação.

§ 3º. Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

Art. 15 Pedido O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.

Art 16 Contraditório para as medidas antecipatórias Para a concessão de liminar ou de tutela antecipada nas ações coletivas, o juiz poderá ouvir, se entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida, a parte contrária, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Art. 17 Efeitos da citação A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

Art. 18 Audiência preliminar Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para esse, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º. do artigo seguinte.

Capítulo V – Da prova

Art. 19 Provas São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

§ 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Capítulo VI – Do julgamento, do recurso e da coisa julgada

Art. 20 Motivação das decisões judiciárias Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 21 Efeitos do recurso da sentença O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art. 22 Coisa julgada Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

§ 1º. Os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos.

§ 2º. Os efeitos da coisa julgada em relação aos interesses ou direitos difusos e coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas coletiva ou individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos do art.37 e seguintes.

§ 3º. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

§ 4º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

Capítulo VII – Das obrigações específicas

Art. 23 Obrigações de fazer e não fazer Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 2º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

§ 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial.

§4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Art. 24 Obrigações de dar Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Art. 25 Ação indenizatória Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, de natureza federal ou estadual, de acordo com o bem ou interesse afetado.

§ 1º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 2º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas.

§ 3º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para completar as medidas determinadas na decisão judicial.

§ 4º. Aplica-se ao descumprimento injustificado dos parágrafos 2º. e 3º. o disposto no parágrafo 2º. do artigo 29.

Capítulo VIII – Da liquidação e da execução

Art. 26 Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor da ação coletiva promova a liquidação ou execução coletiva, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 27 Execução definitiva e execução provisória A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º. A execução provisória corre por conta e risco do exeqüente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º. A execução provisória não impede a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º. A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Capítulo IX – Do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Art. 28 Cadastro nacional de processos coletivos O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o cadastro nacional de processos coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, facilitando a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão.

§ 1°. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídas ações coletivas remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial ao cadastro nacional de processos coletivos.

§ 2°. O Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do cadastro nacional de processos coletivos, em especial a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência das ações coletivas e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado; disciplinará, ainda, sobre os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e o acompanhamento daquelas por qualquer interessado.

Art. 29 Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos O fundo será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 1º. Além da indenização oriunda de sentença condenatória, nos termos do disposto no caput do art. 25, constituem também receitas do Fundo o produto da arrecadação de multas judiciais e da indenização devida quando não for possível o cumprimento da obrigação pactuada em termo de ajustamento de conduta.

§ 2º. O representante legal do Fundo, considerado servidor público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e da decisão final do processo.

§ 4º. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional.

§ 5º. Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

PARTE II – DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DOS DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Art. 30 Da ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no art.8º. deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Art. 31 Determinação dos interessados A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação dos membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, poderá o juiz determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

Art. 32 Citação e notificações Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

§ 1º. Não sendo fixado pelo juiz o prazo acima mencionado, o direito de exclusão poderá ser exercido até a publicação da sentença no processo coletivo.

§ 2º. A comunicação prevista no *caput* poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 33 Relação entre ação coletiva e ações individuais O ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto de ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta.

§ 1º. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo.

§ 2º. Dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, os autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual.

§ 3º. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

§ 4º. Não tendo o juiz deliberado acerca da forma de exclusão, esta ocorrerá mediante simples manifestação dirigida ao juiz do respectivo processo coletivo ou ao órgão incumbido de realizar a nível nacional o registro das ações coletivas, que poderão se utilizar eventualmente de sistema integrado de protocolo.

§ 5º. O requerimento de exclusão, devida e tempestivamente protocolizado, consistirá em documento indispensável para a propositura de ulterior demanda individual.

Art. 34 Assistência Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos poderão intervir no processo como assistentes, sendo-lhes vedado discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 35 Efeitos da transação As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de se desvincularem da transação, dentro do prazo fixado pelo juiz.

Parágrafo único – Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos serão comunicados, nos termos do art. 32, para que possam exercer o seu direito de exclusão, em prazo não inferior a 60 (sessenta) dias.

Art. 36 Sentença condenatória Sempre que possível, em caso de procedência do pedido, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1º. Quando o valor dos danos sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula do cálculo da indenização individual.

§ 2º. Não sendo possível a prolação de sentença coletiva líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 37 Competência para a liquidação e a execução É competente para a liquidação e a execução o juízo:

I – da ação condenatória, quando coletiva a liquidação ou a execução;

II – do domicílio do demandado ou do demandante individual, no caso de liquidação ou execução individual.

Art. 38 Liquidação e execução coletivas Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas pelos legitimados à ação coletiva.

Art. 39 Pagamento Quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário; os respectivos saques, sem expedição de alvará, reger-se-ão pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários e estarão sujeitos à retenção de imposto de renda na fonte, nos termos da lei.

Art. 40 Liquidação e execução individuais Quando não for possível a liquidação coletiva, a fixação dos danos e respectiva execução poderão ser promovidas individualmente.

§ 1º. Na liquidação de sentença, caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2º. Decorrido o prazo de um ano sem que tenha sido promovido um número de liquidações individuais compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados coletivos promover a liquidação e a execução coletiva da indenização devida pelos danos causados, hipótese em que:

I – O prazo previsto neste parágrafo prevalece sobre os prazos prescricionais aplicáveis à execução da sentença;

II – O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento;

III – Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

Art. 41 Concurso de créditos Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 25 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estes terão preferência no pagamento.

Parágrafo único – Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

PARTE III – DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Art. 42 Ação contra o grupo, categoria ou classe Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º. do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º.) e se revista de interesse social.

Art. 43 Coisa julgada passiva A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 44 Aplicação complementar à ação coletiva passiva Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

PARTE IV – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Capítulo I – Do mandado de segurança coletivo

Art. 45 Cabimento Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º. da Constituição Federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 2º.).

Art. 46 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de segurança coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), e na lei 1533/51, no que não for incompatível.

Capítulo II – Do mandado de injunção coletivo

Art. 47 Cabimento Conceder-se-á mandado de injunção coletivo sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, relativamente a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Art. 48 Competência É competente para processar e julgar o mandado de injunção coletivo:

I - o Supremo Tribunal Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo Único – Compete também ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única ou última instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

II - o Superior Tribunal de Justiça, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

III - O Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de Governador, Assembléia Legislativa, Tribunal de Contas local, do próprio Tribunal de Justiça, de órgão, entidade ou autoridades estadual ou distrital, da administração direta ou indireta.

Art. 49 Legitimação passiva O mandado de injunção coletivo será impetrado, em litisconsórcio obrigatório, em face da autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora; e ainda da pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que, por inexistência de norma regulamentadora, impossibilite o exercício dos direitos e liberdades constitucionais relativos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 50 Edição superveniente da norma regulamentadora Se a norma regulamentadora for editada no curso do mandado de injunção coletivo, o órgão jurisdicional apurará acerca da existência ainda de matéria não

regulada, referente a efeitos pretéritos do dispositivo constitucional tardiamente regulado, prosseguindo, se for a hipótese, para julgamento da parte remanescente.

§ 1º Dispondo a norma regulamentadora editada no curso do mandado de injunção coletivo inclusive quanto ao período em que se verificara a omissão legislativa constitucionalmente relevante, o processo será extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil, ficando o autor coletivo dispensando do pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios.

§ 2º A norma regulamentadora, editada após o ajuizamento do mandado de injunção coletivo, respeitará os efeitos de eventual decisão judicial provisória ou definitiva proferida, mas será aplicada às projeções futuras da relação jurídica objeto de apreciação jurisdicional.

Art. 51 Sentença A sentença que conceder o mandado de injunção coletivo:

I – comunicará a caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para a adoção, no prazo que fixar, das providências necessárias;

II – formulará, com base na equidade, a norma regulamentadora e, no mesmo julgamento, a aplicará ao caso concreto, determinando as obrigações a serem cumpridas pelo legitimado passivo para o efetivo exercício das liberdades e prerrogativas constitucionais dos integrantes do grupo, categoria ou classe.

§ 1º A parcela do dispositivo que se revista do conteúdo previsto no inciso II se prolata sob condição suspensiva, a saber, transcurso *in albis* do prazo assinalado a teor do inciso I, para superação da omissão legislativa constitucionalmente relevante reconhecida como havida.

§ 2º Na sentença, o juiz poderá fixar multa diária para o réu que incida, eventualmente, em descumprimento da norma regulamentadora aplicada ao caso concreto, independentemente do pedido do autor.

Art. 52 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de injunção coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), quando compatível.

Capítulo III – Da ação popular

Art. 53 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação popular o disposto na lei 4717/65, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

Capítulo IV – Da ação de improbidade administrativa

Art. 54 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação de improbidade administrativa o disposto na lei 8429/92, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

PARTE V – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 55 Princípios de interpretação Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 56 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil.

Art. 57 Nova redação Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a) o inciso VIII do artigo 6º. da lei 8078/90 passa a ter a seguinte redação:

art. 6º. inciso VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, incumbindo o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

b) o artigo 80 da lei 10741/2003 passa a ter a seguinte redação:

art. 80 – as ações individuais movidas pelo idoso poderão ser propostas no foro do seu domicílio.

Art. 58 Revogação Revogam-se a Lei 7347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei 8078/90, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei 4717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei 7853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei 7913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei 8069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2ºA da Lei 9494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei 10741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 59 Instalação dos órgãos especializados A União, no prazo de um ano, a contar da publicação deste código, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 60 Vigência Este código entrará em vigor dentro de um ano a contar de sua publicação.

Agosto de 2005.

A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos Individuais Homogêneos relativos ao Meio Ambiente.

Ana Rita V.Albuquerque

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário: I. Introdução; **II. Os Novos Esquemas de Acesso à Justiça. Das ações individuais às ações coletivas; III. Da Tutela Coletiva em tema de Meio Ambiente; IV. A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça para a tutela dos Interesses individuais e coletivos relativos ao Meio Ambiente; V. Conclusão; VI. Referências bibliográficas.**

I. Introdução.

Em recente artigo acerca da adequação no enfrentamento das questões institucionais da Defensoria Pública, o ilustre defensor público José Augusto Garcia demonstra que as necessidades do mundo contemporâneo exigem uma atuação institucional voltada para a efetivação dos direitos fundamentais, sejam estes direitos individuais, coletivos ou difusos. Aduz, ainda, quanto a "necessidade de interpretar a Defensoria e sua atuação de acordo com o método instrumentalista", e quanto "a necessidade de a Defensoria Pública, sob os paradigmas do solidarismo jurídico e da pluralização do fenômeno da carência, desprender-se de um modelo marcadamente individualista de atuação".[1]

Esse "estreitamento dos vínculos entre a instituição e as exigências gerais da ordem constitucional, da sociedade brasileira e do mundo contemporâneo" [2] parte, sobretudo, do princípio de ser a Defensoria Pública instituição "essencial" à Justiça e incumbida de promover ao hipossuficiente o "acesso integral" à Justiça conforme disposições contidas nos artigos 134 e 5º, LXXIV da Constituição da República de 1988, e dessa forma concretizar o princípio da dignidade humana, CF, art 1º, III.

É notório que a defesa dos direitos fundamentais reclama uma tutela mais dinâmica e condizente com a realidade do Estado social e democrático de direito, no qual se evidenciam lado a lado valores como a liberdade, a igualdade e a solidariedade. A Constituição da República de 1988 prestigia a proteção aos direitos difusos e coletivos e a Defensoria Pública deve estar atenta para atender aos reclamos do novo século, marcado pela massificação das relações contratuais e pelos efeitos da globalização.

Ressalte-se, nesse contexto, o papel da reconstrução do direito privado centrado na dignidade da pessoa humana e não mais sob a órbita do direito de propriedade. A

---

[1] GARCIA, José Augusto. *Solidarismo Jurídico, Acesso à Justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: A aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado in* Rev. De Direito da Defensoria Pública, RJ, vol. 19, p. 222..

[2] GARCIA, José Augusto. Ob. Cit., p. 219.

propriedade dotada de função social em contraposição ao individualismo da propriedade clássica acentua a lógica da solidariedade e minimiza a lógica individual - patrimonial. É esta propriedade-função da qual emana direitos e deveres que constitui o pano de fundo, o instrumental necessário para uma nova ordem processual de legitimação de sujeitos coletivos para a tutela do meio ambiente, da saúde, do consumidor, enfim, direitos que visem mediata ou imediatamente o bem-estar coletivo.

Com a Constituição de 88, que tem por fundamento do Estado democrático a dignidade da pessoa humana e como princípio disposto no art. 5º, XXIII a função social da propriedade, verifica-se a passagem da pessoa para o centro do ordenamento jurídico. Com isto, aquele sujeito abstrato titular do patrimônio do CC de 1916 cedeu lugar ao sujeito concreto, sujeito de direitos e obrigações, resgatando o papel do indivíduo como ator social e configurando interesses que podem estar também em conflito com os interesses proprietários nos moldes clássicos de gozar usar e dispor de forma plena e exclusiva. O Direito assume nesse cenário não só o papel orientativo mas o de regular conflitos individuais e coletivos.

Em norteador artigo acerca do tema, a defensora pública Elida Sá expôs que "a função social da cidade e do imóvel, com o surgimento de um novo modelo de propriedade, cria para o proprietário deveres e para a coletividade uma gama de direitos oponíveis àqueles e, via de conseqüência, a possibilidade jurídica da propositura de medidas administrativas e judiciais, na defesa de interesses coletivos e difusos".[3]

O ilustre Prof. Gustavo Tepedino expõe em recente obra que "a propriedade privada, pois, como direito subjetivo, deve ser analisada em seus dois aspectos, o estrutural e o funcional. Se o proprietário, por exemplo, não preserva o meio ambiente, o direito de propriedade começa a perder a sua legitimidade funcional porque, segundo o art. 186 da Constituição, a função social só é atendida quando – e agora o Código Civil o prevê expressamente – se respeita o meio ambiente".[4]

Se outrora o princípio da igualdade embasou a idéia do sujeito unitário das relações, hoje, o princípio da solidariedade embasa o pluralismo entre os sujeitos na órbita do direito privado.

No entanto, sob a orientação civilista e processualista clássica a Defensoria Pública mantém suas atividades voltadas principalmente para a defesa dos interesses individuais, muitas vezes decompondo vários interesses em uma série de relações individuais. Atualmente evidencia-se, segundo o título elucidado na obra de Cândido Dinamarco, uma "*Nova Era do Processo Civil*", determinada pela complexidade das relações sociais (interesses da família, da sociedade civil ou comercial, da corporação, do sindicato...).

A Constituição de 1988 dedicou grande atenção ao direito processual com a criação de novos remédios processuais e a ampliação dos já existentes, além de introduzir normas referentes à tutela dos interesses coletivos. A Carta Constitucional instituiu o mandado de segurança coletivo (art. 5º LXXIII) e ao ampliou a competência do Ministério Público para propor Ação Civil Pública concernente à proteção do meio ambiente, do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129). A Constituição também instituiu a legitimidade das entidades associativas, mediante

---

[3] SÁ, Élida. *Solidarismo O Papel do Defensor Público na Defesa Ambiental, in* Rev. de Direito da Defensoria Pública, RJ, vol. 12, p. 59.

[4] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* Tomo II., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2006, p. 158.

autorização expressa, para litigar em nome dos seus associados (art. 5º, XXI), bem como a possibilidade de os sindicatos atuarem em juízo em favor das categorias profissionais que representam (art. 8º, III).[5]

No entanto, sabemos que para promover a adequada tutela no âmbito coletivo foi necessário um movimento de dessubjetivação da ordem jurídica processual, visando superar as noções tradicionais de legitimidade *ad causam* que privilegiavam a pessoa e a vontade do legitimado, em detrimento do objeto da demanda e a sua relevância social, como salienta José Augusto Garcia.[6]

Ampliadas as formas de acesso à justiça, inclusive com alterações nos esquemas tradicionais de legitimação processual, por conseqüência também ampliam-se as funções institucionais da Defensoria Pública, órgão incumbido constitucionalmente de efetivar o acesso à Justiça ao hipossuficiente. Dessa forma, à Defensoria Pública cumpre desenvolver as suas funções institucionais na tutela daqueles que tiveram direitos fundamentais violados ou ameaçados de violação, tanto no âmbito individual como no coletivo.

Nesse contexto, afirma José Augusto Garcia "se o processo se coletiviza, e passa de maneira crescente a tutelar mais diretamente valores do que pessoas, as funções da Defensoria devem revelar-se adequadas ao novo sistema, sob pena de violação deste sistema (e desperdício do fabuloso potencial da instituição). É realmente impossível, enfim, afastar a Defensoria Pública dos clamores da sociedade contemporânea e da ordem constitucional brasileira, restringindo sua atuação à defesa exclusiva de direitos subjetivos individuais".[7]

Sem pretender enfrentar a seara da tutela dos interesses difusos ou *essencialmente coletivos* assim denominados pelo mestre José Carlos Barbosa Moreira, este estudo pretende demonstrar a importância de adequação das novas funções da Instituição, através da tutela dos interesses *acidentalmente coletivos* ou individuais homogêneos na órbita dos interesses relativos ao meio ambiente, (como por exemplo, o prejuízo financeiro ou à saúde oriundo de uma poluição ambiental aos lavradores, pescadores ou agricultores ribeirinhos) propondo assim enfrentar uma das barreiras do acesso à Justiça identificada pela "segunda e terceira ondas" da memorável obra de Cappelletti e Garth, *Acesso à Justiça*.

A proposta do presente estudo é a de trazer à reflexão dos profissionais do direito, em linhas gerais e sem a profundidade técnica que o tema exige em matéria processual, o que vem sendo desenvolvido por brilhantes colegas especialistas na área processual – inclusive as relativas às funções típicas e atípicas e a avaliação do conceito de carência para as ações coletivas[8] - a importância das novas funções da Defensoria Pública na seara dos conflitos *acidentalmente coletivos* (individuais-homogêneos) em tema relativo ao meio ambiente.

---

[5] ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos. p. 65.*

[6] GARCIA, José Augusto. Ob. cit., p. 234: "Essencial realmente passa a ser o objeto do processo, a relevância social da matéria levada a juízo, independentemente da figura do 'portador' de interesses".

[7] GARCIA, José Augusto. Ob. Cit., p. 242.

[8] A abordagem processual acerca das funções atípicas da Defensoria Pública e da pluralização do fenômeno da carência através do método instrumentalista de acordo com os princípios do solidarismo e acesso à justiça, foram abordados em profundidade pelos defensores Fábio da Costa Soares e José Augusto Garcia nos artigos comentados neste texto.

II. **Os Novos Esquemas de Acesso à Justiça. Das ações individuais às ações coletivas**.

A concepção ampla do acesso à justiça compreende não só a necessidade de melhoria da assistência jurídica aos necessitados, individualmente considerados, mas também a utilização de instrumentos processuais que rompam com a mentalidade individualista em tema processual, superando, inclusive, o problema da representação dos interesses difusos. Esses "instrumentos processuais" dirigem-se, dentre outros objetivos, à importância da tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos a fim de alcançar-se a ordem jurídica justa.

O legislador brasileiro, visando facilitar o acesso à justiça e proteger os interesses da coletividade, confiou a entes públicos ou organizações associativas a titularidade das ações coletivas, através da legitimação concorrente e autônoma. Ada Pellegrini Grinover salienta o seguinte:

> [...]no tocante aos processos coletivos, a revolucionária legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, teve que buscar soluções novas, adequadas a conflitos sociais que abrangem numerosos membros do corpo social. Era esse o desafio que se antepunha ao processualista brasileiro: ou ficar adstrito aos esquemas processuais clássicos, que deixavam sem solução jurisdicional os conflitos de interesses transindividuais, renunciando assim a seu tratamento pelas vias processuais; ou bem utilizar a técnica processual para edificar novos esquemas, próprios dos processos de massa, pelos quais se cumpririam não só as finalidades jurídicas, mas também as sociais e políticas da jurisdição. Ou seja, na lição de Cândido Dinamarco, a finalidade jurídica de atuação do direito objetivo; a social, de pacificar com justiça; e a política, segundo os esquemas participativos.[9]

Com isto iniciou-se o movimento de superar o dogma do sistema processual clássico de legitimação para a causa, que se cumpre pela coincidência da titularidade do direito material e a titularidade da ação prevista no art. 6º do CPC de 1973 para nesta enquadrar a legitimação de entes públicos e associações nas ações coletivas de interesses transindividuais.

Salienta Ada Pellegrini Grinover que o primeiro passo foi dado pela Lei de Ação Civil Pública de 1985, que legitimou para as ações coletivas o MP e outros entes públicos bem como as associações constituídas há pelo menos um ano e que tivessem entre seus fins institucionais a defesa dos bens e direitos protegidos pela lei.

A ilustre processualista acima citada, ao comentar a Lei de Ação Civil Pública (L. 7.347/85), que tratou apenas da tutela de interesses difusos e coletivos em sua dimensão indivisível, já advertia sobre outra categoria de direitos que podem surgir simultaneamente à lesão ao bem indivisivelmente considerado, ou seja, pode haver uma lesão simultânea aos bens particulares de um grupo de pessoas.[10]

Após, a Constituição de 1988 ampliou a possibilidade das ações coletivas, mantendo os princípios inseridos na LACP (art. 129, III) com o acréscimo da legitimação ativa do partido político e a supressão do MP para o mandado de segurança coletivo (art 5º LXX , art 8º, III). O mesmo esquema foi preservado pelo CDC, que acrescentou a legitimação de entes públicos, ainda que despersonalizados, destinados especificamente

---

[9] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*, p. 118.

.[10] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações Coletivas para a defesa do ambiente e dos consumidores*, in *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pp. 150-151.

à tutela dos bens em questão além de determinar a aplicabilidade de suas normas processuais à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais.

Com o advento do CDC deu-se um passo definitivo para a proteção de outra categoria de direitos além daqueles interesses coletivos e difusos em sua dimensão indivisível. Inspirado nas *class actions* do sistema norte-americano[11], o legislador brasileiro, em dezembro de 1989, através da Lei nº. 7.913/89 abriu ensejo para a tutela coletiva dos investidores no mercado de valores mobiliários, inaugurando o que mais tarde viria a ser denominado no CDC de "interesses individuais homogêneos".[12]

Tais interesses individuais homogêneos ou decorrentes de origem comum, preenchidos os pressupostos de admissibilidade e a legitimação adequada, poderão ser submetidos à tutela jurisdicional coletiva, nos termos do art. 81, § único, III, do CDC. Esta ação coletiva pode objetivar a condenação à obrigação de fazer ou não fazer (*injunctions class actions*), ou mais propriamente ao ressarcimento de um dano (*damages class suits*) conforme salienta Luiz Paulo da Silva Araújo Filho em importante obra acerca do tema:

> [...]Com efeito, os próprios comentadores do CDC, que prevê textualmente apenas a ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos com relação à 'responsabilidade pelos danos individualmente sofridos' (art. 91), salientam que 'é perfeitamente possível que a ação tendente à tutela desses interesses objetive a condenação à obrigação de fazer ou não fazer, ou que seja de índole meramente declaratória ou constitutiva.[13]

Dessa forma, o sistema jurídico brasileiro prevê não só a tutela jurisdicional de interesses metaindividuais de natureza indivisível, mas também a tutela, de forma coletiva, dos direitos individuais pertencentes a um grupo de pessoas diretamente prejudicadas por atos ou fatos dependentes de uma origem comum, nos quais inexiste comunhão indivisível, isto é, os interesses individuais homogêneos ou divisíveis.[14]

O interesse coletivo individual homogêneo previsto no art. 81, § único, III do CDC expressamente definido como aquele decorrente de origem comum, requer em primeiro plano a observância de sua "prevalência coletiva" (regra 23),[15] isto é, deve ter por titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Vigliar, valendo-se das lições de José Carlos Barbosa Moreira, leciona :

> Os *interesses divisíveis* (ou *cindíveis*) originam conflitos *acidentalmente coletivos*: nada impede que cada um busque exatamente a sua fração de prejuízo, que ajuíze a sua própria demanda individual. Mas buscando o bom exemplo das *class actions* do direito norte-americano e considerando a necessidade de se *molecularizarem* os

---

[11] As class suits desenvolveram-se, portanto, na equity, pela necessidade pratica de estabelecer um mecanismo processual adequado para superar as dificuldades de processar e julgar ações envolvendo um grande número de membros de uma classe, abrangidos pelo interesse comum, bem como pela aspiração das cortes de evitar processos repetitivos, bucando a composição, em um único feito, da controvérsia também única, com a verificação de todos – ou o maior número possível – de aspectos relevantes, a fim de evitar decisões diversificadas e conflitantes. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos,* p. 19.

[12] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob. cit., p. 448.

[13] ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos,* p. 123.

[14] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos*, *in* Temas de Direito Processual, 3ª. Série, pp. 195-196.

[15] CASTRO, André Luis Machado de. *Tutela Coletiva: A Class Action do Direito Norte Americano*, *in* Revista de Direito da Defensoria Pública, nº 20, p. 93.V. também regra 23 da *Class Action* do Direito Norte Americano (Federal Rules of Civil Procedure)

> conflitos de interesses, ao contrário do que o processo civil tradicional faz (*atomiza*, individualiza os conflitos, quer pelo sistema da legitimação, quer pelos limites da coisa julgada), há a possibilidade de tratá-los como se coletivos fossem.[16] É justamente o que ocorre com os interesses individuais homogêneos, conclui Vigliar.

A ação civil pública em sentido estrito, cuja legitimação é atribuída ao Ministério Público e a outros entes legitimados (art. 5º, L. 7.347/85), se destina 'principalmente à proteção ao meio ambiente como interesse difuso e coletivo e tem por objeto a condenação em dinheiro, o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer. Nestas ações, as condenações não revertem para as vítimas diretas, mas para a sociedade, através de um fundo gerido por um Conselho Federal ou Estadual, sendo os seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (art. 13, L. 7.347/85). O art. 16 da L. 7.347/85 dispõe que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* (V.art. 103 do CDC)

Saliente-se que a legitimação do Ministério Público e dos demais legitimados na LACP para a defesa dos interesses difusos e coletivos relativos ao meio ambiente não limita aos próprios titulares individuais perseguirem a reparação da lesão particular sofrida, mediante a comprovação da existência do dano e da relação de causalidade. Ainda que a ação civil pública não haja sido proposta, ou mesmo se a sentença foi de improcedência, nada impede o ingresso em Juízo com a ação individual ou coletiva pelos danos sofridos.

A responsabilidade daquele que ofende o meio ambiente, apurada através da ação civil pública *stricto sensu* pode também determinar o ressarcimento dos danos civis. Não obstante, os particulares individualmente ofendidos em seus interesses poderão, concomitantemente, propor ação individual ou coletiva (direitos individuais homogêneos), para a responsabilização do poluidor ou daquele que através de determinada atividade não poluidora destrói os biomas naturais, visando o ressarcimento dos danos (*damages class suits*).[17]

III. Da Tutela Coletiva (interesses individuais homogêneos) em tema de Meio Ambiente.

Conforme abordado no tópico anterior, há interesses que geram conflitos *acidentalmente coletivos* nos termos das lições de José Carlos Barbosa Moreira, e, neste ponto, "a tutela desses interesses divisíveis, cindíveis, passíveis de serem atribuídos a cada qual dos interessados na proporção do que cabe a cada um deles" pode se dar de forma coletiva se tiverem uma origem comum.[18] É a hipótese que pode ocorrer, por exemplo, através de um dano ambiental que venha a provocar lesão a interesses individuais de pessoas unidas por uma mesma situação de fato (pescadores ou lavradores lesados pelo derramamento de óleo de determinado navio em mar territorial e que retiravam seu sustento da pesca no local ou através da exploração agroindustrial). Tais interesses, que podem ser individuais e divisíveis, podem ser deduzidos em juízo através da tutela coletiva pois correspondem a interesses *individuais homogêneos* como dispõe o inciso III do art. 81 da L. 8.078/90.[19]

---

[16] VIGLIAR. Ob. cit., p. 45.
[17] ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ob. cit., p. 26.
[18] VIGLIAR. Ob. cit., pp. 27-28
[19] VIGLIAR. Ob. cit., pp. 27-28.

A propositura de uma única ação coletiva é meio de economia processual e uniformidade no julgamento das demandas, muito embora em sua maioria dependa de liquidação individual. A demanda coletiva também tem o mérito de não deixar que o interesse daquelas pessoas menos favorecidas economicamente fique ao abandono por falta de informação jurídica ou por serem danos de "bagatela", que, considerados individualmente, não despertam a mobilização do cidadão para a sua tutela o que acaba por estimular a repetição e perpetuação de práticas ilegais e lesivas.[20]

O art. 225 da Constituição da República dispõe que "*todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*".

O art. 225, § 3º, da CR dispõe:

> *as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*.

Apesar de o referido artigo estar inserido no capítulo da ordem social, muitos autores, a exemplo de José Afonso da Silva, entendem que o meio ambiente constitui um direito fundamental a ensejar prestações positivas e negativas. [21] O constitucionalista português G. Canotilho leciona que o direito ao ambiente "não se traduz com um simples 'momento do direito de personalidade', nem se reduz a um interesse público monopolisticamente representado pelos poderes públicos (...) Na ordem jurídico-constitucional portuguesa o "direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado" (art. 66º, nº 1 da C.R.P) é um verdadeiro direito fundamental, formal e materialmente constitucional."[22]

A responsabilidade no campo ambiental deve ser vista sob os aspectos administrativo, civil e criminal. No que diz respeito à responsabilidade civil, a Lei nº. 6.938/81, art. 14 § 1º, determina a responsabilidade objetiva do poluidor, baseada na teoria do risco, independente da prova de ter o mesmo agido com culpa ou dolo, sendo necessário apenas à demonstração do dano e do nexo causal que o liga à conduta do agente.

Quando determinada pessoa, ao desenvolver alguma atividade econômica, coloca em risco o meio ambiente, deve ser responsabilizada pelos danos que causar, além de ter que adaptar sua atividade de forma a evitá-los. Muito embora o legislador do CC de 2002 haja insistido em utilizar-se, segundo Marinoni, da lógica perversa do "poluo mas pago",[23] a exemplo do disposto no art. 1.291 do CC relativo às águas que o possuidor do imóvel superior poluir, sabemos que no campo dos "novos direitos" também a tutela preventiva é urgente e necessária de forma a evitar irreversíveis danos ecológicos e suas conseqüências patrimoniais mediatas e imediatas ao ser humano.[24]

---

[20] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas*, p. 30.

[21] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, p. 36".É que a tutela do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade de vida".

[22] CANOTILHO, Gomes, *in Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente*. Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3802, p. 7-9.

[23] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*, p. 79.

[24] A tutela penal do meio ambiente está prevista nas Leis 9.605/98, no Código Penal através dos arts. 161, 254, 255, 270 e 271, Lei de Contravenções Penais, art. 38, entre outras.As infrações administrativas ao meio ambiente estão disciplinadas

O crescimento indiscriminado das cidades, a poluição hídrica, o acúmulo de lixo em locais não apropriados, o desmatamento, a utilização do solo de forma a facilitar a erosão, são situações que exigem direta fiscalização do poder público, mas também devem contar com uma atenta participação de toda a sociedade, o que pode ser feito através da reivindicação dos direitos violados de cada um de seus membros, através de ações individuais ou coletivas.

Por exemplo, a *água*, bem de domínio público nos termos do art 1º da L. 9.433/97 e um dos recursos ambientais nos termos do art. 3º, V, da Lei no. 6.938/81 tem sido até hoje tratada como bem particular do proprietário do terreno por onde passa ou onde nasce, inclusive através de dispositivos anacrônicos do novo CC, sendo objeto de derivações, captações e lançamentos irregulares que vem ameaçando o crescimento urbano e a garantia de suprimento futuro. Este é um exemplo típico da dimensão do problema e da falta de conscientização de que o meio ambiente saudável é direito de todos cabendo à coletividade o dever de sua preservação, conforme previsto no art. 225 *caput,* da Constituição de 1988.

As importantes alterações na legislação sobre as águas influem, naturalmente, na órbita do direito privado. Os problemas a serem enfrentados em sede do direito de vizinhança e que comumente são objeto de conflitos intervicinais concernentes à preservação da qualidade da água e do fluxo natural da mesma, bem como a possibilidade de sua captação através de barragens ou açudes ou a possibilidade de construção de canais através da propriedade alheia não pode se distanciar da preocupação com o seu uso e aproveitamento racional, sem prejuízo aos proprietários e possuidores dos imóveis vizinhos ou mediante a indenização daqueles prejuízos inevitáveis. A importância da destinação social da água e a garantia do meio ambiente equilibrado foram previstas de forma geral no art. 1228 § 1º do novo CC, na esteira das garantias constitucionais, e devem ser objeto de constante informação e de garantia aos hipossuficientes.

É oportuno salientar que o conteúdo da função social da propriedade tem requisitos específicos que estão delineados no art. 186 da CF: a) do aproveitamento racional e adequado; b) da utilização adequado dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; c) da observâncias das disposições que regulam as relações de trabalho; d) da exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A Lei 9.985 de 18/07/2000 que regulamenta o art. 225 § 1º, I, II, III, IV e VII da Constituição Federal e institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza modificada recentemente pela Lei 11.132 de 04/07/2005, prevê a possibilidade de limitação à propriedade privada nos seguintes termos: [25]

> *Art. 22-A – O Poder Público poderá, ressalvadas as atividades agropecuárias e outras atividades econômicas em andamento e obras publicas licenciadas, na forma da lei, decretar limitações administrativas provisórias ao exercício e atividades e*

---

na Lei 9.433/97 no que se refere à má utilização dos recursos hídricos e na Lei 9.784/99 e Lei 9.605/98 referentes ao processo administrativo para apuração de infração ao meio ambiente, no Decreto 3.179/99 que cuida do regulamento da Lei Ambiental, entre outros.

[25] Dispõe a Lei 4.132de 10/09/62:*"Art. 1º. A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal:Art. 2º. Considera-se de interesse social:(...)VII – a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais."*

> *empreendimentos efetiva ou potencialmente causadores de degradação ambiental, para a realização de estudos como vistas na criação de Unidade de Conservação, quando, a critério do órgão ambiental competente, houver risco de dano grave aos recursos naturais ali existentes.*
>
> *§ 1º - Sem prejuízo da restrição e observada a ressalva constante do "caput", na área submetida a limitações administrativas, não serão permitidas atividades que importem em exploração a corte raso da floresta e demais formas de vegetação nativa.*

Imagine-se a hipótese de uma indústria que prejudique o meio ambiente através de poluição das águas de um rio, local de onde certo número de pessoas unidas em determinada classe ou certa comunidade (pescadores, barqueiros, agricultores...), retiram seu sustento, quer pescando, navegando, plantando, etc.... Nesta esteira do raciocínio são fartos os exemplos noticiados nos jornais, como o daquele proprietário ou possuidor que, através de queimadas ou atividade de monocultura suprime a mata virgem em suas terras, prejudicando toda uma comunidade.

Outro exemplo pode ser o de certo proprietário ou possuidor que, desviando em proveito próprio as águas do rio que corre em sua propriedade, deixa determinado grupo de lavradores da localidade sem acesso às mesmas. Também; o de certa indústria ou distribuidora de óleo que introduza na atmosfera gases poluidores trazendo prejuízo à saúde de determinado grupo de pessoas.

O sistema conceitual do Código de Defesa do Consumidor, atendendo à diretrizes constitucionais, não só estabeleceu no art. 81 a distinção entre interesses difusos (pessoas indeterminadas ligadas por uma situação de fato) e coletivos (que se refere a um grupo categoria ou classe ligadas por uma relação jurídica base), como instituiu a tutela dos interesses coletivos individuais homogêneos. O eminente professor da UERJ Luiz Paulo da Silva Araújo afirma que "embora sejam individuais e divisíveis, caracterizando típicos direitos subjetivos, admitem tratamento geral e coletivizado, por 'serem decorrentes de origem comum', ou seja, por decorrerem de um mesmo fato ou de fatos idênticos".[26]

A possibilidade de defesa coletiva desses interesses individuais veio a ser consagrada no Código de Defesa do Consumidor através da categoria dos "interesses individuais homogêneos", inspirada nas *class actions* do sistema norte americano.[27] O Código do Consumidor tratou, também, de atribuir a correspondente legitimação para a tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais homogêneos. (arts. 81 a 100 da L. 8.078/90).

> *Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*
>
> *Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:*
>
> *I. (,,,)*
>
> *II. (....)*
>
> *III. Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.*

[26] ARAÚJO FILHO. Ob. cit., p. 70.

[27] A *class action* norte-americana pressupõe a existência de número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença em juízo e um único expoente da classe (Vicenzo Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*: *la legitimazione ad agire*, Milão, Giuffrè, 1979, p. 254) apud, ADA PELLEGRINI GRINOVER, *O Processo em Evolução*, p. 444.

A questão que a esta altura se coloca é se outras ações referentes a direitos individuais homogêneos que não se originem das relações de consumo podem ser tuteladas pelas normas processuais do CDC. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho responde afirmativamente à indagação, *in verbis*:

> Assim sendo, impõe-se a solução que admite a aplicação básica do procedimento previsto ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no que couber, às ações coletivas, ainda mais porque a incidência das normas processuais da Lei nº 8.078/90 transcende as relações de consumo, seja porque o Código equipara, para certos efeitos, "aos consumidores todas as vítimas do evento" (art.17), que se incorporam à defesa do consumidor em juízo (art 81, *caput*), seja porque se aplicam, no que for cabível, os dispositivos de seu Título III à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivo e individuais de que trata a Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), por força do novo art. 21, que foi acrescentado pelo art. 117 do CDC.[28]

Em se tratando de ação de reparação de dano que disponha sobre interesse individual homogêneo, esclarece Araújo Filho que a condenação será genérica, *erga omnes*, e versará sobre o ressarcimento dos danos causados aos titulares dos direitos individuais homogêneos (art. 103, III, do CDC). Quanto ao ressarcimento dos prejuízos sofridos individualmente, dependerá de uma outra iniciativa, da propositura da chamada ação de liquidação da sentença coletiva.[29]

Não obstante, adverte o citado autor que em relação à legitimidade ativa *ad causam*, "não se aplicam os arts. 82 da Lei nº 8.078 e 5º da Lei nº 7.347, fora das hipóteses típicas de incidência dessas leis, uma vez que os dispositivos são específicos e não coincidentes, para a defesa coletiva do consumidor e para a ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infração da ordem econômica".[30]

Convém observar, contudo, que, em se tratando de responsabilidade objetiva, a exemplo da responsabilidade do poluidor que cause dano ao meio ambiente e a terceiros (art. 14, §1º da L. 6.938/81), há de se perquirir a necessidade da ação coletiva (Interesses individuais homogêneos) visando a declaração da responsabilidade de indenizar, na hipótese de já haver sido reconhecida a responsabilidade do poluidor, pois a matéria que envolva apenas o ressarcimento dos danos deverá ser deduzida de maneira individual e não coletiva. Conforme aduziu o defensor André Castro em recente monografia sobre a *tutela coletiva e as class action,* deve-se averiguar se a ação coletiva traz alguma vantagem significativa para a classe (interesse-utilidade e interesse-adequação).

A importância de um meio ambiente saudável e de um desenvolvimento sustentável exige um processo de conscientização dos cidadãos e um esforço conjunto dos operadores do direito na utilização de todos os instrumentos jurídicos necessários a coibir ou diminuir atentados à natureza, ainda que de forma mediata ou seja, protegendo os direitos individuais homogêneos daqueles grupos atingidos por acidentes ambientais.

---

[28] ARAÚJO FILHO. Ob. cit., p. 106.
[29] ARAÚJO FILHO. Ob.cit., p. 243.
[30] ARAÚJO FILHO. Ob.cit., p. 108: "não obstante, parece-nos genericamente aplicável, em qualquer hipótese, a razoável e salutar exigência da pré-constituição das associações há pelo menos um ano, com a possibilidade, evidentemente, de ser dispensado o requisito pelo juiz, quando houver manifesto interesse social, consoante ao arts. 5º, inciso I, § 4º, da LACP, e 82, inciso IV, § 1º, do CDC, uma vez que essa exigência é perfeitamente consentânea com os fins da Carta, e na impõe, consequentemente, nenhum limite intolerável". Ob. cit, p. 109.

A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos pelos danos relativos às agressões ambientais é, certamente, um dos caminhos para se obter a justa reparação para os prejuízos individualmente sofridos, rompendo assim algumas barreiras do acesso à Justiça. [31]

IV. A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça para a tutela dos Interesses individuais e coletivos relativos ao Meio Ambiente.

A Defensoria Pública é a instituição garantidora do acesso à justiça aos hipossuficientes (art. 134,CF) e como tal tem a importante tarefa de identificar e minimizar o contingente de "litigiosidade contida", prevenindo, solucionando e informando acerca dos conflitos individuais e coletivos.

O art. 179 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro estabelece que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica integral e gratuita, a postulação e a defesa, em todos os graus e instâncias, judicial e extrajudicialmente, dos direitos e interesses individuais e coletivos dos necessitados, na forma da lei.

No âmbito institucional da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a garantia de acesso individual e coletivo à Justiça dos consumidores que tenham seus interesses lesados é assegurada, principalmente, através do Núcleo Especializado na Defesa do Consumidor (NUDECOM). Traz-se como exemplo, as ações coletivas em face das empresas que firmaram contrato de *leasing* atrelado à variação do dólar propostas pelo NUDECOM e que garantiram o equilíbrio financeiro dos contratos, protegendo centenas de consumidores prejudicados pela brusca e repentina desvalorização da moeda.

O problema da *legitimatio ad causam* e de sua natureza para os múltiplos interesses que decorrem da questão ambiental, merece acurada analise, voltada para a efetividade do processo e para um sistema em que se reduzam ao "mínimo inevitável os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis", na expressão de Cândido Rangel Dinamarco.[32]

Expondo acerca da legitimidade da Defensoria Pública em tema de meio ambiente o defensor público José Augusto Garcia esclarece, *in verbis*:

---

[31] Quanto à preservação do meio ambiente, existem diversas leis federais e estaduais, decretos e resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) que regulam a matéria, dentre as quais se destacam: L. 4.717/65 (Ação Popular); L. 7.347/85 (Ação Civil Pública); L. 8.078/90 (Proteção do Consumidor); L. 6.453/77 (Responsabilidade Civil por Danos Nucleares); L. 8.723/93 (Redução de Emissão de Poluentes por Veículos Automotores); L. 9.433/97 (Recursos Hídricos); L. 9.966/00 (Poluição por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas nas águas); L. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente); L. 9.795/99 (Educação Ambiental); D. 221/67 (Proteção da Pesca); D. 227/67 (Código de Minas); D. 89.336/84 (Reservas Ecológicas); D. 3.179/99 (Especifica as sanções às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente); L. 4.771/65 modificado pelo D.2.661/98 (Código Florestal).

[32] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 19.

> Sem dúvida alguma, a questão ecológica assumiu definitivamente a condição de questão fundamental para o homem contemporâneo. Hoje, de fato, não há projeto civilizatório digno desse nome que não encareça os valores ambientais. Cuida-se de uma reação desesperada, pois o homem, ao mesmo tempo em que dá passos gigantescos no terreno da microbiologia, vê-se crescentemente acuado pela deterioração irreversível do meio ambiente e pelo iminente esgotamento dos grandes recursos naturais, como é o caso da própria água nossa de cada dia. Em um quadro assim, nos quais também as causas da tragédia operam de forma globalizada e multinacional, a solidariedade planetária se impõe (daí a indignação mundial, em 2001, com a recusa dos EUA em aderir ao Protocolo de Kioto). Já nem falando mais de ética, falta sobretudo eficácia às soluções excludentes, parciais. Ou se salvam todos ou o suicídio é coletivo. O solidarismo, portanto, transforma-se em exigência universal. As sociedades locais, por seu turno, devem tornar-se, gostem ou não, sociedades ecológicas, em prol da sua própria sobrevivência.[33]

Com base na legislação em vigor e visando a efetividade do acesso do hipossuficiente à ordem jurídica justa, Fábio Costa Soares, em instigante monografia a respeito do tema *Acesso à Justiça*, defendeu a legitimação autônoma da Defensoria Pública, para a deflagração e condução do processo coletivo para a tutela jurisdicional dos interesses coletivos *lato sensu* dos necessitados.[34]

Elida Sá, em pioneiro e importante artigo sobre o tema "*O Papel do Defensor Público na Defesa Ambiental*", expõe que "cabe ao defensor público detectar quando uma questão individual extrapola esses limites e atinge os interesses difusos da comunidade. O fomento da consciência popular da relevância da manutenção do equilíbrio ambiental deve nortear sua atuação, incentivando as comunidades a se organizarem na defesa do Patrimônio Ambiental, assumindo o patrocínio extra-jurídico e jurídico de Ações a serem propostas pela comunidade, quando já organizada em associações".[35]

Também a respeito do tema a relevante exposição da defensora Adriana Silva de Britto, na qual defende a legitimação da Defensoria Pública para as ações coletivas consumeristas com base no art. 82, III, do CDC, mas pondera que o ideal seria o reconhecimento amplo desta legitimação através do texto de lei, a exemplo do que consta no Projeto de Código de Processos Coletivos.[36]

Esta alteração de paradigma que, como abordado anteriormente, se reflete na passagem de um direito privado eminentemente unitário e patrimonial para um direito coletivo baseado na dignidade humana, está bem delineado na relativização da clássica lógica dominial para uma noção plural e solidária das diversas propriedades. Dispõe o art. 1.228 § 1º, do CC:

> *§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora e a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

---

[33] GARCIA, José Augusto. Ob. cit. p. 222.

[34] SOARES, Fábio Costa. *Acesso do Hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos Lato Sensu dos Necessitados*, Org:, Raphael Augusto Sofiati de Queiroz *in* Acesso à Justiça, pp. 69-106.

[35] SÁ, Elida. *O Papel do Defensor Público na Defesa Ambiental*, in Revista de Direito da Defensoria Pública, ob. cit.Vol. 12, p. 61.

[36] SILVA DE BRITO. Legitimação Para Agir nas Ações Coletivas, in Revista de Direito da Defensoria Pública. Ano 19, nº 20, RJ, 2006, p. 36.

A garantia de acesso à Justiça através da propositura das ações individuais e coletivas para a proteção de interesses individuais relativos a danos ambientais, através de Defensoria Pública, constitui importante meio de se efetivar o acesso à ordem jurídica justa, não se excluindo do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito e constitui, de forma ampla, o meio de se efetivar o princípio da dignidade humana previsto no art, 1º, III, da CF.

No II Seminário Internacional – Defensoria Pública e Proteção ao Consumidor realizado no Rio de Janeiro nos dias 1º e 2 de dezembro de 2005, foi proferida palestra pela Prof. Ada Pellegrini Grinover onde a brilhante processualista ponderou, que, para o efetivo acesso à ordem jurídica justa não basta garantir a movimentação do aparelho jurisdicional, mas é preciso que se outorgue poderes e faculdades que possibilitem o contraditório, pois a finalidade da jurisdição não é só jurídica, mas também social e política. Nesta linha do raciocínio defendeu que, nos termos do art. 82, III do CDC e da comunicação procedimental entre a LACP e o CDC, e ainda, diante do que dispõem os arts. 134 e 5º LXXIV da CF e art. 179 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, a legitimidade da Defensoria Pública para pleitear a reparação dos danos ambientais individualmente causados relativos aos interesses *acidentalmente coletivos* em uma única ação coletiva. Na oportunidade, também ressaltou a importância da atuação da Defensoria Pública no tocante aos interesses *essencialmente coletivos* sejam estes relativos aos consumidores, ao meio ambiente ou a outros interesses.

Ao lado do tratamento dado aos hipossuficientes como indivíduos, tutelando seus interesses jurídicos individuais, é importante não esquecer a tarefa constante e crescente da Defensoria Pública de ajudá-los a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos através do processo coletivo.[37]

Nesse diapasão, entendo que a Defensoria Pública, como instituição constitucionalmente encarregada de promover o acesso à justiça do hipossuficiente e dessa forma incumbida de efetivar o princípio da dignidade humana, possui legitimação autônoma para deflagrar ações coletivas referentes aos interesses individuais homogêneos ou disponíveis, visando a fixação da responsabilidade pelos danos individuais relativos ao meio ambiente.[38]

Dessa forma, no campo relativo à defesa dos direitos individuais homogêneos ou *acidentalmente coletivos* em tema de meio ambiente,[39] tem a Defensoria Pública vasto e imediato campo de atuação que merece ser adequadamente preenchido, inclusive, através da criação de núcleo especializado, a fim de concentrar a tutela de tais interesses coletivos. [40]

Esta proposta atende ao novo enfoque de acesso à justiça delineado por Cappelletti e Garth na *segunda* e *terceira ondas* de sua memorável obra *Acesso à Justiça,* que é o de

---

[37] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 38.

[38] Nos termos do art. 95 do CDC a condenação será genérica., fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.Luiz Paulo Araújo Filho explica que "a sentença fixa a responsabilidade do réu e 'condena-o' abstratamente. Ainda que os titulares dos direitos sejam determináveis imediatamente, a condenação será indeterminada, e não apreciará o direito dos titulares e nível individual. Ao revés, a determinação individual se dá exclusivamente no momento em que cada prejudicado exercitar o seu (próprio) direito". Ob. cit., p. 118.

[39] Segundo Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, "o Ministério Público pode promover a ação civil publica para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, bem como de interesses individuais homogêneos que configurem um interesse social (arg. Ex arts. 127 e 129, III e IX, da CF)".

[40] O projeto (PLS 131/2003) visa a inclusão da DP no rol dos legitimados do art. 5º da Lei 7.347/85. O projeto de Lei nº 3401/2006 de autoria do deputado Carlos Minc está em tramitação na ALERJ para a criação do Núcleo de Tutela Coletiva.

encontrar “representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados [...] ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”.[41]

Não obstante, é sem dúvida árdua e contínua a tarefa de superar, em matéria de legitimação *ad causam* para ações coletivas, os dogmas do direito processual clássico, inclusive, o de que somente a lei é que predetermina e individualiza os sujeitos legitimados a promover a ação. Afinal, a gradativa transformação que se operou no direito privado através da superação do individualismo do modelo medieval, caracterizado pelo sujeito abstrato e pelo “sujeito unitário” do Código Civil de 1916, para um “sujeito universal” do Código Civil de 2002, sugere novos mecanismos de legitimação processual capazes de operar e efetivar o atual sistema de direitos subjetivos.

V. Conclusão.

As relações que enfrentamos na sociedade contemporânea dão origem a inúmeros conflitos de interesses privados individuais e metaindividuais, e isto vem despertando a cada dia o problema da atribuição de legitimação para tornar efetivo o acesso de todos à justiça.

A dimensão social dos interesses metaindividuais difusos e coletivos é o fundamento para a legitimação do Ministério Público e de outras entidades inclusive da administração indireta para as ações transindividuais. À Defensoria Pública cumpre efetivar o acesso à justiça do cidadão hipossuficiente para o processo e concretizar, em campo judicial, o princípio da dignidade da pessoa humana e a igualdade perante a lei em todas as esferas onde o cidadão possa ser vulnerado em seus interesses. Esta proximidade importa em considerar não apenas a existência de conflitos individuais, mas também conflitos coletivos.

A possibilidade de ampla tutela dos interesses coletivos através da Defensoria Pública notadamente aqueles relativos aos interesses individuais homogêneos relacionados ao meio ambiente é forma não só de garantir o acesso à justiça, mas também de despertar a atenção da comunidade para a importância de se manter e melhorar a qualidade do meio ambiente.[42]

Nesse contexto, a atuação autônoma da Defensoria Pública na área ambiental através de ações coletivas é determinante também para a participação da coletividade na preservação ambiental, maximizando a noção de cidadania e de dignidade da pessoa humana. Em resumo, possibilitará alcançar-se, como expôs o saudoso defensor Silvio Roberto Mello Moraes, “a garantia e efetividade do Estado Democrático de Direito”, através da concretização da dimensão democrática do processo.[43]

---

[41] CAPPELLETTI e GARTH. Ob. cit., p. 67-68.
[42] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental constitucional*, p. 36.
[43] MORAES, Silvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, Lei Complementar 80 de 12.01.94 anotada, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1995, p. 17.

Esta atuação depende, não obstante, de adotar-se um modelo de gestão eficaz através da atividade de comunicação integrada entre os diversos órgãos incumbidos da defesa dos interesses difusos e coletivos a fim de proporcionar informação adequada a todos os interessados bem como promover as ações pertinentes.

Diante das novas técnicas processuais, principalmente pela interação entre os dispositivos processuais do CDC e a LACP, é possível uma ampliação da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos relativos ao meio ambiente. A legitimação da Defensoria Pública decorre de sua atribuição constitucional para pleitear e defender os direitos dos hipossuficientes, conforme dispõem os arts. 134 e 179 das Constituições Federal e Estadual, respectivamente, e dessa forma efetivar o princípio constitucional da dignidade humana, nos termos do art. 1º, III, da CF.

Facilitar o acesso à justiça em todos os seus planos e implementar a idéia de um processo mais social, sem descuidar da importância e necessidade da tutela individual, é tarefa que merece ser implementada pelos diversos setores da área jurídica, compensando o esforço que vem sendo feito por eminentes processualistas pátrios, a exemplo de Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover em direção à superação da noção estrita do processo civil clássico.

É evidente que neste percurso de um processo *individualista* para um processo *social* que busca a *universalidade* da tutela jurisdicional como salienta Barbosa Moreira,[44] se torna necessário aperfeiçoar os mecanismos de acesso à justiça visando a mais ampla proteção de todos.

Este breve trabalho se resume, portanto, na proposta de apontar algumas funções que a Defensoria Pública pode utilizar-se através da especialização de suas funções no âmbito do processo coletivo, notadamente no campo dos interesses individuais homogêneos relativos ao meio ambiente, entre outros, a fim de tornar efetiva a tutela jurisdicional e ampliar, de forma concreta e para finalidades essenciais da vida humana e da sua preservação, o acesso do hipossuficiente à ordem jurídica justa.

VI. Referências bibliográficas.

ALVES, Cleber Franscisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à Justiça em preto e branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva*. Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

[44] BARBOSA MOREIRA, *Tendências contemporâneas do direito processual civil*, in *Temas*, Terceira Série, pp. 1-13.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil*, *in Temas de Direito Processual*, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, pp. 1-13, 1984.

_____ *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 61, pp. 187-200, jan/mar. 1991.

BUSTAMANTE, Marcelo. *Defensoria Pública: Garantia de Acesso á Justiça*, *in* Boletim IBCCRIM, ano 10, n. 115, Junho. 2002.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*, São Paulo: Ed. Ver. Dos Tribunais, 1997.

CASTRO, André Luis Machado de. *Tutela Coletiva: A Class Action do Direito Norte Americano*, *in* Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, nº 20, pp. 87- 98. CEJUR, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Ed, 2003.

_____ *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2.e.d., São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.

FREITAS, Vladmir Passos de. *Águas – Considerações Gerais*, in Vladimir Passos de Freitas (coord.), *Águas, Aspectos Jurídicos e Ambientais*, Curitiba: Juruá Editora, 2003, 2ª.ed., pp.17-28.

GARCIA, José Augusto. *Solidarismo Jurídico, Acesso à Justiça e Funções Atípicas da Defensoria Pública: A Aplicação do Método Instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado*. *In*: Rev. De Direito da Defensoria Publica do Estado do Rio de Janeiro, nº. 19, pp. 215-258. RJ - CEJUR, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações Coletivas para a defesa do ambiente e dos consumidores* in *Novas Tendências do Direito Processual*, 2º ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto., 4º ed., 2º tir., São Paulo: Forense Universitária, 1996.

_____ *O Processo em Evolução*, 2º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1998.

MORAES, Silvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública: Lei Complementar 80, de 12.01.94, anotada.* São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

SÁ, Élida. *O Papel do Defensor Público na Defesa Ambiental, in* Rev. de Direito da Defensoria Pública, vol. 12, p. 45-61, RJ - CEJUR, 1998.

SILVA DE BRITO. *Legitimação Para Agir nas Ações Coletivas*, *in* Revista de Direito da Defensoria Pública. Ano 19, nº 20, p. 13-42, RJ - CEJUR, 2006.

SOARES, Fábio Costa. *Acesso do Hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos Lato Sensu dos Necessitados*, Org:, Raphael Augusto Sofiati de Queiroz *in* Acesso à Justiça, pp. 69-106, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* Tomo II., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2006.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*, São Paulo: Saraiva, 2003.

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NO PROCESSO PENAL

Denis Sampaio [1]

"A verdade é como a luz ou como o silêncio, os quais compreendem todas as cores e todos os sons; mas a física tem demonstrado que a nossa vista não vê e os nossos ouvidos não ouvem mais que um breve seguimento da gama das cores e dos sons; estão aquém e além da nossa capacidade sensorial as infra e ultracores, como os infra e ultra-sons."

Francesco Carnelutti

1- Breve nota introdutória

O presente trabalho não possui a ambição de exaurimento do tema ofertado, mas tão somente, uma simples construção de idéias sobre a fundamentação das decisões e sua presença na construção da teoria da argumentação jurídica.

Para tanto, foi necessário o apontamento de conceitos básicos sobre a lógica formal e sua aproximação com a verdade real. Não obstante o discurso falacioso desta modalidade de verdade no processo penal, podemos afirmar que sua ausência é a simples constatação da incongruência da lógica formal com a dialética processual.

Assim, objetivando a adequação de uma lógica na dinâmica processual, buscamos a aproximação da teoria da argumentação em Perelman, formando, com seus conceitos e prescrições, uma lógica (argumentativa) jurídica. Neste sentido, a motivação das decisões judiciais servirá como fator preponderante na argumentação jurídica, a partir do ponto em que expõe todo o raciocínio jurídico traçado pelas partes no processo, bem como pela síntese prolatada pelo julgador.

No entanto, a simples fundamentação da decisão judicial não perfaz apenas a formação da lógica jurídica, mas sim haverá verdadeira corporificação da legitimidade processual, a partir da sua função política somada à observância de todas as garantias fundamentais. Portanto, a função da motivação das decisões judiciais espelha a natureza jurídica do processo penal como garantia fundamental, quando resguarda a mostragem e o exercício das normas expressas na nossa Carta Constitucional como orientadoras da edição e aplicação de todo o ordenamento jurídico.

Não pretendemos uma conclusão perfeita, até porque seria verdadeiro contra-senso com os argumentos expostos, já que haveria a demonstração

[1] Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro; ex-Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor de Direito Processual Penal da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública; Professor Colaborador do Mestrado de Ciências Penais da UCAMIRJ; Mestre em Ciências Penais.

de um enunciado (muito próximo da lógica formal). Como estamos diante de um estudo jurídico, haverá apenas a tentativa de focalizar um item e dele extrair algumas discussões e extrair idéias. Nesse sentido, o raciocínio a ser seguido será sempre da construção através da dúvida (e não da certeza) e da argumentação (e não da enunciação).

2 . Critério aproximativo da Lógica Formal

.. A lógica formal estuda o pensamento em sua estrutura formal, ou seja, o pensamento enquanto forma que pode ser preenchida por qualquer conteúdo oriundo da experiência. Essa estrutura formal, não existe por si mesma, é apenas destacável mediante uma abstração onde desprezamos momentaneamente o conteúdo para por em relevo apenas a forma, de modo artificial."2

Assim, lógica formal, estrutura-se pelo pensamento sem conteúdo. A demonstração pressupõe um dado experimenta[3], que não exaure, porém, nesta forma demonstrativa, mas que também não se distancia. A razão não forma a sua estrutura até porque a revelação empírica já fornece elementos suficientes para sua conceituação. Os símbolos são precisos e transparentes, denotando todo seu aspecto sintático, o que afasta fatores de opiniões individuais e principalmente sociais, uma vez que prescinde de anuência daqueles que recebem os enunciados.

A ausência de juízo de valor aproxima de uma verdade absoluta, levando a desnecessidade de argumentação, posto que exibida de forma perfeita, através de simples dedução, por um procedimento certo; por um saber que se supõe científico. Nesta linha, mesmo que haja justificação no enunciado, o modelo de racionalidade será sempre dedutivo4.

2 ALVES, Alaôr Caffé. Lógica: pensamento formal e argumentação. Elementos para o discurso jurídico. 3" ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 83

3 Baseando-se na Teoria da Argumentação de Perelman o Professor Paulo Mendoça traça importante diferenciação entre a demonstração e argumentação, que facilmente se adequa ao estudo em questão, aproximando aquela da lógica formal, enquanto esta, muito mais adequada à argumentação jurídica. Assim, afirma que "a demonstração é típica de uma lógica formal, que adquiriu grande projeção no século XIX, com a ascensão do paradigma positivista, que defendia a adoção, no estudo das ciências sociais e humanas, do mesmo método utilizado nas ciências naturais e exatas". MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A Argumentação nas decisões judiciais. 2" ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pago 58.

. "Segundo essa orientação, a estrutura lógica da decisão judicial pode ser assimilada à de um silogismo no qual a premissa maior corresponde à norma a ser aplicada, enquanto a premissa menor é representada pelo fato apurado na instrução probatória, extraindo-se daí a necessária conclusão, que é a decisão da causa. Esse esquema, que pareceu ser demasiado simples a seus próprios defensores, não retratando evidentemente a complexidade do procedimento decisório, foi depois aperfeiçoado, afirmando-se então que a atividade decisória comportaria uma série de silogismos parciais, cujas conclusões representariam, por sua vez, as premissas de um silogismo final." GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pago 119. Por conseguinte, este modelo segue a orientação da Escola da Exegese, onde o juiz possuiria uma simples função de "boca da lei", retratando aquilo que teoricamente deveria ser considerado uma afirmação perfeita estatuida pelo legislador.

A dinâmica social de aplicação das normas jurídicas a fatos concretos afasta, por si só, uma lógica formal na seara de aplicação do direit05, visto que aquela reserva verdadeira força algébrica, que não se coaduna com a necessidade dialética do direito.

Mostra-se interessante uma passagem pela lógica formal, que retrata, ou pelo menos retratava - face ao relativismo científico atual - uma verdade identificável como real ou substancial para, desde já, afirmarmos que somente há que se falar em verdade real no direito quando estivermos diante de situações matemáticas de aplicação das normas jurídicas. Como tal fato se toma impossível, a primeira e tranqüila conclusão é que pela ausência de aplicação da lógica formal no direito, não existirá uma verdade cartesiana.

Como veremos, a própria necessidade de motivação das decisões judiciais como manifestação de argumentação jurídica, afasta a lógica formal. E por conseqüência, já que estaremos diante de argumentação exposta pelo julgador, reduz-se na afirmação de que a decisão judicial (motivada) não se aproxima de qualquer verdade real, mesmo que sua intenção seja pela sua busca, mas não como realidade, e sim como discurso. Neste sentido, não haverá espaço a um silogismo judicial, posto que o método dedutivo retrataria uma subordinação hierárquica (fria) entre a lei e o aplicador do direito.

Mesmo que estejamos diante de situações rotineiras, inicialmente de aplicação fácil das normas jurídicas e ainda que em relação à interpretação sobre os fatos, a situação processual merece respeito ao ponto de não se entregar a um silogismo jurídic06, pois, caso contrário, observaríamos um aspecto utilitarista do processo que pode chegar até mesmo numa arbitrariedade judicial. Merece, portanto, em qualquer situação levada a juízo um raciocínio e a justificação racional e razoável para a aplicação da norma (com ênfase à norma repressiva). Formação de um modelo dedutivo, acompanhado pela lógica formal, baseado, tão somente, na letra da lei, esquecendo a criatividade do juiz, resume-se na redução da aplicação do processo (penal), o que não podemos concordar.

A lógica formal, diante de um silogismo jurídico, pode estabelecer juízos descritivos7, como algo verdadeiro, o que não coaduna com a ciência jurídica[8]

5 "O Direito é parte integrante da experiência histórica do homem em Sociedade e, como tal, relacionase com o plano da ação. Ou seja, o Direito não é uma forma/pensamento pura e abstrata que se sustenta a partir de suas própria conexões lógico-sistemáticas internas." MONTEIRO, Cláudia Servilha. Teoria da Argumentação Jurídica e a Nova Retórica. 28 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pag.150. 6 Numa outra visão, aponta Gomes Filho a possibilidade de aplicação de uma modelo de dedução silogística quando estivermos diante dos easy cases. Neste sentido, ver GOMES FilHO, op. cit, pago 123.

7 Por outro lado podem-se observar os juízos prescritivos que não são registrados pela marca da verdade, sendo apenas orientados por critérios de validade normativa. Ver TEIXEIRA, João Paulo Allain. Racionalidade das Decisões Judiciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, pag.55/56. Porém não poderemos apenas vincularmos a aplicação normativa pelo seu critério de validade, formado pelo modelo prescritivo, mas ainda há a necessidade de vinculação á legitimidade da norma: para nosso estudo, tal fato deve ser observado pela proteção do indivíduo através de normas formadoras de valores constitucionais.

Assim, presunções legais podem levar à correspondente inadequação com toda a estrutura sistemática do direito, e até mesmo, com a determinação constitucional, como pode ser observado, de forma exemplificativa, pela vedação legal da liberdade provisória diante de um suposto crime hediond09. Neste exemplo, há verdadeira demonstração de necessidade (absoluta) da permanência da privação da liberdade do acusado, mesmo que ainda inocente. Retrata-se, portanto, um modelo dedutivo onde a premissa maior (o impedimento legal da liberdade provisória) somada à premissa menor (a imputação de um delito elencado como hediondo), forma-se uma conclusão nefasta: a necessidade genérica da prisão do suposto autor de um delito considerado hediondo. Esta lógica formal, por ser meramente descritiva, tenta estabelecer uma verdade absoluta, a partir do momento em que todas as prisões cautelares correspondente a delitos elencados como hediondos serão necessárias [10].

A legalidade desta norma já se mostra discutível - na realidade a inconstitucionalidade espelha-se flagrante. Contudo, a valorização de um processo penal de cunho emergencial11 face a atual criminalidade vulgarizada estabelece lógicas formais que influenciam tribunais12 e legisladores13, estabelecendo como verdadeiras e válidas essas normas inconstitucionais.

. "Trata-se aqui, unicamente de reconhecer que o tratamento dos problemas relativos à conduta humana é impossível de ser pensado de acordo com a lógica formal, que neste caso apresenta resultados inservíveis. A supervalorização da lógica formal que enxerga a sentença como um silogismo produziu na jurisprudência conseqüências funestas, por não considerar importantes aspectos axiológicos, típicos da realidade humana." Idem, pago 85.

9 M 2°, inciso 11 da Lei 8072/90.

10 "O que está em jogo, entretanto, é determinar se uma norma é ou não adequada para fundamentar uma decisão correta em face de um caso concreto. Atendendo-se à proposta de Klaus Günther, entende que uma norma será adequada a uma determinada situação quando empregada de tal modo que possa compreender todas as circunstâncias dessa situação e possa ser apreciada, alternativamente, em comparação com outras normas. Ocorre que esse simples procedimento não garante a correção da decisão, que deverá ser alcançada por meio de princípios que orientam o discurso jurídico, o qual não se confunde nem com o discurso moral nem com o discurso prático." TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto. 2" ed. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002, pago 81. 11 Para tanto ver CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

12 "É incabível a concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos (Lei 8.072/90, art. 2", 11). Com esse entendimento, a Turma manteve decisão proferida pelo ST J, que restabelecera a prisão do paciente por entender incabível, na espécie, a concessão de liberdade provisória antes de proferida a sentença, tendo em vista que ele fora preso em flagrante e denunciado pela prática de homicídio duplamente qualificado (Lei 8.072/90, art. 1°, I). Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que deferia o hábeas corpus, por entender que o ST J não poderia abandonar as premissas do acórdão recorrido e concluir pela hediondez do crime, ou seja, não poderia proceder ao exame da prova". (HC 79.386-AP, rei. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Mauricio Corrêa, 05.10.99).

13 Basta ver Projeto de Lei 831/2003 do Deputado José Divino onde acrescenta o inciso IX no art. 1 ° da Lei 8072/ 90 afirmando que :" São considerado hediondos os seguintes crimes: IX - crime de receptação". Da mesma forma o Projeto de Lei 166/2003 do Deputado Alberto Fraga onde estabelece algumas lógicas formais. Assim, para este legislador, deveria o artigo 2" da Lei 8072/90 ser alterado para incluir as seguintes pérolas: " §2" - Nos processos por crimes previstos neste artigo é obrigatória a decretação da prisão preventiva por ocasião do recebimento da denúncia, se o acusado estiver em liberdade. Não é aplicável nos processo referente a esses delitos, o art. 316 do Código de Processo Penal. §3° - A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei n. 7690/, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, devendo o juiz, ao prorrogá-la, determinar que se transforme automaticamente em prisão preventiva, quando de seu término. §4° - Nos processos por crimes previstos neste artigo, não se aplica o art. 366 do Código de Processo Penal..." (grifamos). Material colhido no site da Câmara dos Deputados. Não transcreveremos a justificativa do presente PL, já que seria por demais absurdo a perda do nosso (e para os que lerão o presente trabalho) escasso tempo.

o que se deveria retratar neste caso exemplificado, seria justamente o contrário: a demonstração da verdade absoluta de que a pessoa sujeita a uma investigação ou a uma ação penal, deve ser considerada inocente quando ainda diante de uma situação processual (não havendo decisão condenatória transitada em julgado). A única verdade real - a presente lógica formal - é da sua inocência, pois nossa Constituição assim descreve (art. 5°, inciso LVII), o que não pode ser contrariada por normas infra-constitucionais (inconstitucionais) 14.

No entanto, nosso ordenamento processual e material (penal) ainda se mostra arraigado de lógicas formais que seria por demasiado elencá-las neste trabalho, pois deveríamos estar diante de outro campo de raciocínio, não havendo espaço para exaurimento desse debate. Merece apenas alusão à presença dessas normas que distanciam toda a aplicação do sistema processual penal democrático, com invenções inverídicas de verdades reais, destituídas de qualquer valor jurídico e constitucional.

3 . Formação próxima da Lógica Jurídica15

Contrariando toda a lógica formap6, que não possui qualquer espaço nas ciências humanas, a lógica argumentativa ganha campo [17] a partir do fracasso do positivismo [18] do século XIX. Essa se funda através da ausência de verdades demonstradas, e sim pelo conjunto de opiniões com adesão [19] do receptor da exposição do argumento. Haverá, portanto, um discurso argumentativo, através de um raciocínio jurídico, que pressupõe o desacordo (efetivado em âmbito processual através do contraditório) e não um enunciado verdadeiro, como preleciona a lógica formal. Para haver, portanto, um raciocínio jurídico, afastado de um modelo cartesiano, toma-se indispensável e oportuna a presença de controvérsia, porque sem a alusão a uma batalha argumentativa, afastaria toda a função de um processo dialético que realiza um liame jurídico entre às partes.

[14] .Para além do sonho narcíseo da dogmática processual penal de alcançar a 'verdade substancial' a Constituição, ao normatizar a presunção de inocência, estabeleceu uma atitude deontológica aos sujeitos processuais: aceitar, tomar como verdadeira a inocência do acusado enquanto não houver robusta prova em contrário." CARVALHO, Saio. As Presunções no Direito Processual Penal (estudo preliminar do 'estado de flagrância' na legislação brasileira). in Processo Penal: leituras Constitucionais. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2003, pago 206.

" Também denominada por Perelman como lógica da controvérsia. PERElMAN, Cha'im. Ética e Direito. Trad. GALVÃO, Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 540.

[16] . O papel da lógica formal consiste em tornar a conclusão solidária com as premissas, mas o papel da lógica jurídica é demonstrar a aceitabilidade das premissas. Esta resulta da confrontação dos meios de prova, dos argumentos e dos valores que se defrontam na lide; o juiz deve efetuar a arbitragem deles para tomar a decisão e motivar o julgamento.. PERElMAN, Chaim. lógica Jurídica. Trad. PUPI, Vergínia K. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 242.

[11] Podemos, porém, afirmar que a retórica clássica que originou toda a crítica da atuação das ciências exatas nas vertentes sociais.

[18] O positivismo jurídico afasta juízos de valores, a partir do momento em que considera o direito como um fato e não como valor, interpretando e aplicando as normas jurídicas da mesma forma que o cientista aplica e interpreta as leis naturais.

,. Ver MENDONÇA. Op. cit, pág.90.

Também se deve observar todo um aspecto semântico do discurso, imprescindindo de interpretação da linguagem exposta2O, sem que haja uma situação auto explicativa. Reserva como ponto crucial, a presença de juízos de valores. Urge observamos que a aplicação das normas jurídicas e sua adequação aos fatos indicados na situação processual pela argumentação, não afasta uma estrutura legalista; não se pretende uma aversão à normatividade jurídica, tão somente uma identificação social e racional da sua aplicação[21]. Há portanto, necessidade de interpretação, uma vez que o dinamismo jurídico impõe a incerteza da aplicação pragmática de sua estrutura. A razão prática22 mostra-se indispensável, mas condicionada à argumentação regulamentada, seja através da época, do aspecto social, da aplicabilidade proporcional das normas jurídicas e da interpretação casuística, sem minimizar uma lógica jurídica.

E é justamente através da estruturação de uma lógica argumentativa pela criação e seguimento necessário de uma lógica jurídica, que demandará toda a estrutura formadora em decorrência dos valores sociais e daqueles inseridos nos discursos das partes na situação processual, bem como pelo julgador, como receptor natural das orações interessadas e exposição da argumentação imparcial e independente.

Na lógica jurídica, não estaremos diante de determinações conceituais, que afastam qualquer fator de opinião. Há, na verdade, uma aproximação da lógica argumentativa, onde a decisão será o ponto crucial de formação do

conjunto de saberes do julgador sobre o fato e sobre a aplicação do direito. Haverá necessidade de construção de juízo de valores diante do material probatório e processual disponibilizado, esquivando-se ao máximo, da presença

20 Importante ressaltar que não estamos nos filiando na posição de Perelman ou Habermas sobre a Teoria da Argumentação, já que não é esse o objeto do estudo. Na verdade, esta teoria apenas nos convida á critica sobre o discurso passado e moderno sobre a existência de uma verdade real no processo. Como teremos a oportunidade de expor, esta
remos sim, diante de uma verdade processual, que se refere, tão somente, aos argumentos expostos elo julgador, que não se mostra real, nem mesmo justa, mas sim condicionante às partes do processo, á época, ao aspecto social e o resumo dirigido ao discurso ético do processo como garantia fundamental.

1 Assim, a Teoria da Argumentação que fundamenta a aplicação normativa aduz que "a norma 'justa' é
. aquela aceita institucionalmente, a partir de um processo dialético. Isto se justifica, porque no campo da argumentação pode-se verificar a prevalência de uma retórica eficiente ou não; mas nunca a existência de idéias 'corretas', as quais são próprias do universo da demonstração." Idem, pág. 80. Essas premissas partem de argumentos dialéticos objetivando a aceitação pela sociedade (comunidade jurídica) como possivelmente verdadeiras (verossímeis), necessitando de confrontação em um procedimento critico através da instauração de diálogos entre diversas posições confrontadas. Ou seja, não se mostra estático, mas sim dinâmico pelo próprio impulso através de argumentos.

22 Enquanto a razão teórica insere-se no âmbito da prova, a razão prática imprescinde de aprovação. "Assim, a filosofia tem por objeto a verdade, enquanto que a Teoria da Argumentação é o terreno do opinável. A tradição racional cartesiana abandonou a razão prática e sua problemática, enquanto que a Nova Retórica pretende resgatar o estudo dos mecanismos não-formais do pensamento. Por tudo isso, pode-se dizer que o papel da argumentação se liga ao da razão prática." MONTEIRO. Op.cit, pag.152.

de dimensões sintáticas sobre aplicação da norma ao caso concreto. Pelo contrário, a pretensão aqui exposta é justamente a existência do aspecto semântico que estabiliza o sentido que a norma jurídica buscará através da sua interpretação. Esta interpretação, por seu turno, deverá percorrer um viés argumentativo, para afastar uma simplória demonstração entre a premissa maior e a premissa menor.

Contudo, os argumentos expostos pelo aplicador da ciência jurídica (argumentativa) não devem somar uma quebra da imparcialidade e total independência para proferir uma decisão, no mínimo legítima, socialmente útil e razoável. Diferente da lógica formal, onde não há juízo de valor, sendo apenas necessária sua presença, onde a demonstração de seus efeitos não necessita quiçá de anuência; na lógica jurídica, a imparcialidade deve basilar toda sua estrutura, pois não estaremos diante de fatores pré-determinados, ou simbolicamente demonstrados, mas sim, diante de critérios semânticos que estruturarão toda uma explicação da valoração fática.

Como efeito desta lógica jurídica, afirma Perelman, numa singela conclusão que

"na medida em que o direito é concebido como uma técnica que visa a proteger simultaneamente vários valores, às vezes incompatíveis, a lógica jurídica se apresenta essencialmente como uma argumentação destinada a motivar decisões judiciárias, para fazê-las beneficiar-se de um consenso, o das partes, das instâncias superiores e, enfim, da opinião pública esclarecida".23

Não estaremos também afastados de valores políticos e sociais24, posto que toda argumentação jurídica sobre um fato demanda afirmação de poder

23 PERELMAN. ~tica e Direito, p. 541. Na verdade não podemos concordar com esta conclusão a partir do momento em que não se estabiliza uma situação jurídica apenas pela força decisória. A aplicação da "justiça" não está inserida apenas no poder judiciário. Precedente á decisão deve-se indagar pela existência de uma justiça social, principalmente no nosso caso, onde a discussão dá-se pelo desvalor de uma conduta que na maioria das vezes esbarra em valores patrimoniais. Mas também após a decisão judicial e o cumprimento de eventual sanção penal, já que a mácula desta repressão resguardará feridas eternas. Assim, a argumentação jurídica exposta pelo julgador, não pode ser destinada apenas às partes, e principalmente à opinião pública esclarecida, mas numa visão mais ampla onde toda a sociedade não deverá fazer parte da discussão enfocada num processo (penal). Não podemos reduzir o campo de aplicação social do processo, que merece uma extensa visão democrática.

24 "Toda a argumentação, seja ela qual for, que vise obter ou aumentar a adesão de um auditório às teses que se apresentam ao seu assentimento, funciona num contexto psicossocial, pois implica a existência de um contato das mentes, a utilização de uma linguagem comum, a observação de certo número de costumes, de práticas e de hábitos que regem o uso do discurso. Mas o que fica vago e indeterminado, quando se trata de práticas socialmente aceitas, é muito mais regulamentado quando se trata de práticas jurídicas, em especial judiciárias." Idem, p. 539. Neste sentido, a regulamentação do discurso jurídico deve se dar pelo principio do devido processo legal. Somente a partir daí, resguardar-se-á o apoio social para a lógica jurídica formada por uma decisão judicial.

para dirimir eventuais conflitos sociais. Porém, devem-se somar diretrizes objetivando o afastamento da insegurança jurídica que originaria por simples quebra da imparcialidade do julgador. Ou seja, valores outros daqueles mesclados da situação processual estarão presentes, obviamente, mas não deverão subtrair do julgador sua completa independência (que estrutura todo um Estado de Direito originado principalmente na separação dos poderes idealizada por Montesquieu) e imparcialidade (formada através da inamovibilidade dos juizes, impossibilidade de criação de tribunais especiais, e aproximação ativa dos argumentos) para julgamento a partir de discussões promovidas pelas partes. Os valores (e não pré-valores) deverão estar presentes.

A importância da lógica jurídica como ruptura natural da lógica formal eleva-se pelo simples fato de que a argumentação prevista em decisões pretende resguardar uma discussão ética (entre as partes e levadas ao julgador, para exercício primário de sua função), que não pode ser recebida por pré-conceitos formados antes mesmo da pretensão acusatória. Assim, indo ao encontro aos ensinamentos de Perelman e acompanhando suas angústias, deve-se indagar:

"o juiz deverá ou não levar em conta consequências sociais, econômicas ou políticas de sua decisão? Deverá ficar fiel à máxima *pereat mundus, fiat justitia?* Quais são as considerações que devem prevalecer aos seus olhos? Será a segurança jurídica, a fidelidade à lei, será um cuidado de equidade, deverá ele conciliar essas suas exigências quando elas parecerem conduzir a decisões divergentes?" [25]

Perpassando pelo caráter semântico da lógica argumentativa, chega-se à situação pragmática da lógica jurídica que será demonstrada pelos valores apontados na decisão judicial. Valores estes, como exporemos, devem estar resguardados diante da contradição exercida pelos sujeitos processuais[26], sob pena de ferir o devido processo legal substancial, bem como a

[25] Ibdem, p. 537/538.

[26] Com força filosófica, esta estrutura argumentativa pode ser denominada de principio da discussão que se enuncia da seguinte forma: " Só podem pretender à validade as normas que possam receber a concordância de todos os interessados, enquanto que participantes numa discussão prática. É um princípio moral por ser, antes de tudo, um princípio de participação abrangente: todos os interessados têm o direito de participar na discussão que elabora as decisões ou as normas. É um principio de descentralização em relação aos interesses imediatos. (...) É preciso associar o principio da discussão ao princípio da publicidade dos debates. Os debates que não são públicos têm muito menos valor porque as decisões não envolvem os protagonistas." FERRY, Jean - Marc. As Virtudes da Discussão. In A Sociedade em Busca de Valores. Para Fugir à Alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo. Trad. FETO, Luís M. Coucetro. Lisboa: Instituto Piaget. 1996, pags. 215/216. E, por conseguinte, a principal ofensa será contra a democracia.

segurança jurídica formada pelo processamento dos argumentos expostos. Claro, porém, que todas as garantias fundamentais já resguardam determinados valores processuais, jurisdicionais e sociais que tentam aproximação da aplicação de um processo democrático, com aplicação imediata na situação processual, independentemente de aproximação dos argumentos empregados na disputa processual, devendo ser ponderado pela síntese através e para a formação da sua motivação.

4. A **motivação das decisões como argumentação jurídica**

"O Direito, equilibra uma dupla exigência: a primeira é a *sistemática,* concernente à valorização da coerência do próprio sistema; e a segunda é a *pragmática,* definida como a aceitabilidade das decisões"27. Portanto, já podemos afirmar que a motivação das decisões[28] não nasce com o direito, nem a ela se torna exclusiva. Durante longo espaço de tempo, a aplicação do direito misturava-se às crenças religiosas e o próprio costume. O direito reservava-se a órgãos pré-determinados que legislavam e julgavam, havendo uma verdadeira mesclagem entre suas funções, na medida em que o sistema jurídico era pouco elaborado e não havia uma participação ativa da sociedade. As decisões proferidas por aqueles que julgavam quiçá eram levadas ao conhecimento do público.

A mudança substancial teve sua origem pela Revolução Francesa, com a proclamação do princípio da separação dos poderes, somada a publicação de um conjunto de leis codificadas impondo ao juiz a adequação das suas funções às regras estruturadas através de código. Por conseguinte, estabelece-se a obrigação, para o juiz, de motivar suas decisões com referências à legislação em vigor[29].

Ultrapassando séculos, permanece a retidão como marca registrada de toda decisão judicial, e será revelada por sua fundamentação. Na verdade, os argumentos despendidos pelo julgador deverão dar base à síntese das questões arguidas pelas partes, que necessariamente trarão ao juiz elementos para formação desta fundamentação. A lógica jurídica, que pressupõe o afastamento de um funcionamento puramente formal da prestação jurisdicional (havendo um claro rompimento com a lógica formal), deve se adequar à formação de argumentos úteis à solução de conflitos, ou mesmo poderes e deveres. Argumentos estes que deverão aderir aos anseios das

21 MONTEIRO. op. cit, pag.146. "A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma tentativa de persuasão. Desempenha, desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial." SAUVEL, T. Histoire du jugement motivé. Rev. Dr. Publ., 1955, pp. *5/6,* apud PERELMAN. Lógica Jurídica., pp. *210/211.*

2SI Idem, pago 183 e segs. Ver ainda GOMES FILHO, cap II.

partes (uma vencida e outra vencedora - também em seus argumentos[30]), bem como socialmente útil, já que a pretensão da lógica argumentativa (jurídica) se funda justamente na ligação do aspecto estritamente legal ao social, formando a legitimidade entre o Direito e a sociedade. A partir daí estabelece-se um processo que se pretende democrático. Assim, o auditório[31] receptor do argumento jurisdicional, tona-se o mais amplo possível, justamente porque esse argumento não se dirige apenas aos sujeitos processuais[32], mas sim a todo um aspecto extrínseco da situação processual. Consequentemente a fundamentação da decisão deve buscar, ou mesmo se aproximar, daquilo que é trazido aos autos, interpretado (sejam as normas, bem como os fatos) e aplicado de forma racional.

A motivação (também reservada como verdadeira justificação[33]) não se mostra simples cálculo aritmético, mas sim, forma de argumentação jurisdicional. Somente a partir deste material processual, possuirá o juiz condições de decidir através dos argumentos expostos pelas partes e auxiliares na situação processual. A motivação, neste sentido, possui a natureza de um discurso justificativo da decisão judicial[34], o seu próprio argumento, pois o julgador deverá se pautar nas normas jurídicas e aplicá-las, quando coerente com o caso concreto, mas adstrita à determinação constitucional, assim como os fatos retratados na discussão processual.

3IJ Na pesquisa da verdade no sistema da prova judiciária feudal. trata-se de uma espécie de jogo de estrutura binária, o que se certa forma, atualmente devemos repristinar na formação argumentativa. Assim, ilustra Foucault que. a sentença consiste na enunciação, por um terceiro, do seguinte: certa pessoa tendo dito a verdade tem razão, uma outra tendo dito uma mentira não tem razão. A sentença, portanto, não existe; a separação da verdade e do erro entre os indivíduos não desempenha nenhum papel; existe simplesmente vitória ou fracasso. em seus argumentos. FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. Trad. MACHADO, Roberto Cabral de Meio e MORAIS, Eduardo Jardim. Rio de Janeiro: NAU, 2002, pag.61.

31 Sobre o auditório como construção do orador ver PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação - A Nova Retórica. Trad. GLAVÃO, Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Seguindo a orientação sobre a direção da motivação e o auditório, ilustra Perelman: . A motivação se adaptará ao auditório que se propõe persuadir, a suas exigências em matéria de direito e de justiça. á idéia que ele se forma do papel e dos poderes do juiz no conjunto das instituições nacionais e internacionais. *Como* essa concepção varia conforme as épocas. os países, a ideologia dominante, não há verdade objetiva a tal respeito, mas unicamente uma tentativa de adaptação a uma situação. .0 direito é, simultaneamente, ato de autoridade e obra de razão e de persuasão: PERELMAN. Ética e Direito, p. 570.

32 Acompanhando o raciocínio de Perleman, afirma Gomes Filho que "num sistema em que esta realiza apenas uma função endoprocessual, permitindo-se tarso um controle de tipo burocrático sobre as decisões, esse auditório é limitado, formado basicamente pelos juizes das eventuais impugnações; ao contrário. quando se pensa na motivação como garantia política - que possibilita o controle democrático sobre a atuação judicial - o auditório é mais amplo, constituído potencialmente por todos os membros da comunidade política, em nome da qual a decisão é pronunciada: GOMES FILHO. Op. cito pago 118. 33 Justificar é fornecer boas razões através da persuasão razoável ou mesmo racional. Cuida-se de um procedimento argumentativo que estabelece juízos de valores, sem haver espaço para determinações de .verdades.. Assim, justificar pode ser visto como uma formação de um discurso argumentativo.

34 FILHO, Antonio Magalhães Gomes. A Motivação das Decisões Judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, pago 116.

Não há espaço, na lógica jurídica, de fundamentação baseada em intuições pessoais do julgador, posto que não argumentadas pelas partes na situação processual. Também não há reserva para formação de valores pré-concebidos que afastaria a imparcialidade do julgador. Claro que o julgador não é um boneco de pano que apenas expõe a letra da lei! Tem ele suas intuições, convicções, conceitos e pré-conceitos[35], O que não há espaço é para inclusão direta ou indireta, mesmo que fundamentada, dessas questões estritamente subjetivas, pois retrataria verdadeira arbitrariedade judicial. A fundamentação das decisões, com palavras escorreitas que incluem de forma implícita - esses viés pessoais, também merece qualificação de arbitrária, justamente porque a situação processual impõe um contato das partes com as questões normativas e fáticas para a formação de um efetivo contraditório.

Assim, podemos afirmar com tranqüilidade, que a lógica argumentativa jurídica impede que o julgador traga aos autos do processo elementos que não foram obtidos através da discussão entre as partes, visto que a subjetividade deste recurso extravasaria sobremaneira toda a estrutura do sistema processual vigente, bem como a lógica jurídica. A função da motivação das decisões judiciais, portanto, serviria como controle a estes pré-valores, a partir do momento em que as partes podem impugnar as decisões, e controlar a própria origem do convencimento do juiz. Funcionaria, portanto, como controle da racionalidade dos argumentos expostos, sejam jurídicos ou morais.36

o enfoque reservado à motivação das decisões merece alcance amplo, não mais se resumindo na função de justificação do juiz por sua decisão aos legisladores, que foi, na verdade, o objetivo máximo desta imposição pela Revolução Francesa; bem como não estaremos apenas diante de uma técnica processual de mera afirmação dos atos processuais praticados. Há que se ampliar seu curso. A partir da sua função política[37], impõe

35 Assim, resulta na constatação de Adauto Suanes onde "é absolutamente irreal pretender que o julgador interrogue um pretenso serial killer com a mesma tranquilidade com que toma o depoimento pessoal do senhorio em uma ação de despejo. Por menos que o desejasse, suas limitações humanas fazem dele algo mais do que um mero espectador ou, na melhor das hipóteses, alguém comprometido com os aspectos puramente formais do processo. Basta ler os termos de muitas decisões concessivas de prisão preventiva para concluir que a instrução penal em tais processos será, por vezes, mera formalidade. Há de haver, pois, no processo algum instrumento que pelo menos minore as consequências desse inevitável envolvimento emocional." SUANNES, Adauto. Os Fundamentos t:ticos do Devido Processo Legal. 28 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pags. 152/153.

36 Desta forma ilustra o Professor Aury Lopes Jr. ▪ A fundamentação das decisões, a partir dos fatos provados (cognoscitivismo) refutáveis e de argumentos jurídicos válidos é um limitador (ainda que não imunizador) dos juízos morais. Esse é um espaço impróprio da subjetividade que sempre estará presente (não existe juiz neutro), mas que o sistema de garantias deve buscar, constantemente, desvelar e limitar." LOPES Jr. Aury. Introdução Critica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pago 272.

37 Sobre a natureza política da motivação das decisões judiciais ver GOMES FILHO, cap lll.

se que haja demonstração da adequação das descrições normativas à realidade fática, bem como constitucionais, consubstanciada pela função de aplicação das garantias e direitos fundamentais.

Pela função política, podemos afirmar que a fundamentação das decisões judiciais não se restringe apenas ao controle entre as partes (endoprocessual), mas também pela possibilidade da sociedade exercer o controle da prestação judicial ou até mesmo na equidade buscada pelo exercício do poder pelo Estado. A prestação jurisdicional também merece cunho democrático e será através da opinião pública sobre as decisões judiciais que haverá o exercício direto da democracia no poder de julgar pelo Estado (visto que, no nosso país, o juiz não é eleito pelo voto popular). Assim, a responsabilidade de qualquer decisão judicial deve ser avaliada pelos sujeitos processuais (o acusado, seu defensor, o Ministério Público e juizes superiores) - formando uma responsabilidade jurisdicional (endoprocessual) - e pela própria sociedade através da sua opinião sobre as decisões judiciais - formando uma responsabilidade social (extra- processual).

Também será pela função política da fundamentação das decisões judiciais que se controlará a própria legalidade dos atos processuais: a adequação formal e substancial da função de julgar com a previsão normativa instituída pelo Poder Legislativo. Óbvio que esta adequação merece balizamento com a dinâmica social- o juiz não é apenas um repetidor das palavras da lei, como já ressaltado. Será ele um interpretador da lei ao caso concreto, não podendo se esconder pelo que o legislador disse ou quis dizer quando divergente do anseio social (quando este estiver também respaldado na aplicação dos dispositivos constitucionais). A lei servirá ao juiz como ponto inicial ao caminho percorrido (pelos simples fato de nos encontrarmos diante de um Estado de Direito), mas não precisa impor uma chegada determinada, até porque a dimensão semântica das normas jurídicas poderá formar outros afluentes para serem desenvolvidos.

O controle da legalidade - inclusive constitucional[38] - dos atos produzidos no processo (penal) poderá ocorrer, como já ressaltado, pelas partes ou pela opinião pública e, este aspecto político não impõe a efetividade do

33 Vale lembrar que não mais há espaço para um Estado de Direito tradicional (estritamente legalista), onde a Constituição serve como mera estrutura orientadora do legislador infraconstitucional, que a ela merece respeito. Pelo contrário, através do nosso Estado Constitucional toda a estrutura legislativa deve ser balisada e estruturada a partir das normas constitucionais. A Constituição deve ser vista como fonte de deveres e obrigações legislativas e também dos operadores do direito.

controle, mas apenas a possibilidade do seu exercício (principalmente pela sociedade) retratando o anseio democrático do processo[39].

O principal objetivo, portanto, da fundamentação das decisões judiciais é justamente a mostragem e controle da função de adequação constitucional do julgador. Estruturada no nosso Estado Democrático de Direito (Constitucional), a fundamentação das decisões judiciais, focaliza um controle exercido pelas partes e em âmbito social da decisão judicial[4O], com a fiscalização da aplicação da estrutura constitucional (exercício das garantias e direitos fundamentais) daquele que julga.

Todo poder merece controle, para que não se invada um grau de arbitrariedade. Da mesma forma o poder dá decidir. Neste sentido, toda a argumentação exposta pelo julgador, deve estar condigna com uma realidade processual e social, com aplicação de todas as garantias fundamentais reservada às partes na situação processual, o que resultará numa legitimidade jurídica.

Para que haja coerência com a aplicação do direito aos fatos levados à inércia jurisdicional, deve-se observar que a decisão judicial não pretende um mero enfrentamento de demonstrações jurídicas, que aproximaria de uma visão lógica formal, uma verdade normativa, que deve ser combatida pelo dinamismo social; mas sim pela aplicação de argumentos que a torne aproximada da realidade dos fatos em conjunto com as normas. A fundamentação das decisões judiciais, ao invés de afirmação de verdades, que retiraria, por completo seu valor, visto seu conteúdo ilusório, como já ressaltado, deve estar adequada à aplicação de direitos e garantias processuais e sociais, para resguardar sua legitimidade (em âmbito jurídico, como social).

O processo (principalmente o penal) não deve buscar apenas a aplicação do direito material[41]. Seria por demais minimizada sua função. Também

39 Para tanto, afirma Ferrajoli, este controle e responsabilização dos juizes requer uma série de pressupostos, sociais e institucionais. Assim, os pressupostos sociais" são a democracia em geral: a maturidade civil e política dos cidadãos em torno das questões da justiça; a sua atenção e participação constante na via pública; a sua conflitividade social e sua solidariedade civil e política com os direitos lesados; a completude, a independência e a correção da informação judiciária por parte da imprensa; o empenho civil e o costume de oposição da cultura jurídica: FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão ~ Teoria do Garantismo Penal. Trad. ZOMER, Ana Paula e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pago 481.

.., '0 juiz dirige-se na motivação de suas sentenças, ao consenso de um auditório universal; ele quer convencer o conjunto hipotético de seres razoáveis de que está cumprindo os ditames de justiça socialmente aceitos.. MONTEIRO. Op. cit, pago 195/196.

., Entende de forma diferente Carnelutti onde afirma que o processo penal consiste no conjunto de atos em que se resolve o castigo do réu. .0 processo penal e, portanto, uma parte ou uma fase, mais exatamente a segunda parte ou a segunda fase, do que se costuma chamara de fenômeno penal, o qual é constituído pela combinação do delito e da pena. O Direito Penal material te, portanto, como objeto o delito; o Direito Processual Penal, tem como objeto, por outro lado a pena. Um e outro, juntos, formam o Direito Penal.. CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre* O *Processo Pena/.* Trad. BRUNO, Francisco José Galvão. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2004, pág. 67.

não estaremos apenas diante de decisão justa, que se traduziria em verdadeira[42] (como já afirmado, com certo teor romântico), mas deve-se resguardar limites ao poder repressivo exercido pelo Estado. E, acompanhando o raciocínio, será a fundamentação das decisões judiciais o momento oportuno de saber se o Estado exerceu seu poder (de punir ou de libertar) apenas com conceitos racionais[43], razoáveis[44] e legítimos e não com pré-conceitos demonstráveis, porém mascarados por alguns escritos que não respaldam a função do processo.

5 - **Através da fundamentação estrutura-se uma decisão legítima**

O objetivo exercido pelo processo penal (podendo corresponder à sua natureza jurídica) como limite do exercício do poder de punir do Estado, deve estar em consonância com todas as garantias materiais e processuais, para a reserva democrática da sua existência. Não se ressalva apenas a necessidade de um Estado de Direito, com o princípio da legalidade como alicerce determinante, que também exerce importante função de controle do poder (de punir) do Estado, através do limite p.revisto em Lei[45]. Mas também

[42] Esta vem sendo a afirmação emblemática do discurso sobre a necessidade da busca da verdade real. Neste sentido, faz-se oportuna a colação desta ilustração: "Seja no processo civil, seja no penal, não é suficiente a tutela formal, resultante da simples aplicação das normas legais, mas se requer mais do juiz: dedicação, empenho, persistência na busca da Justiça. Justiça que concede ou que nega, que condena ou que absolve, que autoriza ou que proíbe, mas sempre Justiça, qualificada e não meramente formal." LOPES, João Batista. Os Poderes do Juiz e o Aprimoramento da Prestação Jurisdicional. Revista de Processo, v. 35, São Paulo, jul-st, 1984, pago 28.

[43] "Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático. Nessa linha, estará expressamente consagrada no art. 93, IX da CB" LOPES Jr. Op. cit, pago 253.

[44] "Uma decisão razoável não corresponde ao mero subjetivismo ou à paixão, mas a um outro tipo de racionalidade, intersubjetiva, que se utiliza da técnica argumentativa e se define pelo consenso. Muito embora o ideal de ciência, característico do mundo moderno, tenha excluído do campo da lógica o pensamento opinativo, não significa que esse tipo de pensamento seja intuitivo ou irracional. O pensamento opinativo é aquele formulado em torno de opiniões comuns e amplamente aceitas em determinada comunidade; idéias, portanto, admitidas como prováveis na qualidade de verossímeis porque podem ser tomadas como verdade para efeito de raciocínio: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação - Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 38 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pago 189/190.

[45] Para Ferrajoli o termo 'Estado de direito' é sinônimo de garantismo. "Designa, por esse motivo, não simplesmente um "Estado Legal" ou 'regulado pelas leis', mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo principio da legalidade, por força do qual todo poder público - legislativo, judiciário e administrativo - está subordinado às leis gerais e abstratas que lhe disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juizes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para leis, ou juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdades e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária" A primeira, destas duas condições representa a fonte de legitimação formal de qualquer poder e a segunda fonte de legitimação substancial. FERRAJOLI. Op. cit, pago 687/688.

exprime necessidade de valores democrático para adequarmos os anseios sociais às aplicações normativas. Para tanto, um Estado de Direito deve ser *Democrático,* e só o será com a observância prática de todas as garantias fundamentais. O processo penal não requer apenas a aplicação do direito material, como se fosse somente o instrumento de sua aplicação. Haveria verdadeira redução à sua natureza e função, mas também não podemos indicar unicamente o processo como aplicação de garantias e direitos individuais: o processo penal é uma verdadeira garantia fundamental[46] conglobante, tendo como valor supremo o controle, fiscalização e limite de qualquer imposição de medidas repressivas, servindo, portanto, como real limitador ao poder punitivo do Estado, principalmente a partir da ênfase prescrita no art. 8° da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica e pela expressão máxima do art. 5° da Constituição da República Federativa do Brasil[47]. Da mesma forma, com afirmação coerente ilustra Suannes a incompatibilidade entre o processo penal e a verdade real, já que sua finalidade é, antes e acima de tudo, assegurar ao acusado a preservação da III liberdade e a manutenção do seu estado de inocência até a demonstração, pelo Estado, a necessidade de determinação de prescrição sancionatória[48].

Assim, a decisão judicial reservará caráter democrático, autorizando a exposição do poder exercido, quando resguarda pela aplicação aos direitos e garantias fundamentais, com ênfase ao devido processo legal[49], ao efetivo contraditório e principalmente ao amplo e irrestrito exercício da defesa, o que deve ser demonstrado pela sua fundamentação. Daí a exposição simples e ilustrativa de Ferrajolli apontando que a fundamentação das decisões judiciais, na verdade deve ser considerada como garantia das garantias, já que será através desta garantia (explícita na CR, art. 5°, LXI e art. 93, IX) que haverá a exposição e o controle da aplicação de outras garantias fundamentais.

Também a publicidade dos atos processuais, e aqui com ênfase às decisões judiciais, reserva um cunho de legitimidade a partir do momento em

46 Ilustra com seu ensinamento coerente Aury Lopes Jr.: ▪ O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc." LOPES Jr. op. cit, pago 37.

41 . A conscientização sobre a importância das garantias processuais, como expressão desses valores fundamentais de civilidade que devem informar as atividades de aplicação jurisdicional do direito, representa talvez o traço mais saliente da cultura processual contemporânea, chegando-se mesmo a afirmar a fecunda expressiva idéia de um jusnaturalismo processual." GOMES FILHO. Op. cit, pago 31. 48 SUANNES. Op. cit, pago 163.

49 Ver SONATO, Gilson. Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

que deverão ser submetidas a um controle processual (pelos sujeitos na situação processual) e social[50]. E mais, para fomentar a legitimidade das decisões judiciais, há necessidade de adequação ao sistema acusatório (ao menos foi esta a pretensão da Lei Constitucional) através da sua publicidade. Assim, são as palavras do Professor Geraldo Prado quando afirma que a publicidade também se insinua como característica do sistema acusatório, na medida em que o segredo é incompatível. como regra geral, exclusivamente com regime autoritários e processos penais inquisitórios.51 Por conseguinte, será a publicidade das decisões judiciais fator importante de controle exercido pela sociedade em face da argumentação jurídica. já que não estaremos diante de uma simples demonstração fática e aplicação normativa que redundaria na visão lógica formal do processo, mas sim em atributos de valoração razoável quanto aos argumentos expostos na decisão judicial.

O que se pretende no processo penal é a aplicação de uma decisão justa. Quando estivermos diante desta decisão, observaremos um processo justo. Mas qual justiça se almeja na decisão e no processo? Quando estaremos diante de uma decisão e um processo justo? De certo não será a decisão verdadeira[52], pois inexistente!53 Ousaremos responder que é aquela na qual deve se alicerçar pela aplicação de garantias fundamentais supra

50 "Evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, entendia-se que se tratava de garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para poder impugnar a decisão; permitir que os órgãos judiciários se segundo grau pudessem examinar a legalidade e a justiça da decisão. Agora, fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juizes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por conseqüência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. !: através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois através dela, evidencia a sua atuação imparcial e justa: FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 28 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pago 119. Ver ainda, CHIMENTI, Francesco. O Processo Penal e a Verdade Material- Teoria da Prova. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 44 e segs. Sobre o dever de colaboração e a prova.

51 E continua sua exposição, ilustrando esse pequeno estudo: " Cumpre dizer, em abono ao acima mencionado, que a publicidade tanto pode ser analisada como decorrência da necessidade de participação do público na gestão da coisa pública, inclusive, evidentemente, na gestão das decisões judiciais sobre os casos penais, como pode ser vista na condição de dar ao público, na qualidade de espectador, satisfação a respeito da maneira pela qual os agentes do Estado exercem suas funções: PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório - A Conformidade Constitucional das Lei Processuais Penais. 28 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pags. 175/176.

52 Assim ensina o Processo Juarez Tavares quando afirma que" na teoria do discurso, ao contrário, a decisão é verdadeira desde que possa ser tida como adequada ao caso concreto, e será verdadeira se atendidas as condições estabelecídas para o discurso ideal, que são aquelas anteriormente fixadas, como a força do melhor argumento ou as condições de imparcialidade aventadas por Klaus Günther: TAVARES. Op. cit, pago 78.

53 Tanto a verdade quanto a Justiça são valores relativos, que dependerão de situações subjetivas de apreciação. Assim, uma decisão talvez seja justa, porém falsa; ou mesmo a verdade e justiça não será a mesma para a acusação e para o acusado, e quiçá para a vitima). Assim, a justiça da decisão (e do processo) não deve ser pautada pela suposta verdade.

referidas. Por conseqüência, fácil retratar um processo justo[54], quando este exerce sua função básica de proteção do indivíduo face a intervenção do Estado, através do controle exercido contra qualquer medida repressiva.

Por coerência ao raciocínio, a fundamentação das decisões judiciais não serve apenas para demonstração da autoria e materialidade delitiva, ou sua ausência, no caso de decisões absolutórias; mas também para a exposição da prática dos atos processuais exercidos pelas partes e pelo próprio julgador. O anseio pela legitimidade da decisão deve ser amplo, a partir do ponto crucial em que se limita, pelo processo, o poder Estatal, mas também o extravasa quando ilustra o *ius puniendi e ius libertatis* (muito mais adequado seria o poder de punir e o dever de libertar exercido também pelo Estado).

Além da legitimidade (processual e social) pretendida pela decisão através da sua fundamentação, o Professor Aury Lopes Jr. entende, e devemos concordar, que a fundamentação da decisão também serve como controle da racionalidade da decisão judicial[55]. Porém, insta esclarecer que a fundamentação como espaço da argumentação jurídica, deve servir como formação de sua legitimidade e não apenas como controle. O controle a ser realizado pelas partes (não só no aspecto endoprocessual) estará na estrutura razoável de formação da exposição dos conceitos fáticos e normativos, bem como na racionalidade da própria decisão.

A fundamentação das decisões não busca a demonstração de uma verdade absoluta, na medida em que está afastada, como aludido, de realidade racional, mas apenas a exposição de dados fáticos e jurídicos que se adaptam à construção da decisão judicial[56] democrática. Esta adequação ocorrerá através da construção da argumentação jurídica sempre pautada na função do processo: como esclarecedor, aplicador e reserva aos direitos e garantias fundamentais.

6 - **Nota conclusiva**

Não obstante toda a estrutura normativa do modelo em nível constitucional, objetivando a criação de parâmetros de racionalidade, de justiça e legitimidade, na prática jurídica, observamos justamente uma contradição,

54 SUANNES. Op. cit, pags. 147 e segs. 55 LOPES Jr. op. cit, pago 254.
56 Note-se que não é o momento oportuno para indagarmos se a decisão busca a realidade, ou apenas pretende a demonstração de juízos de valores pré-concebidos, seja anterior à situação processual, seja através mesmo de atos processuais produzidos pelos julgador para alicerçar o seu convencimento. , Este momento será melhor exposto quando criticarmos a existência de uma "verdade" diante do processo penal.

ao ponto de leis e decisões estabelecerem um super valor às questões práticas, de utilidade processual em detrimento de interesses garantistas.

Na verdade, nosso processo se observado conforme os preceitos normativos da nossa Constituição, merece aplausos diante do elevado nível, caso consideremos os princípios e garantias a ele reservado, mas, por outro lado, possui nível rasteiro, quando observada a prática efetiva.

Tornando presente na nossa cultura jurídica, pode-se afirmar, assim como fez Ferrajoli, que se mensuramos a adequação de um sistema constitucional, sobretudo pelos mecanismos de invalidação e de reparação idôneos, de modo geral, a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados: uma Constituição pode ser muito avançada em vista de princípio e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas - ou seja, de *garantias* - que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo[57]. Mas para tanto, não podemos esperar apenas um determinismo constitucional; deve-se sim criar, criticar e tornar a aplicação da ciência jurídica uma função mais coerente com nosso Estado Democrático (Constitucional) de Direito, apontando o processo - aqui devemos nos restringir, diante do espaço que propusemos - como exercício máximo de garantias do débil nesta relação jurídica.

Assim, e acompanhando o objetivo de legitimação do processo (penal), não há espaço para demonstrações superficiais de atributos jurídicos permanentes e construções claras para adequação entre a norma e o fato.

Ensina, mais uma vez Ferrajoli que

"em contraste com as imagens edificantes dos sistemas jurídicos oferecidos a partir de suas representações normativas, e com a confiança a *priori* difusa da ciência jurídica na coerência entre normatividade e efetividade, a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consciência do caráter em larga medida ideal - e, em todo caso não realizado e a realizar - de suas mesmas fontes de legitimação jurídica"58.

Este atributo não merece apenas corporificação normativa (e constitucional), mas por outro lado, operacional. E a partir daí, deve-se rechaçar, por completo, toda a lógica formal no direito, já que destituída de valor e por conseqüência cristalizada como verdadeira ilegitimidade. Mas sim, serve a

57 FERRAJOLI. Op. cit, pago 684. 58 Idem, pago 685.

argumentação jurídica para dar ênfase ao modelo dialético da estrutura jurídica, sempre pautada e originada pelas reservas constitucionais.

Numa ilação superficial, podemos afirmar que a fundamentação das decisões judiciais possui função (política) primordial no processo penal, não apenas como reserva fundamental (na verdade, garantia das garantias); como controle dos atos jurisdicionais; indo além, como imposição da necessidade de uma formação argumentativa judicial, afastando desde já, a falácia de verdades reais construídas no processo. A sua simples presença impõe a construção de juízos de valores que não se coadunam com a lógica formal, por estar afastada, de forma absoluta, da dialética processual. Assim, haverá também a desnecessidade de formalização do binômio verdade e falsidade nas discussões processuais, posto que a partir da presença da motivação das decisões judiciais existirá a imposição de recepção de argumentos - processualmente válidos - expostos pelas partes para a legitimidade (Constitucional e social) de qualquer decisão judicial, o que transporta, ao máximo, a uma verdade processual.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação. Elemen tos para* o *discurso jurídico.* 38 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais.*

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação Uma Contribuição* ao *Estudo do Direito.* 38 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal.* 58 ed. Trad. CARDINALLI, José Antônio. Campinas: Bookseller, 2001.

Lições sobre O *Processo Penal.* Trad. BRUNO, Francisco José Galvão. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2004

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal* e (em *face da) Constituição.* 38 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Saio. *As Presunções no Direito Processual Penal (estudo preliminar do 'estado de flagrância' na legislação brasileira).* in *Processo Penal: Leituras Constitucionais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CHIMENTI, Francesco. O *Processo Penal e* a *Verdade Materíal- Teoria da Prova.* Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência.* Rio de Janeiro:

Lumen Juris, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLl, Luigi. *Direito* e *Razão - Teoria do Garantismo Penal.* Trad.

ZOMER, Ana Paula e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRY, Jean - Marc. As *Virtudes da Discussão.* **In** A *Sociedade* em *Busca de Valores. Para Fugir* à *Alternativa entre* o *Cepticismo* e o *Dogmatismo.*
Trad. FETO, Luís M. Coucetro. Lisboa: Instituto Piaget. 1996.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. A *Motivação das Decisões judiciais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FOUCAUL T, Michel. A *Verdade* e *as Formas Jurídicas.* Trad. MACHADO,
Roberto Cabral de Meio e MORAIS, Eduardo Jardim. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

LOPES Jr. Aury. *Introdução Crítica* ao *Processo Penal* (*Fundamentos da Instrumentalidade Garantista).* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES, João Batista. *Os Poderes do Juiz* e o *Aprimoramento da Prestação*

Jurisdiciona/. Revista de Processo, v. 35, São Paulo, jul-st, 1984

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A *Argumentação nas decisões judiciais.* 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica* e a *Nova Retórica.* 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pag.146.

PERELMAN, Cha'im. *ética* e *Direito.* Trad. GALVÃO, Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

. *Lógica Jurídica.* Trad. PUPI, Vergínia K. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

. PERELMAN, Cha'im e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação-A Nova Retórica.* Trad. GLAVÃO, Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PLEBE, Armando e EMANUELE, Pietro. *Manual de Retórica.* Trad.

BRANDÃO, Eduardo. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório* - A *Conformidade Constitucional das Lei Processuais Penais.* 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUANNES, Adauto. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Legal.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoría do Injusto.* 2a ed. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das Decisões Judiciais.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos* e *Garantias Individ, Brasileiro.* 28 ed. São Paulo: Revista dos Tribuna

O ESTATUTO DO IDOSO E SUA APLICABILIDADE AOS PLANOS DE SAÚDE.

Eliane Armond Pinto
Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil na ESA/0AB/RJ

Carlos Paulo da Silva Pinto
Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Alunos da FESUDEPERJ

SINOPSE

A entrada em vigor do Estatuto do Idoso trouxe algumas discussões, entre as quais, sua aplicabilidade aos contratos de planos de saúde firmados anteriormente a sua vigência e aos formalizados posteriormente àquele momento. Discutir-se-á o posicionamento da norma em tela em nosso ordenamento jurídico e seu âmbito de aplicabilidade, assim como se este Estatuto é ou não norma de ordem pública, de hierarquia normativa, com aplicação imediata aos contratos em andamento.

O assunto merece relevância dadas as constantes atitudes desrespeitosas em relação aos idosos, fato notório, merecedor de destaque no meio social e que inclusive deve ser cotejado ao ponto de se verificar se tais atitudes não ferem princípios constitucionais, sejam eles expressos ou implícitos.

É certo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser respeitada e, da mesma forma os princípios nela inseridos. Desta forma, qualquer violação as suas normas é passível de correção, até mesmo pela via judicial. Assim, encontrar os aplicadores do direito um ponto de equilíbrio na aplicação desta norma é essencial para se evitar ou corrigir injustiças praticadas contra aqueles que são seus destinatários.

3

INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida da abordagem do tema acerca do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), e sua relação com a Lei que regulamenta os Planos de Saúde (Lei 9.656/98), também com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sem perder de vista o Código Civil de 2002.

O Estatuto do Idoso, lei recente em nosso ordenamento jurídico, é de grande importância para a sociedade representando significativa conquista e reconhecimento dos direitos fundamentais inseridos na Carta Magna àqueles que se encontram hoje na terceira idade. Na esteira deste raciocínio o Estatuto do Idoso densifica o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é formada por princípios e inicia com o Titulo I que trata dos “Princípios Fundamentais”, e isto realça o destaque que o constituinte quis dar a estes. A valoração dos mesmos tem sido uma das tendências do atual Direito Constitucional, fato que tem influído inclusive em outros ramos do Direito, como *v.g.* o Direito Civil que hoje é visto como um Direito Civil Constitucional, num fenômeno conhecido como publicização do direito privado eis que suas regras devem atualmente sofrer uma filtragem à luz da Constituição.

O princípio acima mencionado (art 1º-III da CR/88) que ora é foco deste artigo é direito fundamental, indispensável ao ser humano e necessário para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta o Estado reconhecê-lo formalmente, deve buscar concretizá-lo e incorporá-lo no dia-a-dia do

cidadão a fim de que estes possam ver assegurados aquilo que lhes foi atribuído pela lei maior e livrando-os do julgo daqueles que os pretende desrespeitar.

Pode-se dizer que este princípio é dotado de universalidade. Todos os seres humanos têm direitos fundamentais que devem ser devidamente respeitados. Não há, como se pretende, excluir uma parcela da população (os idosos, no caso) ao absoluto respeito à condição de ser humano, ainda mais se considerado o fato de que são alguns dos que mais necessitam da proteção do Estado, dada a vulnerabilidade natural que lhes acomete justamente em função da idade avançada.

A doutrina aponta a existência de gerações de direitos fundamentais. Podemos dizer que a proteção ao idoso estaria na 3ª geração desses direitos, os quais correspondem aos direitos de fraternidade. Entendemos que esses direitos têm como destinatários o próprio gênero humano. O conceito de direito fundamental vincula-se a imposição de limites do poder do governante para resguardar direitos dos seres humanos. É sabido que as primeiras limitações ao poder do Estado surgiram ao final da idade média com o surgimento da Carta Magna, na Inglaterra, no ano de 1215 como marco. Contudo, somente no século XVIII, com as Revoluções Francesa e Americana foram editados os primeiros enunciados de direitos fundamentais. Vê-se assim que esta não é uma preocupação recente, ao contrário, data de longos tempos.

Após tais enunciados vieram as declarações, iniciando-se com a de Virgínia de 1776, e, em 1789 surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Finalmente, em 1948, após a 2ª guerra mundial a ONU editou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. No Brasil todas as Constituições desde a de 1824 (conhecida como Constituição do Império) contiveram enunciados de

direitos fundamentais mesmo que de forma mais reduzida em algumas delas.

DESENVOLVIMENTO

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741 de 1º de Outubro de 2003, entrou em vigência na forma do seu art 118, *verbis:* "Art. 118- Esta lei entra em vigor decorridos 90 (noventa) dias da sua publicação, ressalvado o disposto no *caput* do art 36, que vigorará a partir de 01 de janeiro de 2004".

Quando de sua entrada em vigor surgiu a controvérsia quanto a aplicabilidade do mesmo aos contratos de planos de saúde firmados anteriormente a ele e aos que forem sendo firmados em data posterior a sua vigência, sendo que até a presente data a doutrina é escassa em relação ao assunto, daí a importância da discussão.

No que tange aos contratos de planos de saúde anteriores ao referido diploma legal, devemos distinguir dois momentos: 1) quanto àqueles contatos firmados sob a égide da lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998 (lei dos planos de saúde), cuja vigência se deu em 90 (noventa) dias após a data de sua publicação, na forma do seu art 36 e; 2) quanto aos contratos firmados em momento ainda mais anterior, ou seja, antes da citada lei, os quais, segundo doutrina majoritária devem se submeter aos ditames da lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), o qual entrou em vigor 180 (cento e oitenta) dias a partir de sua publicação, na forma do seu art 118. Resta saber se o Estatuto do Idoso terá aplicação imediata ou não em relação a estes contratos citados.

Quanto aos contratos de planos de saúde firmados posteriormente a

entrada em vigência do Estatuto do Idoso não ficaram, destarte, isentos de discussão também, eis que é controvertida, na opinião de alguns, a aplicação deste último àqueles, em especial quanto a cláusula de reajuste em função da faixa etária prevista no art 15 da lei nº 9.656/98, a qual traz discriminação odiosa em relação aos idosos, quando em cotejo com o art 15, § 3 º da lei nº 10.741/03 que, ao contrário, veda textualmente tal discriminação.

Não se perca de vista que os contratos de planos de saúde continuam regidos pela lei nº 9.656/98 que é especial em relação a esta modalidade de avença e também submetidos aos princípios do CDC, além das leis gerais imperativas e demais regulamentações administrativas aplicáveis mesmo que tenham sido contratados após a entrada em vigor do referido Estatuto.

Em apertada síntese pode-se distinguir algumas características essenciais dos contratos de Planos de Saúde, tais como serem escritos, solenes, de cooperação, onde se destaca a vulnerabilidade especial dos consumidores de mais idade, atípicos, de prestação de serviços, de adesão, sinalagmáticos, onerosos, de execução diferida, de prazo indeterminado e aleatórios. São contratos para o futuro, mas contrato assegurador do presente.

Cláudia Lima Marques (2004, p. 398) se refere a esse tipo de contrato tão comum no sistema jurídico vigente:

> "hoje planos de saúde, regulados por lei especial, todos contratados geralmente através de métodos de contratação de massa, contratos de adesão e condições gerais dos contratos e até concluídos à distância ou de porta-em-porta.
> ... Contratos de planos de saúde no direito brasileiro, uma vez que este contrato atinge milhões de consumidores em nosso mercado e tende a expandir-se. É um bom exemplo de um contrato cativo de longa duração a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, sua família ou beneficiários".

Entretanto, se desta relação contratual (plano de Saúde) participar uma pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, na forma do art 1º da lei 10.741/03 será considerada idoso e como tal incidirá em seus termos este último diploma legal que é também especial em relação ao contratante que esteja incluído na idade a que ele visa proteger.

Percebe-se assim que o núcleo da discussão gira em torno da possibilidade ou não de aumentos desiguais em função da faixa etária. É conveniente lembrar que os contratos de planos de saúde estão sujeitos a duplo reajuste, sendo um deles aplicado anualmente em percentual determinado pela ANS (Agência Nacional de Saúde – Autarquia Federal com poderes para dispor sobre o assunto) e outro em função da mudança de faixa etária prevista na lei 9.656/98 e no contrato. O ponto nodal é que as operadoras de planos de saúde fazem incidir um aumento extremamente exagerado ao contratante idoso em relação às outras faixas etárias, ferindo assim o princípio constitucional da Igualdade, razoabilidade, solidariedade e onerosidade excessiva sem nenhuma explicação plausível ou no mínimo convincente para tanto, no momento em que estes mais precisam de assistência à sua saúde.

Para chegar a conclusão quanto a aplicação do mencionado Estatuto do Idoso aos Contratos de Planos de Saúde, tenham sido eles celebrados em que momento for é imperioso fazer uma análise desta tão importante lei e seu significado no cenário jurídico pátrio. Toda análise a respeito da aplicação de lei em nosso ordenamento jurídico deve ser fundamentada com legislações pertinentes, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais firmados pelos nossos tribunais.

Em um primeiro momento, poder-se-ia genericamente afirmar que o

Estatuto do Idoso é uma Lei Federal e em consonância com a Constituição da República de 1988, tendo sido elaborado nos ditames do art 59, inciso III da citada Carta Política, pelo que se lhe empresta fundamento constitucional formal.

Em um segundo momento, este sim de vital importância em relação ao texto ora trazido à colação, pode-se mencionar uma constitucionalidade material do citado estatuto com base no preâmbulo da Carta Magna e em seus artigos 1º, inciso III**;** art 5º *caput* ; art 5º, § 1º**;** art 5º, § 2º; art 3º inciso IV**;** art 60, § 4º, e art 230**.** Não bastassem todos estes fundamentos de ordem constitucional, enumera-se também os arts 113; 421 e 422 do Código Civil de 2002, norma de ordem pública que trazem expressamente as novas diretrizes básicas no direito obrigacional brasileiro, no que diz respeito a boa-fé, a função social do contrato e a probidade, quer na fase pré-contratual, conclusão ou na execução do contrato, e o art. 2035, parágrafo único deste Codex , mencionando-se ainda o art 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Todos estes textos legais dão sustentáculo ao afirmado.

Não se pode fugir a análise dos textos constitucionais e legais para resolver a problemática em foco. Partindo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 diversos de seus artigos, como os mencionados acima dão o sustentáculo à resposta que se propõe dar a **indagação quanto a aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos de planos de saúde celebrados antes e posteriormente a sua vigência.**

Embora seja a matéria relativa a uma relação de direito privado (contratos), a maior parte da fundamentação é encontrada no campo do direito constitucional, em especial no que tange aos princípios constitucionais e sua importância, o que demonstra mais uma vez a significância do estudo de uma

concepção moderna com relação ao direito privado, especificamente o direito civil que hoje é visto como um direito civil constitucional, mostrando-se assim uma outra faceta deste ramo das ciências jurídicas que é a publicização do direito. É assim o direito constitucional campo vasto e inseparável na hermenêutica dos demais ramos do direito.

Com relação ao preâmbulo da Constituição Moraes (2003, p. 46) assim se refere,

> "tem-se que este é um documento de intenções do texto constitucional e uma proclamação de princípios, sendo de grande relevância seu conteúdo já que deve ser observado como elemento de integração e interpretação dos diversos artigos que o seguem,. (...) Porém, por traçar as diretrizes políticas. Filosóficas e ideológicas da constituição será uma de suas linhas mestras interpretativas".

Quanto aos princípios, sua juridicidade passa por três distintas fases: *jusnaturalista, positivista e a pós-positivista.* A fase *jusnaturalista* concebe os princípios gerais do direito como sendo um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana; já na fase *positivista* os princípios seriam fonte normativa subsidiária, seriam eles equivalentes aos princípios que informam o direito positivo e lhe serve de fundamento.

Interessa-nos a terceira fase, chamada de *pós-positivismo* para a qual as novas constituições promulgadas têm como base os princípios constitucionais, os quais estão em plano hierárquico superior. Com base nos princípios a doutrina pode fazer suas construções e, embora não aparentemente explícitos eles existem, não sendo criados pela jurisprudência que apenas declara sua existência já que seus enunciados manifestam o espírito de uma legislação, mesmo que não escritos. Os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as

regras.

O Princípio normativo deixa de ser assim tão somente *ratio legis* para se converter em lex, e, como tal, faz parte constitutiva das normas jurídicas, passando desse modo a pertencer ao direito positivo. Poder-se-ia conceituar os princípios como sendo toda norma jurídica determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que o pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares. Seja ele expresso ou implícito no ordenamento constitui norma aplicável como regra de determinados comportamentos públicos ou privados. Para enfatizar sua atuação positiva no sistema, diz-se que a eficácia dos princípios constitucionais não se exaure na sua aplicabilidade às relações que formam o respectivo objeto. Um lugar de particular importância diz respeito indubitavelmente a sua eficácia interpretativa, conseqüência direta da função construtiva que os caracteriza dinamicamente entre as normas do sistema.

Os princípios são a alma e o fundamento de outras normas. Substancialmente é a idéia de sua fecundidade àquela que se acrescenta à de mera generalidade. São momentos culminantes de uma reviravolta na região da doutrina, de que resultam para a compreensão dos princípios jurídicos, importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza, admitidos definitivamente por normas. São normas, valores com positividade maior nas constituições do que nos códigos e por isso mesmo providos nos sistemas jurídicos de mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa não pode deixar de ser o princípio.

A teoria dos princípios é considerada hoje o coração das Constituições. As soluções passíveis para o conflito referido pelos estudiosos são as seguintes: um

sistema legal pode regular tais conflitos por outras regras, de preferência a que for decretada pela autoridade mais alta; a regra que houver sido formulada primeiro, a mais específica ou algo dessa natureza, finalmente, a que tiver o apoio dos princípios mais importantes.

Os princípios consubstanciam-se na fonte balizadora de todo o sistema jurídico. Na época atual são eles a base de toda a constituição e é ele o responsável pela unidade dos sistemas constitucionais. Saímos de um modelo onde se atribuía tratamento privativista dos princípios inseridos na codificação para o tratamento seguindo o modelo publicístico adotado pelas constituições. Não se lhe negue sua posição superior na pirâmide das normas, sendo esta superioridade também e principalmente material, mas isto só será possível se conseguirmos enxergar os princípios como valores. Por este motivo os princípios são vistos hoje pelos constitucionalistas como a **norma das normas.**

Canãs (1988, p. 469) diz:

> "a Constituição incorpora uma "ordem objetiva de valores", qual acontece, segundo ele, desde que a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade entram a figurar como esteio da "ordem política e da paz social".

Judith Regis (2004) ao tratar em suas exposições na FESUDEPERJ (Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro) sobre as Cláusulas Gerais da Tutela da Pessoa Humana assim se posicionou:

> "Estas cláusulas autorizam que o interesse individual prevaleça sobre o interesse público quando tutelado o valor da personalidade humana, direito garantido pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Esta cláusula visa proteger a pessoa em suas múltiplas características, no que lhe é próprio. Isto é o fundamento para igualar os desiguais. Hoje se tutela o direito privado ponderando com a solidariedade social. O interesse individual também é composto pela solidariedade (informação verbal)".

Mas não apenas o direito constitucional alicerça a assertiva quanto a aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos de planos de saúde celebrados antes e após a sua vigência. Não se pode olvidar que o próprio direito civil com suas normas relativas aos contratos e todos os seus princípios informadores também o fazem, mormente a partir da edição do Código Civil de 2002 que mudou os rumos de várias matérias, em especial e significativamente em termos de relações contratuais, uma vez que saímos de um código individualista como era o de 1916 para entrarmos em um totalmente voltado para o lado social da questão eis que trata de forma clara da lesão, onerosidade excessiva, função social, princípio da relatividade e boa-fé.

Disse o des. Capanema: “O Novo Código Civil, está alicerçado em três princípios fundamentais: função social, probidade e boa-fé” (informação verbal)

Tais princípios devem ser observados em todas as fases do Contrato, sendo também Normas de Ordem pública e com aplicação imediata mesmo quanto aos contratos em vigor.

Não se nega a autonomia da vontade com o advento do Código Civil/02, mas esta sofreu uma relativização em razão da função social do contrato, a qual a lei não definiu, mas continua o mestre citado acima nos lecionando que tal se refere a colocar o contrato a serviço não só dos contratantes, mas da sociedade. A função social em comento assim como a boa-fé são cláusulas gerais dos contratos.

Não parou aí o mencionado Código, uma vez que com a dicção do seu artigo 2035, § único fez claro que qualquer convenção mesmo que celebrada em data anterior a sua entrada em vigor não poderá ir de encontro aos princípios gerais nele estabelecidos.

Em seus comentários ao Novo Código Civil diz Marco Aurélio Bezerra de Melo (2004, p. 18) ao comentar este artigo em questão que:

> "Este artigo causará toda sorte de polêmicas, mas o fato é que o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, já externou o entendimento de que não há direito adquirido diante de norma de ordem pública. De modo que, a nosso sentir o Código andou bem ao conferir à função social do contrato a possibilidade de incidir imediatamente aos contratos, ainda que celebrados anteriormente a este código".

Mesmo que por hipótese e amor ao debate fosse vencida a farta argumentação retro, não podemos por um minuto sequer esquecer do art 4º da LICC que também se refere expressamente aos Princípios Gerais de Direito como fonte balizadora a inspirar a decisão do julgador.

CONCLUSÃO

De todo o exposto não restam dúvidas quanto a aplicação do Estatuto do Idoso aos Contratos de Planos de Saúde quer tenham sido eles celebrados antes ou após sua entrada em vigor no ordenamento jurídico nacional.

Com a vigência do Estatuto do Idoso e a vedação expressa por ele trazida à discriminação que sofriam aqueles que se encontram na terceira idade isto não poderá mais ocorrer, uma vez que na trilha deste raciocínio tal Estatuto densifica o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, inserido no art 1º inciso III da CR/88.

A Constituição da República/88 incorpora uma ordem objetiva de valores. O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade

entram a figurar como esteios da ordem política e da paz social. A Constituição aparece como germe principal do ordenamento; ela ao mesmo tempo em que se constitui em fonte primária na sua consideração formal, é também fonte material ou de conteúdo, porquanto pondera igualmente onde o direito se localiza e donde o direito procede. É ela uma expressão de consenso social sobre os valores básicos se tornando o “alfa e ômega” da ordem jurídica, fazendo de seus princípios, os quais se encontram estampados naqueles valores o critério mediante o qual se mensuram todos os critérios normativos do sistema.

Os princípios são dotados de normatividade, ou seja, possuem efeito vinculante e constituem regras jurídicas efetivas. Os princípios constitucionais possuem funções extremamente relevantes na ordem jurídica. Pela função fundamentadora, estabelecem as regras básicas, as diretrizes de todo um sistema de normas constitucionais, possuem eficácia derrogatória e diretiva; com a função interpretativa permitem o alcance da verdadeira finalidade da lei no momento de sua aplicação; já pela função supletiva, a tradicional, realiza a tarefa de integração do ordenamento jurídico, (art 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

No mais o Estatuto do Idoso deve ser interpretado teleológicamente buscando a finalidade para a qual foi criado e, sistematicamente ser analisado comparando-o com todo o ordenamento jurídico.

A violação de uma norma legal que contenha um principio ofende uma regra fundamental informadora de todo um sistema jurídico. Considerando os princípios constitucionais, a norma infraconstitucional que viole qualquer um deles previstos expressamente ou de forma implícita é inconstitucional e deve ser expurgada do mundo jurídico.

Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana. Estes direitos são limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos para que aqueles possam ficar resguardados. Esses direitos, à medida que se inserem no texto constitucional devem ser formalmente reconhecidos e concretizados no cotidiano do cidadão. Assim, tendo seu reconhecimento material em sua natureza jurídica.

A Constituição admite também a existência de direitos fundamentais implícitos, cujo reconhecimento decorre de interpretação do texto constitucional que reconhece a existência de outros direitos individuais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Ao salientar que são tutelados outros direitos, a própria Constituição deixa claro o caráter meramente enunciativo em relação aos direitos individuais. No todo possuem aplicabilidade imediata. Somente quando a constituição expressamente exigir uma regulamentação o direito fundamental dependerá de uma legislação infraconstitucional para ser aplicado.

Negar ao Estatuto do Idoso as afirmações feitas no desenvolvimento seria negar-lhe sua verdadeira efetividade e com isto inviabilizar as razões de sua elaboração, o qual não foi produzido para ficar apenas no papel, sendo mais um texto de lei a ser descumprido a exemplo de outros tantos existentes em nosso ordenamento.

Não resta dúvida que o estatuto do idoso, por todos os fundamentos acima é norma de ordem pública e, assim sendo, tem aplicação imediata aos contratos de Planos de Saúde quer tenham sido pactuados antes ou depois de sua vigência mormente em função da dicção do recente artigo 2035 parágrafo único do Código Civil de 2002, pelo que não se deve hoje e doravante sequer aventar a

respeito da odiosa discriminação que se praticava em relação aos idosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Francisco da Silveira, *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 5. ed. São Paulo: MEC, 1965.

CAÑAS, Gordilho, *Anuário de Direito Civil*, t. LXI, fase 2, Abril-junho – 1988.

LICCIONE, Gino. *Código de Defesa do Consumidor e Lei 9656/98***.** São Paulo: Roma Victor, 2004.

LICCIONE, Gino. *Estatuto do Idoso e Lei 10741/2004***.** Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima, *Código de Defesa do Consumido*r. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ *Contratos no Código de Defesa do Consumido*r. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Marco Aurélio Bezerra de, *Novo Código Civil Anotado*, Contratos, Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2003.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional* 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUNES, Risato, *Curso de Direito do Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Juarez, *Comentário ao Estatuto do Idoso. São Paulo:* Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de Direito Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, v.3. 2001

REALE, Miguel. *Novo Código Civil*. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

REGIS, Judith, *Aulas Ministradas na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, 2004/2005.

SOUZA, Sylvio Capanema de, *Curso Ministrado para os Advogados da Petrobrás*, 2002.

18

O RECONHECIMENTO PESSOAL E A CRIATIVIDADE IRRACIONAL DA PRATICA FORENSE

FABIO SCHWARTZ
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

I - INTRÓITO

Não raras vezes se observam na práxis forense lamentáveis equívocos por parte de inúmeros magistrados os quais, a seus talantes, improvisam no reconhecimento pessoal dos réus. Capuzes são colocados sobre o rosto da testemunha ou vítima identificadora; maçanetas são retiradas das portas dos gabinetes para que os acusados sejam postados do lado oposto. Enfim, tudo que a criatividade puder alcançar, desprezando-se a disposição contida no Parágrafo único do art. 226 do CPP, o qual textualmente exclui a aplicação do inciso III na fase de instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Não bastasse a prática nociva retro citada, os poucos juízos que dispõem das desnecessárias salas de reconhecimento desprezam, sem qualquer cerimônia, as "cautelas" estabelecidas no art. 226 do Código de Processo Penal, suprimindo a prévia descrição do meliante pela testemunha ou vítima. Alguns chegam ao absurdo de tornar o réu parecido com descrição proferida vestindo-o tal qual declinou a vítima, e ainda, desprezam a orientação legal de se perfilhar, juntamente com o agente a ser reconhecido, outros indivíduos que com ele guardem semelhança.

Tais práticas não se coadunam com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e não resistem a uma análise garantista, conforme as considerações adiante expendidas.

II – DA PRECARIEDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL

Deveria ser de sabença comum, porém, na prática forense não o é, que a identificação pessoal do réu é prova deveras temerária em razão da possibilidade de cometimento de erro por parte do identificador, e da diversidade de fatores que concorrem para a sua realização, como por exemplo, a semelhança entre as pessoas, a sugestibilidade que acomete o reconhecedor, o tempo decorrido do crime. Todas essas nuanças comprometem sobremaneira a possibilidade de veracidade que deve conter o reconhecimento pessoal, mormente se alijadas as formalidades legais.

Não é sem motivo que o grande mestre **Fernando da Costa Tourinho Filho** observou que o reconhecimento pessoal (...):

> "(...) é de todas as provas a mais falha, a mais precária. A ação do tempo, o disfarce, más condições de observação, erros por semelhança, a vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária. Não se deve olvidar que Penélope, a esposa de Ulisses, não o reconheceu após alguns anos de ausência. Foi preciso revelasse ele um fato bem íntimo: a confecção da cama do casal...".[1]

Mais adiante, discorrendo acerca do procedimento a ser adotado no reconhecimento pessoal, o mestre novamente alerta: "***Convém não deslembrar que os reconhecimentos são precários. Quando Ulysses voltou para casa, 10 anos depois, só o cachorro o reconheceu, de pronto***...".

No mesmo sentido, o saudoso mestre **Hélio Tornagui**, em página lapidar, leciona que, por razões de segurança, o reconhecimento pessoal deve ser sempre cercado das

[1] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 3. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, p. 292.

cautelas mencionadas na lei processual e ser aceito com parcimônia como prova da autoria de um crime, discorrendo mais adiante da seguinte forma:

> "O estudo psicológico do mecanismo de reconhecimento revelou que, antes mesmo de ser um ato intelectual de identificação, é ele um fenômeno afetivo, consistente na impressão de familiaridade com o objeto (pessoa ou coisa) reconhecido. Afirmar: reconheço no sujeito que me é mostrado o Sr. Fulano de Tal significa dizer: ele me é familiar, não me é estranho, já o vi. Daí o perigo de o reconhecimento ser apenas uma paramnésia, um distúrbio de memória, que toma o imaginário pelo real... Inúmeras causas podem produzi-lo: fadiga, esgotamento, tristeza, excitação, embriaguez. A explicação do fenômeno tem variado. Em nossos dias, a psicanálise vê nele a realização de um desejo irrealizado, o antídoto de uma frustração. Acrescente-se a influência da sugestão, originadora de muitos equívocos nesse campo. Seja como for, muitas são as causas dos falsos reconhecimentos e é necessário lançar mão das cautelas necessárias para eliminá-la, tanto quanto possível. Tais erros decorrem de fatores externos, ou internos da convergência de uns e outros. Entre os externos figuram as más condições ambientais para uma observação segura: o escuro, a distância, a velocidade, etc. Entre os segundos: a desatenção, o estado emocional, a paixão, etc. Entre os últimos o mais importante é o tempo transcorrido entre a observação do fato e o reconhecimento. A principal causa de erro, a mais freqüente, é a semelhança entre pessoas... Por tudo isso, não se deve exagerar o valor da certeza afirmada por um reconhecimento" [2]

A título de ilustração às preocupações retro expostas, oportuna a transcrição de reportagem publicada no Jornal O Globo do dia 19 de abril de 2006, com a seguinte manchete "**Pedreiro confundido com ladrão é solto após passar 18 dias na cadeia**", senão vejamos:

> "**Mineiro Foi preso na Praia de Copacabana onde tinha ido conhecer o mar**. Depois de passar 18 dias na carceragem da 39ª DP (Pavuna) e dividir uma cela com outros 50 detentos, o pedreiro Nacimar Vidal Couto, de 38 anos, ganhou ontem a liberdade. Preso quando conhecia o mar de Copacabana após ser confundido com um assaltante, o pedreiro saiu chorando e vestindo uma camisa com a imagem de Jesus Cristo. (...) Às 13h40m, o pedreiro deixou a cadeia, ao lado dos advogados Rafael Carvalho Silva e Jefferson Coelho Ferreira. Amigos de Nacimar , eles vieram de Minas para defendê-lo de graça.
> -Fiquei preso 18 dias sem ter praticado qualquer crime. Foi Deus quem me ajudou a suportar isso – disse Nacimar.
> (...) ***Apesar de um dos bandidos ter dito que o pedreiro não fazia parte do bando, ele foi reconhecido pelos turistas* (...)**." (GRIFOS NOSSOS)

A reportagem acima é apenas um exemplo, dentre tantos outros do cotidiano dos dias coevos, que nos mostra o quão pernicioso pode ser um reconhecimento realizado às pressas e à revelia das disposições legais.

Diante de tantos alertas acerca da possibilidade de erro e engano, as disposições contidas no art. 226 e seus incisos ganham grande relevo, não podendo ser vistas apenas como meras cautelas, ao revés, constituem **formas essenciais que devem ser obrigatoriamente observadas, sob pena de inquinar o ato de nulidade insanável**.

---

[2] TORNAGUI, Hélio. *Curso de Processo Penal*: Saraiva, p. 435/436.

III – A CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ART. 226 E SEUS INCISOS

Em linha de princípio, há que ser afastada a idéia difundida de que a norma contida no art. 226 e seus incisos consubstanciam meros atos de "cautela". Tal interpretação não se coaduna com ordem constitucional vigente. Decerto, os aplicadores do direito que assim o fazem, perfilam abjeta vertente doutrinária descompromissada com o modelo garantista, uma vez que utilizam a intervenção penal como ferramenta de "defesa social", desprezando os direitos e garantias individuais, sedimentados às duras penas na atual constituição cidadã e adotando, de forma inconteste, a vertente maquiavélica de que os fins justificam os meios.

O que se observa nos dias atuais é uma total inversão de valores. Interpreta-se a Constituição em face do Código de Processo Penal, submetendo-a a resquícios autoritários, oriundos do período obscuro em que este último foi gerado, ao invés de se buscar nova roupagem ao arcabouço infraconstitucional condizente com o Estado Democrático de Direito hodiernamente em voga.

Não se pode perder de vista que o atual código de processo penal brasileiro é herdeiro do *Codice Rocco*, o qual foi insculpido na Itália então liderada por Mussoline sob a bandeira do fascismo, sendo notório em seu arcabouço tonalidades inquisitivas, em total contraposto ao princípio acusatório consagrado na constituição pátria.

Nesta perspectiva, urge adaptar o modelo processual vigente antes da constituição de 1988, a fim de instrumentalizar os princípios constitucionais, mormente os direitos e garantias individuais, permitindo a adequada fruição dos mesmos.

Na medida em que a Constituição tutela direitos fundamentais, tais como a ampla defesa e o contraditório e a dignidade da pessoa humana, aos aplicadores das leis ordinárias cumpre efetivar a Constituição, conformando as leis aos princípios nela presentes, operando-se o que se convencionou de 'interpretação conforme a Constituição", devendo ser destacada a lição de Hesse que pontifica:

> "segundo esse princípio, uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com a Constituição. Essa consonância existe não só então, quando a lei, sem a consideração de pontos de vista jurídico-constitucionais, admite uma interpretação que é compativel com a Constituição. No quadro da interpretação conforme a Constituição, normas constitucionais, admite uma interpretação conforme a Constituição, normas constitucionais são portanto, não só normas de exame, mas também normas materiais para a determinação do conteúdo das leis ordinárias".[3]

Colha-se, neste mesmo sentido, valioso supedâneo concedido pelo mestre Ferrajoli, *verbis*:

> "A validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência – mais o menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos." [4]

O professor Lenio Luiz Streck, discordando do mestre Canotilho que inadmite interpretação *contra legem*, ensina que em determinadas ocasiões, mesmo que o legislador tenha

---

[3] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição, traduzida por Gilmar Ferreira Mendes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

[4] FERRAJIOLI, Luigi. *O Direito como Sistema de Garantias*, in Revista do Ministério Público, Lisboa, n. 61.

pretendido efeito diverso, urgirá buscar a interpretação conforme, de modo a adaptar a lei ordinária ao sentido balizado pela lei maior.[5]

Como se vê, ressalvados alguns pontos de vista, convergem os entendimentos dos principais repositórios doutrinários no sentido de que o paradigma hermenêutico haverá de ser sempre a Constituição Federal.

Em sendo assim, levando a cabo interpretação condizente com a ordem constitucional que sucedeu ao Código Penal em vigor, verifica-se a inafastabilidade das prescrições contidas no art. 226 do CPP.

Conforme se depreende do texto, o legislador pátrio buscou engendrar mecanismos que conduzissem à diminuição do risco de engano e confusão. Não foi por outro motivo que, logo **no inciso I**, introduziu-se a necessidade de descrição da pessoa que deva ser reconhecida.

Tal providência, visa socorrer o pleno exercício do contraditório, eis que em assim procedendo, à defesa será possibilitado o aponte de eventual engano por parte do identificador, bastando para tanto, que as características descritas destoem das do identificado.

Não fosse assim, impossível qualquer contradita, ante a falta de elementos probantes suficientes a embasar eventuais irresignações defensórias com o reconhecimento eventualmente levado a cabo.

No inciso II, tratou-se da perfilhação de outros indivíduos, ao lado da pessoa que se pretende identificar, que com ela guarde semelhança.

Conforme alhures explicitado, em razão da natural precariedade do reconhecimento pessoal, o legislador estabeleceu mecanismos com vistas à diminuição do risco de engano, posto que, quanto maior a dificuldade para o reconhecimento, menor a possibilidade de erro. Se o indivíduo, diante de tantos percalços, ainda assim aponta de forma segura o réu como sendo o autor dos fatos, tal reconhecimento estará revestido de maior credibilidade, sendo, portanto, diminuída ou até mesmo neutralizada, a possibilidade de equívoco.

Ora, a diminuição ou até mesmo a eliminação da probabilidade de engano é direito do réu e dever do dirigente do processo (o juiz). O réu pode e deve exigir, sob pena de se fazer letra morta os princípios da ampla defesa e do contraditório, que o processo se desenvolva de forma que suas alegações possam ser devidamente descortinadas. Tendo o réu negado a autoria, o reconhecimento pessoal (diga-se: o não reconhecimento do réu) passa a ser instrumento fundamental de prova, não podendo ser realizado às pressas, da forma que for 'possível' ao magistrado conduzi-lo.

À guisa de fundamento às ponderações supra, lembremos lição levada a efeito pelo emergente doutrinador pátrio, Geraldo Prado: "(...) ***o contraditório é medida de duelo, como categoria processual que reúne a ciência do ato praticado pela parte contrária à possibilidade de uma atitude em sentido contrário ou objetivando contrariar o prefalado ato.***" [6]

Assim, se o magistrado, mesmo diante da negativa de autoria, relega as formalidades estatuídas no art. 226 ao plano de meras cautelas, desatendendo-as sem cerimônia em face de um mínimo obstáculo, é evidente que estará solapando do réu a possibilidade de participação ativa no procedimento em contraditório. Dessa forma estará diminuindo as chances de influência do acusado em sua convicção, concedendo-se, destarte, odiento relevo ao *jus acusationis* em detrimento do *jus libertatis,* o que se nos afigura inadmissível.

No inciso III, o legislador abre a possibilidade de que o agente reconhecedor não seja visto pelo reconhecido, entretanto, no parágrafo único do art. 226, ressalva que tal disposição não terá aplicação na fase de instrução criminal ou em plenário de julgamento.

---

[5] "Se entendermos a Constituição como mecanismo que se interpõe inclusive contra o desejo de maiorias eventuais, haverá ocasiões em que a intervenção do Judiciário será condição de possibilidade da própria validade do texto constitucional. Isso significa afirmar que, mesmo que de um texto possa-se extrair a 'intenção do legislador' (sic) e a 'vontade normativa objetivada' (sic), o critério delimitador deverá ser o sentido que a ele devemos atribuir a partir do conjunto principiológico da Constituição.
Ou seja, haverá ocasiões em que o legislador claramente deseja um determinado efeito, que, entretanto, colide, em parte, com o desiderato constitucional. A simples expunção do texto do universo normativo poderá gerar situações que redundem em retrocesso. Neste caso, uma interpretação conforme poderá ser o remédio que adapte a nova lei ao sentido da Constituição, mesmo que isto contrarie o desejo da maioria parlamentar: Veja-se, por exemplo o caso da proibição de retrocesso social que, aplicada a determinadas situações, poderá gerar interpretações antitéticas com a 'vontade da norma e a intenção do legislador'. (STRECK, Lenio, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Forense, p. 592)

[6] PRADO, Geraldo de Almeida. *Sistema Acusatório.* 3ª Edição. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, p. 147.

Em comentário ao dispositivo retro transcrito, o saudoso Júlio Fabbrini Mirabete, assim discorreu: "***A disposição de que a pessoa que deve proceder ao reconhecimento não seja vista por aquela que vai proceder ao reconhecimento não se aplica quando este é feito em juízo ou plenário, a fim de não se violar o princípio da publicidade dos atos judiciais***".[7]

Diga-se, a título explicativo, que a publicidade é característica do sistema acusatório, na medida que o segredo é expediente de relevo em regimes autoritários, sendo incompatível com nosso regime democrático. Neste a participação do público na gestão da coisa pública, inclusive em decisões judiciais, é pedra angular do Estado Democrático de Direito.

De acordo com o magistério de Lopes Ortega, a publicidade significa que todos os atos processuais das partes, do juiz e dos demais sujeitos deverão ser conhecidos na totalidade e tempestivamente pela parte adversa, defendendo, em função deste raciocínio, que este modelo de publicidade está ligado ao princípio do contraditório.

Acerca da possibilidade de ocultação do reconhecedor em juízo, nos moldes do inciso III do art. 226, também se manifestou Fernando da Costa Tourinho Filho, *verbis*: "***E se o reconhecimento dever ser realizado pelo Juiz? Frederico Marques (Elementos, Forense, v. 2, p. 334) entende que as regras do art. 226 e do seu respectivo parágrafo do CPP 'não têm aplicação em se tratando de reconhecimento feito na instrução criminal ou no plenário do júri***'." [8]

Não obstante a clareza dos arrazoados retro expostos, equívoco comum aos aplicadores do direito é a inobservância do **parágrafo único do art. 226 do CPP**, eis que não raras vezes improvisam meios para que vítima ou testemunha não sejam vistas pelo acusado na sessão de reconhecimento, utilizando-se, até mesmo, salas de reconhecimento existentes no juízo.

Ocorre que tal atitude acaba impondo à defesa irrefutável prejuízo, eis que se vê impossibilitada de oferecer eventual contradita aquele que faz a identificação, restando ferido não só o princípio da publicidade acima declinado, mas também, entendemos, o do contraditório e da ampla defesa, ambos esculpidos na Constituição Federal.

Ora, o réu tem o direito de saber quem o está identificando, para que seja possibilitado a argüição de eventual impedimento à pessoa que o reconhece, não podendo ser outra a interpretação da disposição contida no parágrafo único do artigo supra citado. É certo que tal procedimento não se exige em sede policial em razão de sua natureza inquisitiva, onde inexigível a observância dos princípios acima evocados.

Nem se objete que a qualificação da testemunha se encontra nos autos visto que, como é cediço, nem sempre os indivíduos em sociedade se conhecem pelo nome ou prenome, mas, não raras vezes, por eventual alcunha ou apenas 'de vista', não sendo possível impor ao réu que passe todo o processo sem nunca ter tido a oportunidade de conhecer quem o acusa.

Importante não se perder de vista que a atuação em contraditório pressupõe a possibilidade de o ato praticado por uma parte ser contrariado pela outra, e que tal possibilidade não pode ser reduzida ou dificultada, sob pena de insalubre influência na relação processual.

Assim, constatando-se que em verdade se buscou com as disposições *sub examinen* levar a efeito os princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, elementos característicos do Sistema Acusatório, e dogmas Constitucionais (garantias), erigidos a direitos fundamentais do cidadão, força concluir-se pela essencialidade das formas traduzidas nos incisos do art. 226 do CPP.

E mais, promovendo-se uma releitura dos dispositivos, sob a ótica constitucional, permanecem os mesmos praticamente incólumes, sendo certo que apenas a expressão constante do inciso II "se possível", não é válida quando interpretada como uma regra, posto que tal seria inconstitucional, devendo ser procedida declaração de nulidade parcial sem redução do texto.

A única forma de sobrevivência do texto legal é interpretá-lo no sentido de que a clausula "se possível" deve constituir exceção, observado sempre o princípio da razoabilidade. Assim, apenas uma justificativa efetivamente relevante poderia abonar a inobservância da disposição legal.

---

[7] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 4ª Edição. São Paulo, Atlas, p. 276.
[8] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 3. 17ª Edição. São Paulo. Saraiva, p. 293.

Mais uma vez valem os suprimentos doutrinários de Lenio Luiz Streck o qual, em página irrepreensível, confere importante substrato à causa supra vindicada, senão vejamos, *verbis*:

> "A interpretação conforme e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto são, pois, mecanismos aptos a fazer cumprir – no limite – a função 'intervencionista'do Poder Judiciário, para pôr freios à liberdade de conformação do legislador de índole liberal clássica, no interior da qual se concebe a Constituição apenas em seu aspecto formal, sendo o seu texto entendido tão-somente como um anteparo do cidadão contra a arbitrariedade do Estado. Não se pode olvidar que a Constituição, mais do que outra coisa, é um remédio contra maiorias. Caso contrário, perder-se-ia a noção de rigidez constitucional!
> Não há dúvida, assim, que os citados institutos representam importantes mecanismos 'corretivos'da atividade legislativa (seja do próprio Poder Legislativo, da atividade normativa proveniente do Poder Executivo, bem como dos atos normativos oriundos dos tribunais da República). Isto porque, além de a atividade interpretativa representar, sempre, um processo de atribuição de sentido (interpretar é, sempre, aplicar), há que se considerar que é impensável que um Tribunal, em sede de justiça constitucional, considere-se desligado da ordem política que o envolve, o que implica mecanismos adaptativos/corretivos a serem aplicados nos textos legais contrastados com a Constituição. Isto parece óbvio!
> Antes de mais nada, nessa linha, pode-se dizer – a título exemplificativo, para firmar a relevância da questão – que perdem validade constitucional dispositivos como o constante no Código Nacional Tributário, art. 111, resquício do 'modo napoleônico-exegético-de-interpretação-da-lei', que assevera que 'interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre". De pronto, seria aconselhável que se fizesse uma interpretação conforme a constituição desse dispositivo ou uma nulidade parcial sem redução de texto, ou seja, o dispositivo somente seria constitucional se lido no sentido de que a expressão 'literalmente' se compreenda na conformidade com a hermenêutica jurídica, ou, 'o artigo 111, na parte em que exige interpretação literal, é inconstitucional, se entendido como impedimento de outras formas de interpretação'. Simples, pois!" [9]

Ora, a ampla defesa e o contraditório são garantias constitucionais, e de forma alguma podem ser relegadas, logo, o significado acima detectado não é válido, na medida em que completamente destoante do modelo constitucional-garantista.

Assim como não se pode admitir uma norma infraconstitucional que estabeleça que ao réu sem advogado, será garantido, **se possível**, a nomeação de um Defensor Público para sua defesa técnica, também não se pode admitir a interpretação acima rechaçada, já que, em ambos os casos, em jogo os princípios Constitucionais da ampla defesa e o contraditório.

Nas palavras do insigne José Antônio Paganella Boshi "os princípios não são, portanto, meras pautas programáticas, ou declarações de intenções, mas, agora, são normas, dotados de força normativa tão intensa que, eventualmente, podem revogar as regras, dependendo da hierarquia do princípio". [10]

Como se vê, o processo hermenêutico, para imposição dos direitos fundamentais na seara penal, possui notável relevância, não se podendo mais admitir, conforme as palavras de Geraldo Prado, "***que o juiz continue reduzido a mero instrumento de aplicação mecânica de um texto legal*', *suscetível de ser substituído com muitas vantagens por um computador***". [11]

Como bem assevera Bonavides, princípios valem, regras vigem. E Celso Antonio Bandeira de Melo diz que "***a violação de um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade (...)***

---

[9] STRECK, Lenio Luís. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.* 2ª Edição. Rio de Janeiro, Forense, p. 592.
[10] BOSCHI, José Paganella. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006, n. 58.
[11] PRADO, Geraldo de Almeida. *Sistema Acusatório*. 3ª Edição. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, p. 195

porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia inadmissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".[12]

Desta feita, a expressão "se possível" é inconstitucional, se entendida como elemento flexibilizador capaz de conduzir a inviabilização da ampla defesa do réu no procedimento em contraditório penal, não subsistindo a uma filtragem hermenêutico-constitucional. Ademais, as prescrições estatuídas no art. 226 do CPP devem ser vistas como formas essenciais, a fim de que seja assegurado ao réu o pleno gozo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Poder-se-ia, inclusive, ao invés de se proceder à declaração de nulidade parcial (inconstitucionalidade) sem redução de texto, proceder a expunção formal da cláusula "se possível", operando-se declaração parcial horizontal ou quantitativa, pela qual declara-se uma parte da disposição ou de uma frase da norma. A diferença entre uma solução e a outra é que, neste último caso, necessário se faz a suscitação do incidente de inconstitucionadade.

IV – CONSEQÜÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DAS FORMAS ESTABELECIDAS NO ART. 226 DO CPP.

Conforme é cediço, vigora a idéia de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito. A desobediência às formalidades legais só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi estabelecida estiver comprometida (princípio da instrumentalidade das formas).

Diz-se, em casos tais, que não havendo prejuízo nenhum ato será declarado nulo (vide art. 563 do CPP).

A doutrina ensina ainda, que as nulidades absolutas não exigem demonstração de prejuízo, porque nelas o mesmo é evidente, ao passo que, com relação às nulidades relativas, o mesmo não ocorre, devendo ser constatado o prejuízo no caso concreto.

A súmula 563 do STF explícita a matéria, *verbis*: "*No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver a prova de prejuízo para o réu; no primeiro caso, a ausência de defesa já caracteriza o dano, o que é intuitivo, pois vulnerado princípio fundamental expresso na Constituição; já na segunda situação, somente uma análise do conjunto de provas, alegações etc., ou até uma nova prova de circunstância que poderia ter sido deduzida, levarão à conclusão sobre a efetividade do prejuízo ao direito de defesa*."

Frederico Marques pontifica que existem os elementos essenciais do ato processual e elementos acidentais. Segundo o mestre, os primeiros, quando omissos, atingem a própria natureza ou lhes desvia do escopo que devem atingir, enquanto que os segundos são aqueles cuja falta não torna o ato inidôneo para alcançar seus objetivos. Ensina adiante que o art. 564, inciso III, explicita tanto formalidades essenciais quanto acidentais, sendo que a ausência destas últimas apenas acarreta nulidade quando presentes os pressupostos do art. 563 (prejuízo).

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes filho[13] , advertem que o ato processual praticado em infringência à norma ou princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo, não havendo espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas.

Verificando-se que os dispositivos comentados em verdade salvaguardam os princípios constitucionais da publicidade, da ampla defesa e do contraditório, inobservadas as prescrições legais, ressai nítido que a finalidade da norma restará comprometida. Destarte, não se têm dúvidas de que a conseqüência jurídica a ser evocada pela defesa em casos tais é a de NULIDADE ABSOLUTA do ato, seja por atipicidade constitucional, seja por descompasso com formalidade essencial do ato.

Não podemos esquecer que todos os princípios retro citados são irradiações do princípio do devido processo legal, que constitui princípio-garantia direcionado a conter o autoritarismo estatal em face do indivíduo, conforme a lição de Adauto suannes de que:

---

[12] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Revista de Direito, 15/85

[13] GRINOVER, Ada Peregrine. *As Nulidades no Processo Penal*. 6ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, p. 28.

> "*a expressão dues process é a equidade procedimental aquilo que ela mais inflexivelmente exige. A equidade aí compreendida fundamentalmente reequilibrar os dois pratos da balança, que, quando do início da ação, pese embora a previsão constitucional da presunção da inocência, estão em desequilíbrio, pois o estado já traz consigo os atos investigatórios que, não em poucos casos, servem de supedâneo para o próprio decreto condenatório*".[14]

Ora, feridos de morte os princípios do contraditório e da ampla defesa, o prejuízo para o réu será inconteste, não necessitando de prova de sua materialidade no caso concreto, mormente quando este nega a autoria dos fatos, daí porque, em casos tais, ou seja, absolutamente nula a prova, deverá a mesma ser abstraída dos autos, devendo o magistrado ou Tribunal fundamentar eventual condenação em outros elementos, porém nunca no malfadado reconhecimento.

V. CONCLUSÃO

1. O reconhecimento pessoal deve ser recebido com reservas, em razão de sua notória precariedade.

2.Os operadores de direito não podem tergiversar com as prescrições legais estabelecidas no art. 226 do CPP, posto que estatuídas exatamente para compensar as deficiências desta prova.

3. Tais prescrições hão que ser interpretadas como anteparo aos princípios da publicidade, da ampla defesa e do contraditório, razão pela qual a expressão "se possível" do texto legal afigura-se incongruente com a novel ordem constitucional, quando interpretada, repise-se, como regra, ou seja, quando é evocada pelos magistrados como desculpa para a inobservância das prescrições legais, ainda que sem motivo justo e razoável.

4. O reconhecimento pessoal em juízo deve ser realizado *vis* a *vis*, ou seja, impõe-se o afastamento da prática nociva de que se valem muitos magistrados de ocultarem o reconhecedor do reconhecido, posto que o próprio Código de Processo Penal (Parágrafo único do art. 226) veda tal expediente na fase de instrução ou em Plenário do Júri, visando salvaguardar os princípios da publicidade e do contraditório, ressaindo, desta forma, a total desnecessidade de salas de reconhecimento nos foros.

5. Assim, seja diante da inobservância das formalidades essenciais, seja diante da criatividade irracional de alguns magistrados, os quais, como dito alhures, improvisam a seu talante toda sorte de maneiras para que as vítimas ou testemunhas não sejam vistas pelo réu, colocando capuzes em seus rostos, retirando a maçaneta das portas, postando-os atrás de janelas com insulfilm *etc*., em todos esses casos, irrefutável o reconhecimento de nulidade absoluta do ato, não podendo eventual condenação se basear exclusivamente nesta prova, a qual deve ser abstraída da motivação do magistrado, quando da prolação de sua sentença.

VI. BIBLIOGRAFIA

BEZERRA FILHO, Aluízio. *Tribunal do Júri – Homicídios*. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 238

BOSCHI, José Paganella. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, janeiro e fevereiro de 2006, n. 58.

CANOTILHO, J.J. Gomes. "*O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida*". In: *Constituición y Constitucionalismo Hoy*. Caracas. Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p. 217-225.

DE CARVALHO, Amilton Bueno e Salo. Aplicação da Pena e Garantismo. 3ª Edição. Rio de Janeiro, Lúmen Juris Editora, 2004.

FERRAJIOLI, Luigi. *O Direito como Sistema de Garantias*, in Revista do Ministério Público, Lisboa, junho e julho de 1996, n. 61

[14] SUANNES, Adauto. Fundamentos éticos do devido processo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 102.

GRINOVER, Ada. *As Nulidades no Processo Penal*. 6ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.
HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição, traduzida por Gilmar Ferreira Mendes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 4ª Edição. São Paulo, Atlas, 1996.
PRADO, Geraldo de Almeida. *Sistema Acusatório*. 3ª Edição. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2005.
STRECK, Lenio Luís. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.* 2ª Edição. Rio de Janeiro, Forense, 2005.
SUANNES, Adauto. *Fundamentos éticos do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
TORNAGUI, Hélio. *Curso de Processo Penal*: Saraiva.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 3. 17ª Edição. São Paulo. Saraiva.

Considerações Iniciais Sobre as Últimas Alterações no Recurso de Agravo

Felippe Borring Rocha
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito. Professor de graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá. Professor de pós-graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá, na Universidade Cândido Mendes, na Universidade Gama Filho, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e na Escola Superior da Advocacia do Rio de Janeiro. Professor dos cursos preparatórios para concurso da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito e do Praetorium. Autor dos livros **Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.099, de 26/9/95**, **Justiça Federal no Estado do Rio de Janeiro** e **Estatuto da Criança e do Adolescente**.

Sumário

1. Introdução. 2. A análise da Lei. 3. Conclusões. 4. A íntegra do texto da Lei n.º 11.187, de 19 de outubro de 2005. 5. Referências.

Palavras-chave

Direito Processual Civil. Recurso. Agravo Retido. Agravo de Instrumento. Alteração. Lei n.º 11.187/2005.

Resumo

Traçando um painel das últimas diretrizes inseridas nas reformas promovidas no Código de Processo Civil e nos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, o presente artigo propõe-se a analisar alterações mais importantes no regime do recurso de agravo de primeira instância introduzidas pela n.º 11.187, de 19 de outubro de 2005, que deu nova redação aos art. 522, 523 e 527 do estatuto processual. Consta ainda, do estudo, a íntegra da Lei n.º 11.187/2005.

1. Introdução.

Apesar de cientes dos riscos de se comentar uma lei promulgada há poucos dias,[1] antes mesmo dos grandes doutrinadores se manifestarem sobre seus aspectos mais polêmicos, esta empreitada foi animada pelo fato estarmos acompanhando de perto[2] a tramitação dos 23 projetos de lei que compõem a segunda etapa da Reforma do Judiciário.[3] Com efeito, temos tido especial atenção com

[1] Texto escrito em 27 de outubro de 2005.
[2] Neste sentido, veja o nosso artigo nomeado **Projeto de Lei n.º 3.253/04: Uma Revolução na Execução Civil**.
[3] Na realidade, a chamada Reforma do Judiciário foi dividida em duas partes, uma constitucional, que resultou na Emenda Constitucional n.º 45/2004, e outra infraconstitucional, também conhecida como Reforma Processual. Esta etapa é composta por projetos elaborados, na sua maioria, pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional da Magistratura, sob a coordenação dos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, visando alterar o CPC, o CPP e a CLT. Os projetos foram encaminhados pelo Poder Executivo para o Congresso Nacional em 2004.

os rumos legislativos dos institutos relacionados ao Direito Processual Civil e, em particular, do sistema recursal brasileiro, que foi o tema central da nossa dissertação de mestrado.[4]

Aliás, como dissemos naquela oportunidade,[5] já era possível verificar desde o início do século XIX, principalmente nos meios acadêmicos europeus, diversos movimentos que tinham como ponto comum o desejo de restringir os recursos, por considerá-los como grandes obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional. Esta tendência, como não poderia deixar de ser, foi sendo gradativamente assimilada pelo Poder Legislativo brasileiro ao longo do tempo, logrando, aos poucos, vergar a sólida cultura recursal que nós herdamos dos nossos colonizadores ibéricos. Um exemplo recente deste processo de assimilação, ainda que tímido, pôde ser visto nas alterações promovidas pela Lei n.º 10.352/2001, acerca do cabimento dos embargos infringentes, do agravo retido e do agravo de instrumento.

Embora tenha ficado um tanto quanto latente nos últimos anos, essa diretriz acabou ganhando novo destaque na esteira dos debates desencadeados pela citada Reforma do Judiciário, o que provocou a formulação de vários projetos de lei marcados pelo espírito limitativo aos recursos.[6] No bojo destes projetos encontra-se, justamente, o Projeto de Lei n.º 4.727/2004, elaborado pelo Ministério da Justiça e que deu origem à Lei n.º 11.187/2005.

Esse projeto, originalmente, não trazia maiores inovações ao sistema vigente, limitando-se a definir a forma retida como regra para interposição do agravo e a obrigatoriedade de apresentação oral da impugnação das decisões proferidas em audiência. No entanto, ao longo do seu trajeto dentro do Congresso Nacional, seu conteúdo foi alterado e alguns aspectos passaram a merecer um estudo mais detalhado.

2. A análise da Lei.

Redação atual	Nova redação
"Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento." *"Art. 523.....* *§ 4.º. Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida."*	*"Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento."*

[4] A dissertação intitulada **Uma Análise Crítica da Teoria Geral dos Recursos** foi defendida na Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro em 19 de agosto de 2002 e aprovada pela banca composta pelos ilustres Professores Doutores Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (orientador), Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Leonardo Greco.

[5] Veja a esse respeito a introdução da supracitada dissertação, bem como o meu texto **Uma Proposta de Revisão do Conceito de Recurso,** Revista de Direito da ADPERJ, ano I, n.º 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 132/144.

[6] Na Emenda Constitucional n.º 45/04, podemos identificar essa tendência na adoção do efeito vinculante no julgamento de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2.º), da exigência de repercussão geral no recurso extraordinário (art. 102, § 3.º), da possibilidade de edição de súmula vinculante (art. 103-A) etc.

Como se pode perceber da leitura do texto do art. 522 do CPC, inserido pela Lei, seu objetivo principal foi tornar claro o paradigma que já se encontrava implícito no CPC, após as últimas etapas da Reforma:[7] que a regra na interposição do recurso de agravo na primeira instância é a utilização da forma retida, exceto nos casos em que a impugnação demandar imediata apreciação, quando então será admitida a utilização da forma instrumental.[8]

De fato, da análise sistemática dos dispositivos contidos nos §§ 3.º e 4.º do art. 523 e no inciso II do art. 527 do CPC, já era possível concluir que a interposição do agravo de instrumento estava limitada às decisões interlocutórias que versassem sobre *"casos de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida"* ou quando *"se tratar de provisão jurisdicional de urgência"*. Ainda assim, se o agravante viesse a se utilizar indevidamente desta forma de interposição, pode o relator do recurso no tribunal determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido.[9]

O móvel do legislador, certamente, ao explicitar este comando foi tentar conter a enorme quantidade de agravos de instrumento que passaram a ser ajuizados após a adoção do regime recursal implementado pela Lei n.º 9.139/95. De fato, a maioria absoluta dos agravos de primeira instância são atualmente interpostos sob a forma instrumental,[10] sobrecarregando o trabalho nos tribunais. Consoante, o regime vigente tornou muito mais fácil a utilização da forma instrumental. Além disso, existe um natural sentimento humano de busca pela solução imediata de uma sucumbência sofrida. Não se pode olvidar, igualmente, que a impugnação em separado permite a procrastinação do processo para a parte que não tem interesse no seu rápido desfecho. No entanto, o fator mais importante para acréscimo no número de agravos de instrumento é, sem dúvida, o aumento das hipóteses onde o julgador pode aplicar, antes da sentença, tutelas de urgência. Estas decisões têm maior carga de subjetividade e imprecisão, calcadas que são em juízo de cognição não exauriente, o que amplia bastante o leque de situações passíveis de recurso. Justamente por não modificar o regime interposição em relação a este último aspecto, tendo em vista que a determinação de retenção expressa na Lei não se aplica às chamadas tutelas de urgência, é que acreditamos que a norma não será capaz de ampliar substancialmente o percentual de agravos retidos interpostos.

Não obstante, a definição do agravo retido como regra de interposição desta modalidade de recurso tem aspectos positivos. Em boa parte dos casos, o debate em sede recursal de questões interlocutórias pode se mostrar desnecessário. Basta imaginar o pedido do autor de realização de uma prova pericial que é indeferido. Se o autor ao final do processo sair vencedor na demanda, independentemente da perícia, a discussão sobre a correção da decisão que a indeferiu foi inócua. O mesmo ocorre se esta demanda for julgada extinta sem análise do mérito ou se ela for julgada improcedente por outro motivo que não por falta de provas.

O agravo retido, por sua vez, tem significativas vantagens em relação à forma instrumental de interposição, obviamente, quando não houver a necessidade de imediata apreciação do recurso pela

---

[7] Sobre o tema, fazemos remissão ao trabalho de Cândido Rangel Dinamarco, **A Reforma da Reforma**, 4.ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 165.

[8] Imprescindível render nossas homenagens ao mestre José Frederico Marques, que na década de 50 já prenunciava essa tendência, declarando que só deveria *"admitir-se de instrumento contra os despachos interlocutório que provoquem dano irreparável"* (**Instituições de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 381).

[9] Neste sentido, podemos destacar, apenas a título ilustrativo, a posição Fredie Didier Jr, **Questões Controvertidas Sobre o Agravo (Após as Últimas Reformas Processuais)**, p. 280, *in* Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambrier (Coord.), **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação**, v. VII, São Paulo: RT, 2003.

[10] Segundo dados contidos na pesquisa intitulada **Diagnóstico do Poder Judiciário**, elaborado pelo Ministério da Justiça, p. 54, cerca de 92% do agravos de primeira instância julgados pelos tribunais inferiores no ano de 2000 eram da modalidade instrumental.

instância superior. Em primeiro lugar, principalmente quando a interposição é feita oralmente, o atraso na marcha processual é menor do que se verifica na forma instrumental. Não há, por exemplo, a necessidade do juiz de formular em separado juízo de retratação (art. 526 do CPC) ou prestar informações requisitadas pelo relator do recurso (art. 527, IV, do CPC). Em segundo lugar, no agravo retido não é preciso realizar preparo (art. 522, parágrafo único, do CPC). Em terceiro lugar, não é necessário juntar peças (art. 525 do CPC). Em quarto lugar, o agravo retido, por ter devolução diferida (a devolução ocorre nas razões ou contra-razões da apelação), é julgado quando já existe uma sentença (art. 523 do CPC), o que permite ao tribunal não apenas analisar a decisão interlocutória em si, mas também as suas conseqüências para o julgamento da causa.

A principal desvantagem do agravo retido, entretanto, é que em alguns casos, se o tribunal o acolhe, terá que anular diversos atos do processo. Veja-se o caso do autor que agrava, sob a forma retida, a decisão que indeferiu a produção de uma prova pericial. Sendo a sentença desfavorável, poderá então pedir o julgamento do agravo retido como preliminar da apelação. Neste caso, se sair vitorioso, a própria apelação ficará prejudicada, pois a sentença e os atos decorrentes da decisão reformada serão anulados. Ainda assim, sopesando prós e contras, parece-nos que a norma seja de louvável valia e tenha possibilidade de incrementar o sistema recursal, contribuindo para maior celeridade dos processos.

Digno de nota, ainda, que a nova redação do art. 522 do CPC suprimiu a referência à interposição do agravo retido em face das decisões posteriores à sentença, exceto nos casos de inadmissão da apelação e em relação aos efeitos com que a apelação é recebida. Não há, entretanto, qualquer alteração no sistema anterior, pois, como a nova regra é a interposição do agravo retido, esta determinação se aplica, inclusive, em face das decisões posteriores à sentença.

Redação atual	Nova redação
"Art. 523 ..... *§ 3.º. Das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão."*	*"Art. 523 .....* *§ 3.º. Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante."*

A nova redação do § 3.º do art. 523 do CPC, além de possuir melhor técnica que a versão atual, elidiu a discussão acerca da obrigatoriedade da interposição oral do agravo retido quando a decisão é proferida em audiência.[11] Dois pontos, entretanto, ficaram aquém do desejado. Em primeiro lugar, a Lei nova fala especificamente em *"audiência de instrução e julgamento"*,[12] o que certamente levará à discussão sobre a incidência da determinação quando a decisão interlocutória for proferida em outras audiências (audiência preliminar, de justificação, de esclarecimento em perícia etc).

[11] A maioria da doutrina entendida, no que toca a esta discussão, que o agravante poderia escolher livremente entre a forma oral ou a forma escrita de interposição do agravo retido. Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. V, 11.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 496. Em sentido contrário, entendendo que a interposição oral era obrigatória, Alexandre Freitas Câmara, **Lições de Direito Processual Civil**, v. II, 10.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 99.

[12] A provável razão para que o legislador mencionar a obrigatoriedade do agravo retido oral apenas em relação às decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento é que esta é, via de regra, a última etapa antes da sentença, que pode ser proferida inclusive, naquele mesmo momento.

É preciso que se diga, entretanto, que, em função da natureza restritiva da norma, que deve ser interpretada restritivamente, e da resistência existente entre os operadores do direito pátrio à oralidade, nos parece que deverá prevalecer segundo o qual a obrigatoriedade da interposição oral deverá ficar restrita à AIJ. Assim, nas demais audiências, deverá permanecer a faculdade do agravante quanto à forma escrita ou oral do recurso. Não obstante, entendemos que não deveria ser feita distinção entre as decisões interlocutórias proferidas na AIJ daquelas exaradas nas demais audiências, o que legitimaria a utilização da regra oral obrigatória em todas as hipóteses, indistintamente.

Em segundo lugar, teria sido melhor se a nova Lei tratasse da resposta ao agravo retido oral, que continuará submetida a dúvidas. Acreditamos que se o agravante é obrigado a usar a forma oral, para manifestar seu inconformismo e fundamentá-lo dentro da audiência, o agravado, por questão de isonomia, não poderá usar a forma escrita para contra-razoar o recurso.[13] Assim, se o agravado tiver a necessidade de uma dilação temporal para responder adequadamente ao recurso (por exemplo, no caso de juntada de uma grande quantidade de documentos ou da existência de mais de um agravo interposto por partes diferentes), deverá o juiz marcar, desde logo, data para a continuação da audiência e apresentação oral das contra-razões. Por outro lado, também acreditamos que, em caráter excepcional, o agravante poderá postular por nova data para apresentar seu agravo retido oral, se, no momento em que a decisão interlocutória for proferida, ele alegar e provar que não dispõe de dados ou documentos necessários para embasar sua impugnação. Com isso, será possível respeitar a oralidade do sistema, sem ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF).

Como visto, o agravante somente poderá utilizar da forma instrumental em face da decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento se a questão for daquelas que demandam imediata revisão, sob pena de causar dano irreparável ou de difícil reparação para o interessado. Fica, no entanto, a indagação do que deve ser feito no caso do relator, ao receber um agravo de instrumento nesta situação, entender que a questão deveria ter sido objeto de agravo retido.

Importante lembrar que a Lei nova fala que *"caberá agravo na forma retida"* e, como se sabe, o cabimento é um dos requisitos de admissibilidade dos recursos. De um lado, se converter o agravo de instrumento em agravo retido, estará enfraquecendo o sistema recursal pretendido pela Lei (os operadores, na dúvida, preferirão usar o agravo de instrumento). Por outro, se inadmitir o recurso, estará sancionando pesadamente o agravante com base num aspecto que tem enorme carga de subjetividade. A nosso ver, a questão deve ser resolvida à luz do princípio da fungibilidade, ou seja, a conversão só deverá ocorrer quando a matéria (cabimento da forma retida ou instrumental) for objeto de divergência na doutrina e jurisprudência. No entanto, se o agravante interpor um agravo retido escrito em face de uma decisão proferida em AIJ, entendemos que a solução única é inadmiti-lo.

Redação atual	Nova redação
"Art. 523..... *§ 4.º. Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença,*	*"Art. 527.....* *II – converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão*

[13] Neste sentido, dizendo que, interposto oralmente o agravo, o recorrido deve manifestar-se imediatamente, José Eduardo Carreira Alvim, **Novo Agravo**, 5.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 63.

salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida." *"Art. 527.....* *II – poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juiz da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente;"*	*grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;"*

Este novo dispositivo possui uma redação mais enxuta e clara em comparação com a norma atual. O objetivo original da Lei n.º 10.352/01, quando previu a possibilidade do relator converter o agravo de instrumento em agravo retido, deu a impressão de estar criando uma faculdade, por ter usado a fórmula *"poderá converter"*.[14] A doutrina, entretanto, desde a inclusão do dispositivo no CPC, sempre defendeu que tal medida representaria uma atividade vinculada, ou seja, não se tratando de hipótese que impusesse imediato julgamento, a conversão do agravo de instrumento em agravo retido seria um dever do relator.[15] Com a nova redação do art. 527, II, dizendo que o relator *"converterá"*, parece claro que o legislador adotou a segunda orientação. A contradição fica por conta do novo parágrafo único do art. 527: antes, quando a conversão deveria ser uma faculdade do relator, cabia o agravo interno em face desta decisão, agora, que se tornou um dever (melhor possibilitando seu controle), não cabe mais.

Seguindo no processo de depuração gramatical, a Lei eliminou a redundância de se falar em "*provisão jurisdicional de urgência"*, pois, como se sabe, esta situação está abarcada pelos casos onde há risco de lesão grave e de difícil reparação. Não havia também necessidade de se falar em *"lesão de incerta reparação"*, pois a norma já fala em *"difícil reparação"*. A referência à causação da lesão pela decisão impugnada, por sua vez, introduziu maior precisão técnica ao dispositivo. Foi acrescentado, ainda, parte do conteúdo que antes estava no parágrafo quarto do art. 523 do CPC, revogado pela nova Lei. A única alteração realmente inovadora foi a supressão da parte final do atual § 3.º do art. 527, que previa a possibilidade de se agravar internamente a decisão. Esta supressão vai de encontro à determinação contida no novo parágrafo único do art. 527, segundo o qual a decisão que converte o agravo de instrumento e agravo retido "*somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar*".

Digno de nota que, com a conversão do agravo de instrumento em retido, o cumprimento ou não do art. 526 do CPC torna-se irrelevante, pois o agravo, com seu instrumento, será "baixado" ao juízo ***a quo***, que, ao recebê-lo, deverá ouvir o agravado (exceto se este já ofertou suas razões na instância superior), formular juízo de retratação e, se este for negativo, reter o recurso. O juiz, neste

[14] Na exposição de motivos do projeto de lei que deu origem a Lei n.º 10.352/01, ficou assentado, em relação à possibilidade de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, que se trata "de faculdade, não de dever do relator, uma vez que, conforme as circunstâncias, o relator poderá vislumbrar a conveniência em, desde logo, solucionar a questão processual pendente".

[15] Neste sentido, veja-se José Antônio Almeida, **O Agravo Interno e a Ampliação dos Poderes do Relator**, p. 387, *in* Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambrier (Coord.), **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação**, v. VII, São Paulo: RT, 2003.

momento, não poderá reformular o juízo de admissibilidade feito pelo relator antes de converter o agravo, por lhe faltar atribuição legal para tanto.

Redação atual	Nova redação
"Art. 527..... *V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender conveniente; nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial;* *.....* *Parágrafo único. Na resposta, o agravado observará o disposto no § 2.º do art. 525."*	*'Art. 527.....* *V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial;"*

As alterações promovidas neste dispositivo são essencialmente de ordem gramatical. A substituição da expressão *"cópias das peças"* por *"documentação"*, por exemplo, conferiu maior precisão ao comando, sem que isso represente inovação no modelo atual. Na verdade, o principal objetivo do novo inciso é trazer para seu texto a referência, acerca dos requisitos que a resposta do agravado deve ter (§ 2.º do art. 525 do CPC), que antes estava no parágrafo único do art. 527 do CPC.

Redação atual	Nova redação
"Art. 527..... *VI – ultimadas as providências referidas nos incisos I a V, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias."*	*'Art. 527.....* *VI – ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do caput deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.*

Um olhar menos atento poderia concluir que não existe diferença entre a redação atual e a implementada pela Lei. De fato, aparentemente, não há maior relevância na supressão da referência aos incisos I (negativa de seguimento, nos casos do art. 557) e II (conversão do agravo de instrumento em agravo retido) do art. 527 do CPC como etapa necessária a ser percorrida, antes da oitiva do representante do Ministério Público. Para o Deputado Federal José Eduardo Cardozo, Relator do Projeto de Lei n.º 4.727/2004 na Câmara dos Deputados, entretanto, alteração do inciso VI teve por finalidade eliminar a necessidade de oitiva do Ministério Público nos casos referidos. Apesar da vontade do legislador, é obvio que, se o processo tiver a intervenção obrigatória do MP (art. 82 do CPC), depois de aplicadas as decisões mencionadas nos incisos I e II do art. 527, terá que ser ouvido o representante desta Instituição, sob pena de nulidade. Basta imaginar uma decisão monocrática do Relator que, num agravo de instrumento, acolhe a alegação de prescrição, extinguindo o processo com julgamento do mérito.

Assim, a conclusão que podemos chegar é que o relator do recurso, agora com respaldo legal, pode deixar para decidir sobre a negativa de seguimento do agravo de instrumento ou a sua conversão em agravo retido, após a manifestação do *Parquet*, enquanto que a redação atual do CPC determina que a oitiva do MP somente deverá ocorrer quando estas medidas já tenham sido ultimadas.

Redação atual	Nova redação
"Art. 527..... Parágrafo único. Na resposta, o agravado observará o disposto no § 2.ºdo art. 525."	*'Art. 527..... Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar."*

O novo parágrafo único do art. 527 do CPC traz duas determinações que não existiam no sistema atual. Em primeiro lugar, diz que as decisões *"liminares"* proferidas nos casos do inciso II (conversão do agravo de instrumento em agravo retido) e III (concessão de efeito suspensivo e tutela antecipada) só podem ser revistas no momento do julgamento do agravo. Em segundo lugar, afirma que o relator pode formular juízo de retratação em relação a estas decisões *"liminares"*.

Sempre existiu na doutrina e na jurisprudência quem defendesse que as decisões liminares proferidas monocraticamente pelo relator no julgamento do agravo de instrumento seriam insuscetíveis de agravo interno, por falta de previsão legal.[16] Por isso, embora esta orientação fosse minoritária,[17] não causou tanta surpresa sua adoção pelo legislador. A verdadeira aberração deste dispositivo, entretanto, foi o fato da Lei tratar como liminar a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido e vedar a sua impugnação por meio de agravo interno. Por isso, vamos tratar primeiro deste ponto.

Com é óbvio, a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido não é uma decisão liminar. Apesar da expressão ser equívoca, comportando diferentes acepções,[18] podemos definir a medida liminar como a forma de provimento judicial que materializa uma tutela de urgência no curso do processo.[19] Trata-se, de fato, de uma decisão interlocutória que não visa mover a marcha processual, mas sim produzir um efeito prático imediato para resguardar um direito, lesado ou sob risco de lesão, ou ainda a autoridade e a eficácia das decisões judiciais. Por isso, no caso da decisão prevista no inciso II do art. 527 do CPC, a sua natureza é evidentemente procedimental e não liminar. Por outro lado, não se tem notícia de quem tenha defendido que esta decisão não desafiaria agravo interno. Até porque, isso seria uma incoerência, uma vez que a utilização do agravo por instrumento, por si só, já pressupõem que o recurso demanda imediata apreciação. Em outras palavras, se a decisão impugnada puder gerar dano imediato, a conversão do agravo de instrumento em agravo retido equivale ao seu indeferimento parcial, pois faz com que o agravo perca muito sua utilidade. Basta imaginar um agravo de instrumento contra decisão que indeferiu um pedido de

[16] Neste sentido, veja-se, por todos, Estâfania Viveiros, **O Agravo Interno e a Ampliação dos Poderes do Relator**, p. 164, *in* Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambrier (Coord.), **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação**, v. VII, São Paulo: RT, 2003. Esta autora cita precedentes no STF e no STJ.

[17] Pela corrente majoritária, admitindo a interposição do agravo interno em face das decisões que deferem o efeito suspensivo e a tutela antecipada, veja-se, por todos, Cândido Rangel Dinamarco, na obra citada, p. 192.

[18] Acerca da discussão sobre o conteúdo da expressão liminar, veja-se Roy Reis Friede, **Medidas Liminares e Providências Cautelares Ínsitas**, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 3.

[19] Por todos, veja-se Luiz Guilherme Marinoni, **A Antecipação da Tutela**, 7.ª. ed., São Pauo: Malheiros, 2002, p. 30.

tutela antecipada. Uma vez convertido o recurso em agravo retido, sua utilidade vai praticamente a zero. A solução, neste caso, será a impetração de um mandado de segurança.

Diante dessas colocações, não nós resta alternativa senão condenar esta parte do dispositivo, à luz do princípio da efetividade. Destarte, uma das razões que motivou o legislador a promover a alteração do regime do agravo em 1995 foi afastar a utilização simultânea deste recurso com o mandado de segurança, fato absolutamente corriqueiro durante a vigência do sistema original do CPC.[20] Pois bem, com a nova redação atribuída ao parágrafo único do art. 527 do CPC será reaberta a possibilidade de interposição do mandado de segurança em face da decisão que converter o agravo de instrumento, em evidente retrocesso.

O mesmo se diga em relação às decisões verdadeiramente liminares, isto é, aquelas previstas no inciso III do art. 527 do CPC. Muito embora, como já salientado, tais decisões tivessem sua recorribilidade debatida, a vedação expressa ao agravo interno certamente também dará ensejo à impetração do remédio constitucional. Com efeito, dependendo da questão, a discussão sobre a liminar pode ser tão importante quanto o próprio julgamento do mérito do recurso. É o que normalmente ocorre quando se pede ao relator a concesssão do efeito suspensivo, que é provimento de natureza cautelar, necessariamente atrelado a uma situação de urgência (*periculum in mora*). Neste caso, se a decisão monocrática não puder ser submetida a imediata revisão, a razão de ser do recurso pode se perder.

Melhor teria sido se o legislador, ao invés de excluir seu cabimento, procurasse regular melhor o agravo interno, permitindo, por exemplo, que no seu julgamento fosse possível ao órgão decidir desde logo o mérito do agravo de instrumento, como já ocorre em relação ao agravo de instrumento para o STF e para o STJ (art. 544, §§ 3.º e 4.º, do CPC).

Não obstante, dispõe a parte final do texto em tela que as decisões "*liminares*" não poderão ser reformadas, "*salvo se o próprio relator a*[s] *reconsiderar*". Nos parece que a Lei quis criar um paliativo à absurda vedação ao agravo interno. A medida, no entanto, foi infeliz, uma vez que além de não afastar a possibilidade de uso do mandado de segurança, ainda é capaz de retardar o desfecho do julgamento do recurso. O juízo de retratação deverá ser provocado pelo interessado (agravado ou agravante ou ambos), por simples petição dirigida ao relator, ou procedida de ofício, nas hipóteses envolvendo matérias de ordem pública (art. 267, § 3.º, e 301 § 4.º, do CPC).

É preciso que se diga, também, que a interpretação literal deste dispositivo leva a entender que o relator poderia, em juízo de retratação, "reconverter" o agravo retido em agravo de instrumento. Acreditamos, entretanto, que a reconsideração citada somente deverá alcançar as decisões verdadeiramente liminares (inciso III) e não a que converte o agravo de instrumento em agravo retido. Da mesma forma, não se admite que o juiz, após ter recebido o agravo retido (originalmente retido ou de instrumento, transformado em retido pelo relator) "desreter" o recurso. Na hipótese do agravante trazer um fato novo que faça com que a matéria submetida ao agravo retido demande imediata apreciação, o juiz deve proferir uma nova decisão interlocutória e declarar a perda do objeto do recurso. Desta decisão caberá novo recurso, tanto se for positiva como negativa.

Art. 2.º da Lei n.º 11.187/2005.
"Art. 2.º. Esta Lei entra em vigor após decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação oficial."

[20] Sobre a utilização do mandado de segurança cumulativamente ao agravo, confira-se Athos Gusmão Carneiro, **O Novo recurso de Agravo**, 4.ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 82.

Sancionada no dia 19 de outubro e publicada no dia seguinte, a Lei nº 11.187 entra em vigor no dia 18 de janeiro do próximo ano, como determina o art. 8.º, § 1.º, da Lei Complementar n.º 95/98 . Todas as alterações, com exceção da nova redação atribuída ao parágrafo único do art. 527 do CPC, por serem regras procedimentais, serão aplicáveis às decisões proferidas depois da sua vigência ou, ainda, das decisões proferidas antes, desde que a publicação ocorra sob o império da nova Lei (art. 1211 c/c 463, ambos do CPC). No caso do novo parágrafo único do art. 527 do CPC, no entanto, tratando-se de norma sobre o cabimento de um recurso – o agravo interno –, temos que a disposição somente será incidente às decisões proferidas após 19 de janeiro de 2006, independentemente da sua posterior publicação.[21]

3. Conclusões.

Como dito, por ter acompanhado, desde seu nascedouro, a tramitação do Projeto de Lei n.º 4.727/04, que deu origem à Lei n.º 11.187/05, sentimo-nos qualificado para, ainda que superficialmente, apresentar algumas reflexões sobre este novel diploma legal, na esperança de poder não apenas divulgar o texto legal, mas também fomentar o debate sobre seus pontos mais relevantes.

Inicialmente, ressaltamos que a nova Lei buscou definir como regra de interposição dos agravos de primeira instância a forma retida, reservando a forma instrumental aos casos excepcionais, onde a decisão impugna puder causar lesão grave e de difícil reparação. Da mesma maneira, sublinhamos que o legislador buscou definir a obrigatoriedade da interposição oral dos agravos retidos propostos em face das decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento. Lamentamos, naquele passo, que a norma não tenha tratado da oralidade da resposta do agravado ou da incidência da regra sobre decisões interlocutórias proferidas em outras audiências que não as de instrução e julgamento.

Por fim, verificamos que o novo parágrafo único do art. 527 do CPC possui uma impropriedade de extrema gravidade, que pode ser taxada de inconstitucional. Com efeito, a norma proibiu a utilização do agravo interno em face das decisões monocráticas do relator sobre a conversão do agravo de instrumento em agravo retido e sobre a concessão do efeito suspensivo e da tutela antecipada recursal, abrindo caminho para a impetração do mandado de segurança nestas hipóteses.

4. A íntegra do texto da Lei n.º 11.187, de 19 de outubro de 2005.

Lei n.º 11.187, de 19 de outubro de 2005.

Altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências.

O Presidente da República:
Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º. Os arts. 522, 523 e 527 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

---

[21] Sobre as regras específicas do direito intertemporal dos recursos, conferir, por todos, Nelson Nery Junior, **Princípio Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**, 5.ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 427.

'Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

.....' (NR)

'Art. 523.....

.....

§ 3.º. Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.' (NR)

'Art. 527.....

.....

II – converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;

.....

V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial;

VI – ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do caput deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.' (NR)

Art. 2.º. Esta Lei entra em vigor após decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação oficial.

Art. 3 É revogado o § 4.º do art. 523 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Brasília, 19 de outubro de 2005; 184.º da Independência e 117.º da República.
LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Márcio Thomaz Bastos
Publicada no DOU de 20/10/2005.

5. Referências.

ALMEIDA, José Antônio. **O Agravo Interno e a Ampliação dos Poderes do Relator**, NERY JR. Nelson; WAMBRIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação**, v. VII, São Paulo: RT, 2003.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Novo Agravo**, 5.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, v. II, 10.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **O Novo recurso de Agravo**, 4.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIDIER JR., Fredie, **Questões Controvertidas Sobre o Agravo (Após as Últimas Reformas Processuais)**, *in* NERY JR. Nelson; WAMBRIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação**, v. VII, São Paulo: RT, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel . **A Reforma da Reforma**, 4.ª ed., São Paulo: RT, 2003.
FRIEDE, Roy Reis. **Medidas Liminares e Providências Cautelares Ínsitas**, 2.ª. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**, 7.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1958.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. V, 11.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004
NERY JUNIOR, Nelson. **Princípio Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**, 5.ª ed., São Paulo: RT, 2000.
ROCHA, Felippe Borring. **Projeto de Lei n.º 3.253/04: Uma Revolução na Execução Civil**, **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 660, 27 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6646>. Acesso em: 22 out. 2005.
_____. **Uma Análise Crítica da Teoria Geral dos Recursos,** Dissertação de mestrado, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, defesa em 19 de agosto de 2002.
_____.**Uma Proposta de Revisão do Conceito de Recurso,** Revista de Direito da ADPERJ, ano I, n.º 1, RJ: Lumen Juris, 2002.
VIVEIROS, Estâfania. **O Agravo Interno e a Ampliação dos Poderes do Relator**, *in* NERY JR. Nelson; WAMBRIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação**, v. VII, São Paulo: RT, 2003.

DIREITO FUNDAMENTAL AO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO: DA APLICAÇÃO NA REMIÇÃO DE PENA

Flávio Pavlov [1]

I — INTRODUÇÃO

A realidade das unidades prisionais fluminenses apresenta àqueles que militam neste meio uma indisfarçável e profunda exclusão no que tange às atividades laborativas dos internos.

Não constitui demasia enfatizar, neste ponto, que disponibiliza o Estado ínfimas vagas para que os presos possam desempenhar este tipo de atividade. Ademais, precárias são as condições de trabalho e reduzido o número de internos que auferem remuneração em razão do exercício de suas funções.

Não obstante essa realidade, a LEP (Lei n.º 7210, de 11 de julho de 1984) representou, neste contexto, um significativo avanço da dogmática penal em relação ao tratamento dos indivíduos sujeitos à pena privativa de liberdade. A maior jurisdicionalização da execução penal mereceu aplausos da doutrina mais autorizada, restando ultrapassada a visão de que tal fenômeno era algo eminentemente pertencente à seara administrativa.

Neste sentido, é correto afirmar que a LEP é um diploma protetor do penalmente executado pelo Estado, um verdadeiro Estatuto do Preso, assegurando-lhe direitos e prerrogativas (sem, contudo, deixar de lhe impor diversos deveres). Ao buscar a promoção de valores centrais no nosso ordenamento jurídico, como a dignidade da pessoa humana, representou o referido diploma legal, ao menos no campo teórico, a humanização da execução da pena.

A sistematização na Lei 7210 da disciplina da atividade laborativa desenvolvida pelo preso (arts. 28/37) e da possibilidade de remição da pena em razão do trabalho (arts.126/130) constituíram, nesta perspectiva, um significativo avanço no projeto de ressocialização do ingresso no sistema carcerário.

O presente estudo pretende sustentar a possibilidade de obtenção de remição de pena para o trabalho do preso calculada também sobre os dias de repouso ou descanso semanal, com aplicação da sistemática legal comum a qualquer atividade laborativa, como veremos.

Antes de prosseguir no exame do tema proposto, cabe fixar a premissa básica que deve nortear a compreensão e interpretação de todos os dispositivos referentes ao trabalho dos presos: a concepção do direito ao repouso semanal remunerado como direito fundamental.

II — DO DIREITO FUNDAMENTAL AO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO: VERDADEIRO CONSECTARIO LÓGIGO DO DIREITO AO TRABALHO

A previsão legal do repouso semanal aos domingos transformou um costume da civilização ocidental, oriundo de preceito religioso, em regra cogente. Remonta, no nosso ordenamento jurídico, conforme assinalado em termos precisos pelo Min. Sepúlveda Pertence no seu voto proferido no julgamento da ADI 1675-MC, ao Decreto 21186/32, do Governo Provisório.

A Constituição de 1934 contemplou-o como direito fundamental do trabalhador em seu art. 121, alínea “e”, o que foi repetido pelo disposto no art. 137, alínea “d” da Constituição outorgada de 1937, abrindo espaço para sua regulamentação na CLT (D.L. n.º 5.452, de 1º de maio de 1943).

No entanto, a atual formatação do art. 7º, inciso XV, dispositivo constitucional que regulamenta a matéria, teve origem no art. 157, inciso VI da Constituição de 1946, onde foi disciplinada a remuneração do repouso semanal, a ser concedido preferencialmente aos domingos.

Traçado este breve histórico, cumpre destacar, conforme argutamente apontado por Ivo Dantas[2], que o mundo contemporâneo, sobretudo no período posterior a 1917 (México) e

[1]Procurador da República do Rio Grande do Sul, ex-Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

1919 (Weimar), assistiu a uma ampliação do conceito material de constituição, no qual se deve destacar a inclusão, em seus textos, dos chamados Direitos Sociais, em cuja abrangência conceitual encontram-se os Direitos Trabalhistas expressamente consagrados.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, já em seu art.1º consagra "os valores sociais do trabalho" como um dos princípios fundamentais da República. Trata-se de um dos valores que o legislador reputou como mais básicos e essenciais da nação brasileira, para o qual se devem voltar todos os Poderes Estatais.

Neste passo, lógica é a conclusão de que o ordenamento jurídico nacional protege de forma incontestável o direito ao trabalho, que encontra guarida desde o ápice do sistema jurídico — a Constituição da República — até a normativa infra-constitucional.

O Estado, compreendido como uma forma de organização da sociedade civilizada, estrutura-se em função do indivíduo, forjado para permitir o convívio humano e a agregação social. O princípio do respeito aos valores sociais do trabalho representa a vitória da concepção de que o engajamento humano às atividades laborais enriquece o tecido social e fomenta no indivíduo o sentimento de inclusão em uma comunidade. Neste sentido, compreendido dentre os fins últimos do Estado, não pode estar tal princípio senão no ápice do catálogo valorativo da legislação nacional.

Mas o legislador constituinte não parou aí. Em seguida, no Título II, denominado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", mais precisamente no art.6º, diz a CF/88: "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, (...)", consagrando o direito ao trabalho como direito fundamental. A barreira de proteção de tão relevante direito, verdadeiro pilar do nosso ordenamento jurídico, importa na tutela de outros direitos fundamentais diretamente dele decorrentes, verdadeiros consectários lógicos, mas não com ele confundíveis, como o direito ao repouso semanal remunerado.

A consagração dos direitos sociais como direitos fundamentais, todavia, não é restrita aos textos constitucionais e às obras doutrinárias, encontrando ampla repercussão também na jurisprudência dos tribunais de todo país. Isto fica bem evidente, por exemplo, nas ações movidas por pessoas hipossuficientes visando à obtenção de fornecimento compulsório de medicamentos de uso contínuo em face de entes públicos, que abarrotam as varas de Fazenda Pública da Justiça Estadual e têm sido amplamente admitidas, inclusive com deferimento de antecipação de tutela, com supedâneo no direito fundamental à saúde consagrado no art. 196 da Constituição da República. Tal entendimento encontra eco em recentes julgados do STJ e do STF[3], que já rechaçaram a tese de que a norma contida no referido dispositivo é tão-somente programática, não ensejando um direito subjetivo do cidadão oponível em face do Estado.

Corrobora esta tese o entendimento esposado recentemente no RE-436996[4], em decisão da lavra do Min. Celso de Mello, tratando, na hipótese, do direito social fundamental à educação, vazada nos seguintes termos:

> "A Turma manteve decisão monocrática do Min. Celso de Mello, relator, que dera provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado-membro que, em ação civil pública, afirmara que a matrícula de criança em creche municipal seria ato discricionário da Administração Pública - v. Informativo 407. Tendo em conta que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível (CF, art. 208, IV), asseverou-se que essa não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Entendeu-se que os Municípios, atuando prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º), não poderão eximir-se do mandamento constitucional disposto no aludido art. 208, IV, cuja eficácia não deve ser comprometida por juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade. Por fim, ressaltou-se a possibilidade de o Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sempre que os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos políticos-jurídicos, de modo a

---

[2] DANTAS, Ivo. *Jurisdição Constitucional e a Promoção dos Direitos Sociais*. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey: 2003.pp. 439/442.
[3] Vide, a título exemplificativo, o RE 393175/RS.
[4] Informativo STF n.º 410.

> comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional". (RE 436996 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, 22.11.2005).

Assim, de acordo com o entendimento amplamente prevalente, os direitos sociais são tidos como direitos fundamentais e, por conseguinte, a restrição a tais direitos deve conter limites, sob pena de se ferir de morte a cláusula pétrea disposta no art. 60, § 4º, IV, da CR que, ao se referir a "direitos e garantias individuais", deve merecer, segundo a doutrina mais abalizada[5], interpretação extensiva (*"lex dixit minus quam voluit"*).

Esta constatação importa em inúmeras conseqüências relevantes, notadamente no campo da eficácia e interpretação dos dispositivos garantidores de direitos humanos.

III — DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA BREVE INCURSÃO

Os direitos fundamentais possuem eficácia mais ampla que os direitos subjetivos clássicos, cunhados há séculos pelo direito romano e que até hoje habitam as páginas do direito privado. A sistemática dos direitos fundamentais está ligada ao direito público, não podendo ficar atada ao mero sinalagma privatista, que ao direito subjetivo liga, necessariamente, um dever jurídico análogo.

Não pretendemos tolher esta importante conseqüência dos direitos humanos: a possibilidade que se confere ao seu titular de exigir deveres para o respeito do que é garantido legal e constitucionalmente ao homem. No entanto, ao lado da eficácia dos direitos humanos como direitos subjetivos (públicos, mas direitos subjetivos), lugar comum na doutrina constitucionalista mais abalizada atualmente é a concepção da denominada eficácia objetiva (ou interpretativa) dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva complementa a subjetiva e agrega-lhe, conforme ressalta José Carlos Vieira de Castro[6], uma "mais valia", conferindo proteção reforçada a tais direitos, por meio de esquemas que transcendem a estrutura relacional típica dos direitos subjetivos. Na esteira da lição de Robert Alexy[7], o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não significa desprezo à sua dimensão subjetiva, mas reforço a ela.

Nesta linha de raciocínio, pela teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais — adotada com pujança na Alemanha do segundo pós-guerra — à medida que os direitos fundamentais concretizam os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não se resumem à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam necessitam irradiar-se para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e norteando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Passa-se a entender, a partir daí, que não basta que os Poderes Públicos abstenham-se de violar tais direitos, exigindo-se que eles os protejam ativamente contra agressões e ameaças provindas de terceiros.

Pode-se assinalar, assim, dois efeitos marcantes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ambos aplicáveis ao caso em tela: 1) a eficácia "irradiante" dos referidos direitos, e 2) a teoria dos deveres de proteção.

Extremamente significativa, a tal respeito, a observação de Sarmento, tratando especificamente do primeiro dos efeitos acima arrolados:

> "(...) os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a 'humanização' da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional" ("A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais":

[5] Neste sentido, DANTAS, *Op. Cit*, p. 440.
[6] ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*". Coimbra: Almedina, 1998, p. 165. Apud. SARMENTO, D. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite.*Op. cit*. p 256.
[7] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Galzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 508. Apud. *Idem, ibidem*

> Fragmentos de uma Teoria, in Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais – Coordenador José Adércio Leite Sampaio, Ed. Del Rey – Belo Horizonte – 2003, p. 279).

Neste sentido, o legislador infra-constitucional, ao editar a Lei de Execuções Penais, estabelece relação evidente entre o trabalho do apenado e os princípios constitucionais de proteção ao labor.

Por seu turno, ao abordar o segundo efeito supramencionado, complementa o eminente constitucionalista:

> "A teoria contemporânea dos direitos fundamentais afirma que o Estado deve não apenas abster-se de violar tais direitos, mas também proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindo de terceiros. Esse dever de proteção envolve as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana." (*Op. cit.,* p. 294)

Nesta linha de raciocínio, o não-reconhecimento do direito fundamental ao repouso semanal do trabalhador apenado no computo da remição de pena, prática reiterada da Administração Penitenciária, configura patente coação ilegal, atentatória à liberdade de locomoção do trabalhador apenado, sanável pelo manejo do *habeas corpus*, verdadeira garantia constitucional (art. 5º, inciso LVIII, da CRFB/88), regulamentada nos artigos 647 *usque* 667 do CPP.

Do exposto, assume inquestionável valor a inarredável conclusão lógica de que, se ao Estado incumbe, através de seus três Poderes, o dever de proteção dos direitos fundamentais quando estes são violados por terceiros, com muito mais razão é imposto ao Estado Juiz a correção de práticas adotadas pelo Estado Administração em franco desrespeito a tal categoria especial de direitos.

IV — DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS NORMAS TRABALHISTAS QUE TUTELAM A FIGURA DO TRABALHADOR

Não poderia um exame dos princípios constitucionais relativos ao trabalho escapar de uma interpretação sistemática da constituição, conjugando os preceitos específicos das relações de trabalho com outros que denotem o projeto desenhado pelo legislador constituinte.

Luís Roberto Barroso assinala que "a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes".[8]

A concepção de sistema, aplicável ao ordenamento jurídico como um todo, projeta-se sobre a Lei Maior através do princípio da unidade da constituição, que impõe ao intérprete o dever de conciliar harmonicamente seus preceitos, ainda que frutos de interesses e representantes de valores conflitantes.[9]

Neste sentido, existe profunda conexão entre o direito fundamental ao trabalho e a dignidade da pessoa humana, também erigida, pela Carta de 1988, ao patamar de princípio fundamental, e que determina a opção ideológica do Estado brasileiro, de proteção, integração e socialização do homem, bem como a proteção de sua higidez corporal e mental.

A dignidade da pessoa humana, migrando do texto constitucional, foi absorvida pelo legislador da execução penal, sensível ao espírito que a Constituição quis incutir no ideário normativo brasileiro.

Inicia o legislador da execução penal o capítulo que rege o trabalho do apenado com o seguinte preceito:

> "Art.28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva."

---

[8] BARROSO, Luís Roberto*. Interpretação e Aplicação da Constituição.* 3ª ed.:São Paulo: Saraiva: 1999*.* p. 188.

[9] *Idem, ibidem.*

De fato, a finalidade do trabalho do apenado, além de representar considerável fonte de renda para a família do preso, que tanto sofre com as repercussões econômicas da custódia de um de seus membros, deve incentivar sua ressocialização, motivando o apenado a aprender novos ofícios e se ocupar com atividades saudáveis durante sua vida carcerária, evitando que sua custódia, ao invés de representar sua reinserção na sociedade, transforme-se em uma "universidade do crime" diante de perene e degradante ociosidade.

V — DA RAZOABILIDADE COMO "MANDADO DE JUSTIFICAÇÃO OBJETIVA DAS DISTINÇÕES"[10]

O principio da isonomia tutelado constitucionalmente no *caput* e inciso I do art. 5º da Constituição da Republica impõe tratamento igualitário àqueles que se encontram na mesma situação jurídica. Tal concepção substancial de igualdade, há muito referida por Rui Barbosa com inspiração na "equality of results" do direito constitucional norte-americano, nos permite utilizar a razoabilidade, no sentido de mandado de justificação objetiva das distinções, como forma de exigir uma justificativa objetiva para tratamentos diferenciados por parte do legislador ou da administração.[11]

Com efeito, de uma breve exposição empreendida a seguir, compreender-se-á não haver no ordenamento jurídico pátrio preceito constitucional ou legal apto a afastar a interpretação ora propugnada.

Conforme será demonstrado, no que concerne à justificativa do direito fundamental ao repouso semanal remunerado, não há uma diferença substancial da atividade laborativa exercida pelo trabalhador livre daquela exercida pelo trabalhador que cumpre uma pena privativa de liberdade, apta a ensejar a discriminação deste quanto à percepção de contraprestação pelo seu trabalho – consistente não apenas na remuneração, como também na remição de pena, apurada inclusive sobre os dias de descanso.

Igualmente, ainda que houvesse um dispositivo legal afastando expressamente a possibilidade de a remição ser computada sobre os dias de repouso semanal, diante da acepção da razoabilidade supramencionada, pouco provável seria que tal preceito normativo pudesse escapar imune à declaração de inconstitucionalidade.

VI — DO REPOUSO SEMANAL

O trabalho do preso, embora guarde peculiaridades em relação ao trabalho em geral, aquele típico das relações empregatícias disciplinadas pelo direito do trabalho, também deve ser realizado em respeito ao complexo de condições mínimas de dignidade que permitam o exercício de atividades laborativas, sem que isto represente situação ofensiva à sua saúde e integridade física.

O repouso semanal, ou seja, um intervalo após uma semana de trabalho, foi idealizado, neste sentido, como meio de recompor as forças do trabalhador e proteger sua higidez física e psicológica das maléficas conseqüências que poderiam advir de uma ininterrupta e estafante rotina empregatícia, como os acidentes de trabalho.

Visando a tutelar a saúde humana, o descanso semanal do trabalho pode ser compreendido como concretizador da dignidade da pessoa humana, guardando neste princípio seu fundamento constitucional.

Não obstante decorrer deste importante preceito normativo, também o legislador infra-constitucional seguiu rumo semelhante. Se, por um lado, a LEP exclui a aplicação da CLT ao trabalho do preso, evidentemente buscou nos princípios e valores do direito constitucional e legal trabalhista a inspiração para a disciplina do labor carcerário. Logo, podemos colher dos ensinamentos dos autores trabalhistas o fundamento do direito ao repouso semanal, que, de toda

[10] A expressão é de SAMPAIO. José A. Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey: 2003. *Retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional*. p. 83
[11] *Idem, ibidem.*

sorte, é o mesmo para todas as formas de trabalho, ainda aquelas não diretamente tuteladas pelas leis trabalhistas. Em relação ao repouso, doutrina Arnaldo Sussekind:

> "Com a instituição do descanso semanal obrigatório do trabalhador, o Estado visa, sobretudo, a eliminar a fadiga gerada pelo trabalho (fundamento biológico); possibilitar a prática de atividades recreativas, culturais e físicas, bem como o convívio familiar e social (fundamentos sociais)".[12]

Trata-se de direito irrenunciável do apenado, já que compreendido dentro do complexo mínimo de dignidade permitida pelo Estado – através da ingerência nas relações privadas, movimento conhecido por dirigismo contratual – para o desempenho de atividade laborativa. E, como se sabe, dentro desse estatuto mínimo, não pode o trabalhador renunciar ao descanso.

Assim, estabelece a LEP, em seu art.33, a jornada de trabalho para os internos, assegurando-lhes o descanso nos domingos e feriados.

VII — DO CÁLCULO DE TODOS OS BENEFÍCIOS LEGAIS SOBRE O PERÍODO DE REPOUSO

Ora, ao mesmo tempo em que intervém nas relações laborais, impedindo que haja trabalho ininterrupto e impondo o descanso obrigatório, não pode o Estado negar ao trabalhador que todos os demais direitos que aquele, através da lei, lhe assegura, sejam conciliados com o repouso. Vale dizer, não pode o ente estatal "dar com uma mão e tirar com outra".

Portanto, após a universalização do direito fundamental ao repouso (inclusive com previsão nos textos constitucionais, consoante assinalado acima), fixou-se rígido entendimento no sentido de que todos os demais benefícios legais do trabalho seriam *calculados também sobre os dias de descanso*. Assim ocorre, diuturnamente, com a remuneração, férias, etc. O trabalhador, v.g., apesar de descansar semanalmente, recebe seu salário com base em 30 dias, e não somente sobre os 20 ou 24 que efetivamente trabalhou.

Torna-se imperativa, no campo da execução penal, a aplicação da mesma sistemática também para o benefício da remição de pena. Imposto ao preso o descanso semanal, sendo-lhe defesa a prática de atividade laborativa neste tempo, deve o Estado considerar tal período para fins de remição de pena.

VIII — DA CONTAGEM DA REMIÇÃO NA DICÇÃO DA LEP

Com efeito, a LEP dispõe, em seu art.126, que a remição dar-se-á na proporção de "1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho".

Primeiramente, em se tratando de direito fundamental, expressão da dignidade humana e, além disso, de uma norma concessiva de direitos, devem os preceitos referentes ao trabalho do apenado, como visto, serem interpretados sempre em favor do sujeito de direitos — o homem. Logo, a expressão legal "dias de trabalho" deve ser compreendida como "dias trabalhados somados aos dias de descanso obrigatório".

O legislador não optou por utilizar a fórmula "dias efetivamente trabalhados", o que decerto excluiria a possibilidade de remição dos dias de repouso. E, diante dessa opção legislativa, não se pode interpretar a lei — frisemos: um direito fundamental — em desfavor do indivíduo.

Também não se pode argumentar que os demais benefícios legais utilizados como parâmetro analógico — o salário, por exemplo — são calculados com base em meses e não em dias, como a remição.

---

[12] SUSSEKIND, Arnaldo *et alii*. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 11ª Ed., vol. II, p.740.

Ora, quando um trabalhador falta um dia de serviço é descontado de seu salário a fração ideal de 1/30 (um trinta avos), e não 1/22 (um vinte e dois avos) ou qualquer outra semelhante, prova de que também o salário é contabilizado em dias, computando-se, porém, no cálculo da remuneração, os dias de repouso.

Impende salientar ainda que o trabalhador diarista, ou mesmo o horista, tem também seu direito ao repouso remunerado assegurado pelo ordenamento jurídico.

IX — DO DISPOSTO NO ART. 28 §2º DA LEP

A Lei de Execuções, em seu art. 28, §2º, exclui o trabalho dos apenados da incidência das leis trabalhistas, o que poderia ser argumentado contra a tese exposta no texto.

No entanto, o simples fato da LEP ter excepcionado a aplicação da CLT ao trabalho dos apenados não retira validade da tese exposta, já que a lei somente procura disciplinar as peculiaridades do labor carcerário, como, aliás, ocorre nas diversas modalidades especiais de trabalho. Por exemplo, os regimes dos agentes públicos em sentido amplo, dos servidores públicos, dos militares, etc., todos excluídos da disciplina da CLT, também comportam o descanso semanal remunerado e prevêem o cálculo dos demais benefícios e direitos também sobre os dias de repouso.

Assim dispõe, na esteira do que foi exposto acerca da contagem da remuneração com base em dias, por exemplo, a Lei 8112/90, reguladora do regime dos servidores públicos federais, no capítulo I do título III (remuneração):

> "Art.44 — O servidor perderá:
> I — a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado."

Por outro lado, cabe ressaltar que nenhuma disposição legal existente ordena o desconto dos dias de repouso do salário dos presos, o que importa em compreender que o próprio Estado admite o cômputo dos dias de repouso para fins salariais do apenado, o que deve ser aplicado também à remição.

IX — CONCLUSÕES

1. Prevalece no direito contemporâneo, por forte influência do eminente jusfilósofo pós-positivista Karl Larenz, o movimento denominado "jurisprudência dos valores", que busca, através de uma interpretação baseada na pluralidade metodológica, traduzida na inexistência de proeminência de determinado método de interpretação sobre os outros, um maior equilíbrio entre os dois valores que estruturam toda a ordem jurídica: a segurança e a justiça.

Nesta perspectiva, seja pela interpretação literal do artigo 126 da LEP (que não exige expressamente o dia efetivamente trabalhado para fins de remição), seja pela interpretação teleológica da LEP (verdadeiro diploma protetor do executado penalmente em face do Estado), e, sobretudo, pela interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais aplicáveis à matéria (tendo em conta, especialmente, a eficácia irradiante do direito ao repouso remunerado), a exegese proposta mostra-se calcada em sólidos fundamentos.

2. O desrespeito do Estado Administração a tão basilar direito fundamental — repita-se: de espeque constitucional — exige uma postura combativa dos operadores do direito que militam na execução penal, com o acolhimento da tese ora defendida. A omissão do Poder Executivo em observar de forma reiterada os ditames constitucionais e legais que regulamentam a matéria deve ser submetida à apreciação jurisdicional pela via do *habeas corpus*, *remedium juris*[13] destinado a tutelar, de maneira rápida e imediata, a liberdade de locomoção.

A disciplina do remédio constitucional autoriza, inclusive, a expedição de ofício pelos juízes e tribunais da ordem de *habeas corpus*, sempre que se verificar no curso do processo

[13] TOURINHO Filho, Fernando da Costa. *Pratica de Processo Penal*, São Paulo: 20 ed.: Saraiva: 1998. p. 583.

que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal ao direito de ir e vir (v. CPP, art. 654, § 2º). Tal dispositivo coaduna-se perfeitamente com o prestigiado dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, segundo corolário da dimensão objetiva desta relevante categoria de direitos.

3. À guisa de conclusão, cabe relembrar o sempre atual ensinamento de Clemerson Mérlin Cléve, no sentido de que os direitos fundamentais não são concessão, não estão a disposição do Estado, não são aquilo que o Estado diz. Pelo contrário, este sim deve estar à disposição dos direitos fundamentais para buscar a sua plena concretização.[14]

[14] CLÉVE. Clémerson Merlin. *O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. *In* SAMPAIO. José A. Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey: 2003. p. 392.

TUTELA DA INFORMAÇÃO E VOCAÇÃO IRRADIANTE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

José Augusto Garcia[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Informação e mundo – 3. O enquadramento jurídico da informação – 4. O Código de Defesa do Consumidor e o princípio da transparência máxima das relações de consumo: 4.1 Transparência e esfera contratual; 4.2 Transparência e publicidade; 4.3 Transparência e bancos de dados e cadastros de consumidores; 4.4 Transparência e responsabilidade civil; 4.5 Transparência e área processual – 5. A vocação irradiante do Código de Defesa do Consumidor – 6. Síntese final: as principais idéias do texto.

RESUMO: O primeiro propósito deste trabalho é celebrar a relevância que tem sido conferida entre nós ao *princípio da transparência máxima das relações de consumo.* Além disso, deseja-se, partindo do campo da informação, assinalar a sintonia axiológica existente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição de 1988, com a conseqüente expansão da força normativa do primeiro, a chamada "vocação irradiante" do CDC, evidenciando tal fenômeno a significativa contribuição do estatuto consumerista para o aperfeiçoamento da ordem jurídica brasileira, até mesmo fora dos lindes do direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Informação – Princípio da transparência – Código do Consumidor – "Vocação Irradiante" – Força normativa – Ordem constitucional brasileira

1. INTRODUÇÃO

No começo de 2004, as páginas da Revista *Veja* foram tomadas por campanha publicitária de consideráveis proporções, relativa ao tabagismo. Estes foram alguns dos títulos das mensagens veiculadas: "O consumo de cigarros entre os jovens é um problema"; "Não suponha que os cigarros com menos alcatrão são mais seguros ou melhores para você"; "É possível fazer um cigarro menos nocivo?".[2] Seguiam-se textos de página inteira alertando para os efeitos deletérios do hábito de fumar, principalmente entre os jovens.

É, pensará o leitor, a propaganda antitabagista está cada vez mais forte no Brasil... Ocorre que não se tratava de propaganda antitabagista. Na verdade, as mensagens foram patrocinadas, pasme o mesmo leitor, pela Philip Morris International! E os textos das mensagens acompanhavam fielmente a idéia passada pelos títulos acima reproduzidos. Chegava a dizer a Philip Morris, em sua surpreendente campanha: "Não existe cigarro seguro. Se estiver preocupado com os efeitos do consumo de cigarros sobre a sua saúde, você deve parar de fumar. Para obter mais informações sobre teores de alcatrão e nicotina ou como parar de fumar, visite a nossa página na Internet: www.pmintl.com.br".

Qual a lógica da campanha? Já se viu um *shopping center* patrocinar o ascetismo? Ou uma churrascaria louvar as virtudes da dieta vegetariana? A Philip Morris enlouqueceu? Ou será o fim dos tempos (ou o fim da história, na conhecida fábula de Francis Fukuyama) que realmente se aproxima?

Quanto à hipótese do enlouquecimento da Philip Morris, é pouco provável... Até porque campanhas parecidas estão sendo realizadas por outros gigantes do mundo corporativo. Para ficar em só mais um exemplo recente, veja-se a ampla campanha desenvolvida pelo Banco Itaú, em prol do uso consciente do crédito ("Crédito. Use com moderação."). Se não enlouqueceram, o que pretendem Philip Morris e Banco Itaú quando fazem campanhas voltadas para a contenção da demanda relativa aos produtos e serviços que oferecem?

A resposta à última indagação do parágrafo anterior passa pelo tema deste artigo. Passa pela estupenda valorização do *direito à informação*, em especial na seara consumerista, tendo como contraponto o acirramento do *dever de informar* por parte de fornecedores de produtos e serviços. Passa pela certeza de que, havendo falhas em relação ao dever de informação, fica bastante delicada a situação judicial do fornecedor, se demandado com

[1] Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Professor de Direito Processual Civil da UERJ.
[2] Revista *Veja*, edições de 14/01/04, 28/01/04 e 11/02/04.

base no Código de Defesa do Consumidor.[3] Por sinal, no que toca aos fabricantes de cigarro, suas cautelas têm-se aguçado por força de embates judiciais cada vez mais duros. Assim, uma atitude profilática obrigatória, para tentar evitar prejuízos sérios, passa a ser exatamente esta: informar, informar, informar. Ou seja, correr o risco de perder os anéis, mas salvando os dedos.[4]

Eis aí, então, o primeiro propósito deste trabalho: celebrar a relevância que tem sido conferida entre nós ao *princípio da transparência máxima das relações de consumo.*[5] Tal celebração importará o arrolamento de inúmeros casos concretos decididos pelos tribunais brasileiros com base no princípio da transparência.

É claro que falar em informação é falar também em participação, cidadania, democracia. E assim se descortina outra meta deste artigo: assinalar a notável sintonia existente entre o CDC e a Constituição de 1988, com a conseqüente expansão da força normativa do primeiro. Essa sintonia é observada com nitidez quando tratamos da tutela da informação no CDC, mas sem dúvida extrapola o campo da informação. Pode-se dizer que o sistema *geral* do CDC reproduz com fidelidade, no plano infraconstitucional, a tábua axiológica trazida pela Carta Magna de 88, razão pela qual o direito do consumidor tem contribuído intensamente para o aperfeiçoamento da ordem jurídica brasileira, até mesmo fora dos lindes do direito privado. Essa "vocação irradiante" do CDC também será alvo das nossas atenções, na parte final do trabalho, após a abordagem da tutela da informação no plano consumerista.

Antes porém de enfrentar a questão da informação nas relações de consumo, cumpre visitar, brevemente que seja, alguns estações propedêuticas.

2. INFORMAÇÃO E MUNDO

É difícil fugir dos truísmos quando se comenta a transcendência da informação no mundo globalizado do século XXI. Não que a informação já tenha sido artigo desimportante em alguma fase da história. Tratando-se o homem de ser eminentemente gregário, a comunicação sempre lhe foi indispensável, mesmo nas eras mais toscas e primitivas da sociedade humana. Nos últimos tempos, porém, chegamos ao zênite. Nunca houve tanta comunicação, nunca houve tanta troca de informações. Segundo um emérito estudioso do tema, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, o homem contemporâneo experimenta um "bombardeio diário" de proporções impressionantes: "A informação hoje recebida por uma pessoa em apenas um dia corresponde a anos de informação recebida pelo homem há duzentos anos atrás."[6] Não pode haver qualquer dúvida de que uma verdadeira revolução instalou-se entre nós, a *revolução da informação* — uma revolução fantástica, mas de rumos indefinidos (como sói ocorrer com as revoluções em geral).

É claro que tamanha revolução pode trazer efeitos bastante positivos em inumeráveis campos da vida humana, ou melhor, em *todos* os campos da vida humana. "Pela primeira vez", diz o grande Umberto Eco, "a humanidade dispõe de uma enorme quantidade de informação a baixo custo. No passado, essa informação era dispendiosa, implicava comprar livros, explorar bibliotecas. Hoje, do centro da África, se você estiver conectado,

---

[3] Inúmeras, por óbvio, serão as menções ao Código de Defesa do Consumidor. Por razões práticas, permitiremo-nos usar, daqui para a frente, a forma abreviada — "CDC".

[4] Na verdade, sabe-se que a indústria do tabaco continua faturando de maneira esplêndida, principalmente em países periféricos (segundo o *Jornal do Commercio* de 28/01/05, p. B-3, a líder do mercado brasileiro de cigarros, a Souza Cruz, obteve em 2004 uma receita bruta de vendas de R$ 7,514 bilhões — crescimento de 10,4% em relação a 2003 —, com lucro líquido consolidado de R$ 732 milhões; em 2005, consoante a Revista *Veja*, edição de 01/03/06, p. 67, a Souza Cruz, com lucro de R$ 693 milhões, ficou em décimo lugar na lista das empresas brasileiras que mais lucraram no ano). De toda sorte, doutrina e jurisprudência brasileiras começam a despertar para a tormentosa questão da responsabilidade civil dos fabricantes pelos males causados a fumantes (ativos e passivos). Para uma combativa defesa da responsabilização das empresas, confira-se Guilherme Ferreira da Cruz, A responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros, *Revista de Direito do Consumidor,* n. 47, jul./set. 2003. Defendendo a tese contrária, Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum e Melissa Areal Pires, Responsabilidade das empresas produtoras de cigarro, *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,* vol. 7, n. 28, 2004.

[5] Permita-se a remissão a José Augusto Garcia, O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no "processo do consumidor", especialmente quanto aos danos morais e às conciliações, *Revista de Direito do Consumidor,* n. 28, out./dez. 1998. No trabalho, enunciam-se aqueles princípios que reputamos capitais na sistemática do CDC, entre eles o *princípio da transparência máxima das relações de consumo* (desenvolvido nas pp. 79-82).

[6] Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão,* Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 51.

poderá ter acesso a textos filosóficos em latim. É uma mudança e tanto."[7] Cultura, ciência, lazer, quase ilimitadas se afiguram as potencialidades da revolução da informação. Destaque merece o campo político. A transmissão cada vez mais veloz da informação pode-se revelar notável ferramenta de participação e cidadania, contribuindo para transfigurar a própria democracia.[8] Sem falar na valia que pode ter em prol do fortalecimento dos valores republicanos, servindo para aprimorar o controle sobre a máquina estatal e as ações dos homens públicos.[9] Em relação ao direito do consumidor, objeto deste trabalho, muito se falará ainda. Por ora, fique-se com o entusiasmo de Steven D. Levitt e Stephen J. Dubner, autores do *best-seller Freakonomics:* "a Internet conseguiu o que nenhum advogado especialista em direitos do consumidor conseguiria: diminuir de forma drástica o abismo entre os especialistas e o público."[10]

Mas não é só de maravilhas e prodígios que vive a idade da informação. Extremamente negativo é o juízo que dela fazem pensadores de alto quilate. Um deles era Milton Santos, geógrafo brasileiro consagrado internacionalmente, já falecido. Para Santos, a informação dos dias atuais é utilizada de maneira tirânica, manipuladora, totalitária, consistindo em peça essencial da globalização perversa que nos assola: "Um dos traços marcantes do atual período histórico é, pois, o papel verdadeiramente despótico da informação. (...) nas condições atuais, as técnicas de informação são principalmente utilizadas por um punhado de atores em função de seus objetivos particulares. Essas técnicas de informação (por enquanto) são apropriadas por alguns Estados e por algumas empresas, aprofundando assim os processos de criação de desigualdades. É desse modo que a periferia do sistema capitalista acaba se tornando ainda mais periférica, seja porque não dispõe totalmente dos novos meios de produção, seja porque lhe escapa a possibilidade de controle."[11] Ou seja, rasgada a roupa de baile da sociedade da informação, não seria nada agradável o que se veria por baixo: uma poderosíssima engrenagem posta em movimento para intensificar os processos planetários de exclusão.[12] Mazelas que podem ter repercussões tão abrangentes quanto as prometidas benesses da era da informação. Pense-se por exemplo na questão do mercado, caríssima ao sistema capitalista. Aprofundada a desigualdade na seara informativa, mais imperfeito ainda será o funcionamento dos mercados.

Mesmo julgamentos menos severos do que o de Milton Santos admitem que a idade da informação traz não só promessas alvissareiras, mas também traços altamente problemáticos. Enfrentar estes últimos significa um desafio colossal para o homem do século XXI. Um desafio capaz de atingir o próprio equilíbrio psíquico do ser humano. De fato, a sociedade da informação, ao mesmo tempo em que estimula o crescimento intelectual das pessoas, tem o dom de nelas espicaçar dúvidas, angústias e perplexidades. Com uma disponibilidade muito maior de informações, as decisões amiúde se tornam mais complexas, eis que sortidos demais são os dados a ponderar. Profissionais altamente qualificados sentem-se inseguros por não conseguirem dominar todas as fontes bibliográficas de uma dada matéria (o que de resto se mostra impossível para qualquer mortal). Médicos atendem pacientes que, graças à internet, acumularam — desordenadamente — informações especializadíssimas sobre a moléstia de que padecem. Exemplos não faltam desse contexto multiplicador de ansiedades e mal-estar. De uma forma geral, somos assaltados pela sensação de que estamos numa bicicleta que exige pedaladas cada vez mais frenéticas para não tombar. A informação estimula e perturba, gera euforia e dor. É preciso estar bem preparado para lidar com ela.

Domesticar o excesso de informação transformou-se, portanto, em tarefa crucial nos dias que correm. Tanto assim que a tarefa incorporou cifras bilionárias no mundo empresarial, assistindo-se atualmente a uma luta de titãs pelo domínio do mercado de "buscadores", *sites* que se ocupam justamente da localização de páginas na

[7] Umberto Eco, A invenção da roda digital, entrevista concedida à Revista *Veja*, set. 2003 (edição especial de 35 anos da Revista), p. 76. Vale a ressalva de que, na mesma entrevista, Eco não deixa de apontar aspectos negativos da sociedade informatizada.

[8] A rede mundial de computadores tem servido à promoção de "passeatas virtuais" — consoante informou o *Jornal do Commercio* de 06/03/03, p. B-7, na chamada Marcha Virtual para Washington mais de 85 mil internautas mandaram *e-mails* para a Casa Branca com a mensagem "Não ataquem o Iraque" — e à organização de manifestações de protesto e reivindicação, que podem ser realizadas simultaneamente em vários lugares diferentes, com forte impacto político.

[9] No Estado do Rio de Janeiro, a Lei 4.103/03 cuida da "disponibilização, na internet, de informações relativas aos atos, contratos e licitações, no âmbito do Poder Público do Estado do Rio de Janeiro."

[10] Levitt e Dubner, *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto*, tradução Regina Lyra, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 70.

[11] Milton Santos, *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 5. ed., Rio de Janeiro, Record, 2001, pp. 38-39.

[12] Em termos domésticos, vale o registro de que conhecemos muito bem, no Brasil, o fenômeno da malversação da informação. Notadamente nos rincões mais atrasados do país, as principais emissoras de rádio e televisão, os meios de comunicação mais acessíveis à população pobre, estão concentradas nas mãos de grupos oligárquicos, que manipulam a informação e assim estorvam qualquer mudança política relevante.

internet, garimpando assim a informação pretendida pelo internauta. O sucesso dos "buscadores" indica que o excesso de informação pode ser tão ou mais pernicioso do que a falta de informação. O já citado Umberto Eco, a propósito, comenta: "Brinco dizendo que não há diferença entre o jornal stalinista *Pravda* e o *New York Times* dominical. O primeiro não possui notícia alguma e o outro tem 600 páginas de informação. Uma semana não é suficiente para ler essas 600 páginas."[13]

Sempre esbarrando em truísmos, vale salientar que informação não é sinônimo de conhecimento. Na rede virtual, são oferecidas doses cavalares de lixo informativo (sem nem falar do lixo publicitário, igualmente avassalador), muito mais uma anti-informação, na medida em que desvia o internauta de informações minimamente proveitosas. Atento a tal realidade, J. Oliveira Ascensão, professor catedrático da Universidade de Lisboa, declara que a informação está em risco na sociedade da informação, correndo o perigo de se tornar "produto de supermercado". E explica: "o significado da informação disponível depende de produzir ou não o conhecimento. O valor da informação não se mede por quantidades. A questão passa a ser: esta informação produz o conhecimento, ou não? A sociedade de massas oferece uma quantidade fantástica de informação disponível mas de que não resulta informação assimilada. Dela não gera afinal o conhecimento."[14]

Em sentido assemelhado, pronuncia-se a Profª Maria Celina Bodin de Moraes, em erudito trabalho que, na parte inicial, cuida da era de incertezas e instabilidades que atravessamos, disseminadas estas em virtude de circunstâncias várias. Uma das circunstâncias diz respeito diretamente à questão da informação: "(...) A segunda circunstância é o que se denominou de 'explosão de ignorância', devida à imensa, monumental disponibilidade de informações forjadas em ambiente virtual, numa espécie de biblioteca universal. À medida que crescem os horizontes do saber, cresce, na mesma proporção, o leque das questões sem solução, do desconhecimento e, mais, se incrementa a consciência da própria ignorância, a qual gera, assim, novas incertezas. Com facilidade, se substituem os 'resultados seguros' de uma investigação por mais uma eventualidade, uma possibilidade ou um ponto de vista. Logo, não haverá mais tempo hábil para transformar a enorme massa de dados que já se encontram à disposição em conhecimento e, portanto, em informações passíveis de dominação ou de certeza."[15]

De toda sorte, a era da informação veio para ficar. Dela não há como escapar. Só nos resta lutar pelo triunfo dos bons frutos da revolução. Entra aí a importância do Direito. Deixar sem regulamentação uma questão tão essencial nos dias de hoje representa abrir caminho para a proliferação de abusos terríveis no campo informativo, tolerando-se sem resistência os aspectos mais sombrios dessa nova ordem. Não que o Direito, sozinho, tenha capacidade de arrostar e subjugar forças tão poderosas. Mas ele tem seu papel, sem dúvida alguma. No que tange ao direito do consumidor, objeto deste trabalho, temos um *locus* privilegiado para o enfrentamento de alguns frutos podres da revolução informativa. Enfrentamento que deverá priorizar a prestação, ao consumidor — leia-se cidadão —, de uma informação *qualitativamente* adequada. Como se depreende tranqüilamente desse breve registro das questões problemáticas da informação na época atual, a falta de qualidade da informação — incluído na disfunção o próprio excesso de informação — traduz mazela extremamente nociva. O aprimoramento qualitativo da informação, por conseguinte, afigura-se meta primordial das normas dedicadas ao tema.

No próximo capítulo, ainda introdutório (tema tão complexo não pode deixar de ser contextualizado, ainda que de maneira sucinta), cuidaremos exatamente do enquadramento jurídico da informação, com os olhos mais voltados, é natural, para a ordem brasileira.

3. O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA INFORMAÇÃO

Estabelecida a sociedade da informação, em toda a sua pujança, o Direito não poderia ficar indiferente ao fenômeno. Surge então a necessidade de dar roupagem jurídica à questão da informação. O tema passa a ser regulado cada vez mais freqüentemente pela legislação e ganha também a atenção da doutrina. Refletindo tamanha importância, o *direito à informação* apresenta-se, na visão do consagrado Paulo Bonavides, como direito

[13] Umberto Eco, A invenção da roda digital, cit., pp. 76-77.
[14] J. Oliveira Ascensão, Propriedade intelectual e internet, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 60, jul./set. 2004, p. 85.
[15] Maria Celina Bodin de Moraes, Constituição e direito civil: tendências, *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, pp. 175-176.

fundamental de quarta geração, ao lado do direito à democracia e do direito ao pluralismo, deles dependendo, segundo o jurista, "a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual o mundo parece inclinar-se no plano de todas as relações de convivência."[16]

Na literatura brasileira, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho tem-se dedicado à matéria com muito talento. Na já citada obra *Direito de informação e liberdade de expressão,* buscou esse jurista apresentar uma ampla sistematização do *direito de informação*, um novo setor da ciência jurídica, que restou conceituado da seguinte forma: "sub-ramo do direito civil, com assento constitucional, que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, sua voz ou sua imagem, à coisa, a serviço ou a produto, para um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas, de modo a poder influir no comportamento humano e a contribuir na sua capacidade de discernimento e de escolha, tanto para assuntos de interesse público, como para assuntos de interesse privado mas com expressão coletiva."[17] No que tange às espécies relevantes de mensagens, o direito de informação, segundo Grandinetti, cuidaria de quatro espécies: "a informação publicitária, a informação oficial ou governamental, a informação de dados automatizados ou não, e a informação jornalística".[18] Quanto ao conteúdo, seriam cinco os componentes: "faculdade de investigar, dever de informar, direito de informar, direito de ser informado e faculdade de receber ou não a informação."[19] Já os princípios do direito de informação seriam: liberdade, coletivização, interesse público, verdade, pluralismo e responsabilidade.[20]

Da fecunda sistematização proposta pelo Prof. Grandinetti, vários traços podem ser destacados.

Em primeiro lugar, ressaltem-se a relevância e a autonomia conferidas à questão da informação. Ela passa a ser pensada e estudada como um objeto específico, que não se confunde mais com a liberdade de expressão (embora não sejam tão nítidas as fronteiras entre informação e expressão). Consoante a visão de Grandinetti, da informação cobram-se neutralidade e imparcialidade, ao contrário do que ocorre com a livre expressão do pensar.[21] É claro que se pode questionar essa exigência, talvez irreal, de neutralidade e imparcialidade. Mas não é nosso propósito, aqui, enveredar por tal discussão. O que nos cabe destacar, insista-se, é a autonomia deferida ao direito de informação.

Por outro lado, o Prof. Grandinetti não está preocupado com *qualquer* informação. Não, o que se busca é informação de *qualidade*, ponto que já havíamos abordado no capítulo anterior. Daí se exclamar: "A obrigatoriedade de informação verdadeira é o grande marco de um novo direito de informação."[22] E mais: um dos princípios do direito de informação é exatamente o princípio da verdade.

Outro traço notável da sistematização em foco é a ligação que se descobre entre o plano coletivo e o direito de informação. Afirma Grandinetti: "a informação só é relevante para o direito se for massiva, ou seja, se disposta em veículo de acesso público, de modo a atingir, potencialmente, um número considerável de pessoas."[23] Natural, dessa forma, que um dos princípios do direito de informação seja o princípio da coletivização, baliza fundamental para a resolução de qualquer conflito sediado no campo da informação.

Da ligação entre a dimensão coletiva e o direito de informação deflui o traço mais importante para o presente trabalho, qual seja, a afinidade entre o direito de informação e o direito do consumidor. Tal afinidade apóia-se basicamente em dois pontos. Primeiramente, constata-se que, das espécies de mensagens relevantes

[16] Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 8. ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 525.
[17] Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão,* cit., pp. 61 e 144. O conceito se vê reproduzido em outro trabalho do autor: A informação como bem de consumo, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 41, jan./mar. 2002, p. 257.
[18] L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão,* cit., p. 62.
[19] L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão,* cit., p. 150.
[20] L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão,* cit., pp. 155-162.
[21] L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão,* cit., p. 21. Na mesma obra, à p. 26, Grandinetti enfatiza: "Enfim, é preciso não confundir as duas essências: informação e expressão. Elas quase sempre coexistem em um mesmo veículo, com maior ou menor interação, mas devem ser examinadas sob pontos de vista diametralmente opostos: uma é imparcial, outra é parcial; uma tem a função social de contribuir para a elaboração do pensamento, a outra tem a função social de difundir um pensamento ou um sentimento já elaborado. São fronteiras tênues, mas existentes, e que não devem ser ultrapassadas."
[22] L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão,* cit., p. 58.
[23] L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão,* cit., p. 61.

para o direito de informação, três delas são reguladas pelo direito do consumidor — a saber: a informação publicitária, a informação de dados e a informação jornalística —, só ficando de fora a informação oficial, já que "sua base não é uma relação de consumo de um serviço informativo, mas um direito político de cidadania."[24] Em segundo lugar, porque o princípio da coletivização, que aparece com destaque na sistematização do direito de informação, também exerce papel de grande relevância no direito do consumidor.[25] A confluência entre direito de informação e direito do consumidor, potencializada pela pertinência de ambos ao direito coletivo, motiva conclusão extremamente relevante do ponto de vista hermenêutico: "os princípios gestores do Código do Consumidor podem ser aplicados ao direito de informação, pois há verdadeira confluência e pertinência entre as situações jurídicas."[26]

No enquadramento jurídico da informação, portanto, o direito do consumidor exerce influência significativa. Por outro lado, a informação constitui importante bem de consumo. De fato, consumidor, no abalizado conceito formulado por Antônio Herman V. Benjamin, "é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens *ou informação* colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais."[27] Ao mesmo tempo em que é bem de consumo, a informação (adequada) aparece como direito fundamental do consumidor. Confirma-o Paulo Luiz Netto Lôbo, em texto brilhante, imerso na atmosfera consumerista: "O direito à informação adequada, suficiente e veraz é um dos pilares do direito do consumidor",[28] não se tratando apenas, realça o mesmo autor, de um dever anexo oriundo da boa-fé objetiva.[29] Dessa forma, também Netto Lôbo encarece a autonomia do direito à informação, um direito que se afigura essencial à tutela do consumidor, "máxime quando as necessidades não são apenas reais, mas induzidas pela publicidade massificada."[30] Conclui Netto Lôbo, olhos postos na liberdade de escolha do consumidor: "A informação e o dever de informar tornam realizável o direito de escolha e autonomia do consumidor, fortemente reduzida pelos modos contemporâneos de atividade econômica massificada, despersonalizada e mundializada. Nessa direção, recupera parte da humanização dissolvida no mercado e reencontra a trajetória da modernidade, que prossegue o sonho mais alto do iluminismo, a capacidade de pensar e agir livremente, sem submissão a vontades alheias, cada vez mais difícil na economia globalizada de Estados e direitos nacionais enfraquecidos, em que as principais decisões econômicas são tomadas por conselhos de administração de empresas transnacionais."[31]

Em suma, começamos falando na relevância da informação para o mundo atual. Depois, abordamos a questão do enquadramento jurídico da informação, que tem no direito do consumidor um porto capital. Um passo após já estávamos na relevância da informação para o consumidor. Atingimos então o cerne deste trabalho. O próximo capítulo explorará exatamente essa transcendência da informação para o direito consumerista, muito bem captada pelo CDC e desenvolvida pela jurisprudência brasileira.

4. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA MÁXIMA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Consumidor sem informação é consumidor desarmado. Temos aí uma causa dileta da vulnerabilidade do consumidor. Sem informações adequadas sobre os produtos e serviços que lhe são oferecidos, o consumidor é presa fácil dos abusos do mercado, estando propenso a sortidas lesões. Se se quer eliminar ou abrandar a vulnerabilidade do consumidor, a questão da informação mostra-se decisiva, ainda mais no Brasil, dados os nossos sofríveis índices educacionais. Daí a preocupação do CDC com a informação do consumidor, presente em todas as latitudes da lei, inclusive na esfera criminal. De fato, é tamanha a importância dada à informação que até a tutela penal foi convocada para defender tão sagrado direito, valendo ressaltar que a grande maioria dos tipos

[24] L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 168.
[25] Confira-se José Augusto Garcia, O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo..., cit.
[26] L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., pp. 166-167.
[27] Benjamin, O conceito jurídico de consumidor, *Revista dos Tribunais*, n. 628, fev. 1988, p. 78, grifamos. Vale esclarecer que se trata de texto anterior à edição do CDC.
[28] Netto Lôbo, A informação como direito fundamental do consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 37, jan./mar. 2001, p. 59.
[29] Netto Lôbo, A informação como direito fundamental do consumidor, cit., p. 67.
[30] Netto Lôbo, A informação como direito fundamental do consumidor, cit., p. 61.
[31] Netto Lôbo, A informação como direito fundamental do consumidor, cit., p. 76.

do Código do Consumidor diz respeito, sintomaticamente, ao dever de informar.[32] Afora a parte criminal, inumeráveis são os dispositivos do estatuto consumerista que ferem a questão da informação. Podemos citar os arts. 4º, IV (um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, considerados vetores de interpretação do CDC), 6º, II, III e IV (direitos básicos do consumidor), 8º, 9º, 10, 12, 14, 18, 19, 20, 30, 31, 33, 35, 36/38 (coibição da publicidade enganosa), 40, 43, 44, 46, 48, 52, 54, 55. Essa pletora de normas, inclusive de natureza penal, revela algo transcendente, um verdadeiro princípio: o princípio da transparência máxima das relações de consumo.

O princípio da transparência máxima chama a atenção para uma das principais eficácias do CDC, a saber, a transferência intensa, para o fornecedor, de encargos e riscos antes suportados pelo consumidor. De fato, em que pese o destaque dado pela doutrina à inversão processual do ônus da prova, foi no campo substancial que o CDC mais se esmerou em matéria de inversões de ônus. Nesse sentido, a questão da informação é eloqüente: se antes o consumidor era quem tinha de correr atrás da informação, agora é esta que se deve oferecer ao consumidor, da forma mais abundante e límpida possível.[33]

A partir da vigência da Lei 8.078/90, por conseguinte, tornou-se ilegal qualquer ato ou procedimento que atente contra o direito à informação do consumidor, valendo assinalar que se trata de uma informação ampla, substancial, extensiva a todos os aspectos da relação de consumo desenvolvida. Dessa forma, o princípio da transparência máxima tem incidência generalizada, ampla. A transparência e a informação são exigidas em todos os cômodos do direito do consumidor, até mesmo na área processual. A seguir, passaremos a ver exatamente essa penetração abrangente do princípio da transparência, dando preferência a aplicações práticas desse princípio, fonte de deveres bastante rigorosos para os fornecedores.

4.1 Transparência e esfera contratual

"Hoje, o contrato é informação".[34] Quem o diz é a nossa maior autoridade em contratos de consumo, Cláudia Lima Marques (aliás, é difícil, no assunto, achar algo de proveitoso que ainda não tenha sido dito pela ilustre jurista). Grande, então, é o prestígio do princípio da transparência na esfera contratual.

Todo esse prestígio manifesta-se especialmente na fase pré-contratual, não por acaso a fase mais visada pela Profª Cláudia Lima Marques em sua já clássica obra sobre contratos. Ao tratar da proteção do consumidor quando da formação do contrato, ela dá grande destaque ao "princípio básico de transparência", explorando bastante, outrossim, as normas do CDC que dão mais substância ao princípio na área contratual.[35] O art. 30 do CDC[36] traz para o direito brasileiro uma nova noção de oferta, que "revoluciona a idéia de *invitatio ad offerendum*", tornando vinculante qualquer informação ou publicidade suficientemente precisa em seu conteúdo, mesmo que dirigida a um número indeterminado de consumidores.[37] Já o art. 31 do CDC[38] e o art. 6º, III, do

[32] O fato é atestado por Antônio Herman V. Benjamin (Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor, *Revista Direito do Consumidor*, n. 3, set./dez. 1992, p. 89): "Em verdade, uma análise atenta revela que, sem exagero, quase todos os tipos penais do CDC estão relacionados, sob os mais variados ângulos, com o tema da informação do consumidor."

[33] Sobre essa formidável inversão, confira-se a doutrina de Cláudia Lima Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 192): "Esta inversão de papéis, isto é, a imposição pelo CDC ao fornecedor do dever de informar sobre o produto ou serviço que oferece (suas características, seus riscos, sua qualidade) e sobre o contrato que vinculará o consumidor, inverteu a regra do *caveat emptor* (que ordenava ao consumidor uma atitude ativa: se quer saber detalhes sobre o plano de saúde, informe-se, descubra o contrato registrado em cartório no Rio de Janeiro ou São Paulo... atue ou nada poderá alegar) para a regra do *caveat vendictor* (que ordena ao vendedor ou corretor de planos de saúde que informe sobre o conteúdo desses, riscos, exclusões, limitações etc.). Estabeleceu-se, assim, um novo patamar de conduta, de respeito no mercado, que não admite mais sequer o *dolus bonus* do vendedor, do atendente, do representante autônomo dos fornecedores, em face do dever legal."

[34] Cláudia Lima Marques, Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, jul./set. 2002, p. 240.

[35] Na explanação a respeito do "princípio básico de transparência", Cláudia Lima Marques divide o assunto em quatro tópicos, a saber: a) a nova noção de oferta trazida pelo CDC (art. 30); b) o dever de informar sobre o produto ou serviço (art. 31 do CDC); c) o dever de oportunizar a informação sobre o conteúdo do contrato (art. 46); e d) o dever de redação clara dos contratos.

[36] "Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado."

[37] Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 603.

CDC[39] devem ser conjugados: enquanto o último consagra o dever de informar como "um verdadeiro dever essencial" dos fornecedores, um "dever básico (...) para a harmonia e transparência das relações de consumo", cumpre ao primeiro "determinar quais os aspectos relevantes a serem obrigatoriamente informados", sem embargo da sua feição meramente exemplificativa.[40] Por seu turno, o art. 46 do CDC[41] "surpreende pelo alcance de sua disposição": sem a informação exigida pelo dispositivo, não há vinculação do consumidor, "não há contrato, o contrato de consumo como que não existe, é mais do que ineficaz, é como que inexistente, por força do art. 46, enquanto a oferta, por força do art. 30, continua a obrigar o fornecedor!"[42]

Para Cláudia Lima Marques, portanto, o princípio da transparência é fundamental para a proteção do consumidor na fase de formação dos contratos. É a fase em que se enxerga com máxima nitidez o encontro de "um direito subjetivo de informação", em prol dos consumidores, com "um novo dever de informação", a cargo dos fornecedores, dentro daquele contexto de inversões de ônus tão bem explorado pela jurista gaúcha.[43]

Vista a importância do princípio da transparência para a fase pré-contratual, não se deixe de assinalar que ele será relevante também na fase de execução dos contratos de consumo, sobretudo no que toca aos contratos marcadamente "relacionais", de longa duração, típicos de uma sociedade de serviços, contratos que envolvem, segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior, "relações complexas entre diversas partes, nas quais os vínculos pessoais e de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes."[44] E lembre-se ainda, mais uma vez com Cláudia Lima Marques, que "nem todos os contatos entre o fornecedor e consumidor levam ao estabelecimento de relações contratuais", razão pela qual "a transparência deve ser uma nova e necessária característica de toda manifestação pré-contratual do fornecedor no mercado, desde a sua publicidade, vitrines, o seu *marketing* em geral, suas práticas comerciais, aos contratos ou as condições gerais contratuais que pré-redige, as informações que seus prepostos e representantes prestam etc.".[45]

O "etc." de Cláudia Lima Marques diz tudo. Antes ou durante a execução do contrato de consumo, o princípio da transparência, ao lado do princípio da boa-fé, tem papel o mais abrangente, mesmo naquelas situações em que o contrato não chega a ser firmado. Daí a importância do princípio também na seara das práticas comerciais em geral,[46] que envolve, entre outros assuntos, a publicidade e os bancos de dados e cadastros de consumidores, pontos que merecerão atenção específica deste texto, mais à frente.

---

[38] "A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores."

[39] "São direitos básicos do consumidor: (...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem".

[40] Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., pp. 646-648.

[41] "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."

[42] Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 662.

[43] Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 597.

[44] Ronaldo Porto Macedo Júnior, Direito à informação nos contratos relacionais de consumo, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35, jul./set. 2000. Segundo o autor (pp. 121-122), "É dever do fornecedor nos contratos relacionais de consumo manter o consumidor adequada e permanentemente informado sobre todos os aspectos da relação contratual, especialmente aqueles relacionados ao risco, qualidade do serviço ou qualquer outra circunstância relevante para a sua decisão de consumo, durante todo o período em que perdurar a relação contratual." Sobre o assunto, do mesmo autor, confira-se também Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 26, abr./jun. 1998.

[45] Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 598.

[46] A respeito da incidência do princípio da transparência nas práticas comerciais, confira-se Plínio Lacerda Martins, A validade do produto nas embalagens plásticas do leite — "datador", *Revista Direito do Consumidor*, n. 9, jan./mar. 1994, p. 122: "Com o advento do Código do Consumidor (Lei 8.078/90), não mais se justifica a ausência do prazo de validade nos produtos expostos ao consumidor, não sendo suficiente a informação na embalagem, que se limita a somente a estabelecer o dia da semana da validade, sendo indispensável fixar-se o dia do mês e ano no produto." Sobre o tema das práticas comerciais, interessante também é a Lei 4.311/04, do Estado do Rio de Janeiro, que obriga os estabelecimentos comerciais situados no Estado a possuírem, em local acessível e visível aos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor. Vale salientar, a propósito, que, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, a legislação estadual, posto que ignorada pela grande maioria da população, incensa bastante o princípio da transparência máxima das relações de consumo. Confira-se por exemplo o DO/RJ de 21/12/05: nada menos do que cinco leis (Leis 4.669, 4.670, 4.671, 4.673, 4.676) publicadas naquela data versaram sobre a questão da informação, em diversos setores do mercado de consumo (respectivamente: telefonia fixa, administradoras de cartão de crédito e instituições bancárias, novamente instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, planos de saúde e estabelecimentos de crédito em geral). Mais recentemente, em 29/03/06, foi editada a Lei 4.736, dispondo sobre normas de proteção e defesa do usuário dos serviços públicos

Antes porém de fechar o presente tópico, registre-se que o dever de transparência dos fornecedores deve ser cobrado com especial rigor quando a relação de consumo travada é daquelas em que a vulnerabilidade do consumidor ainda se mostra acentuada. É o caso das atividades bancária, financeira, de crédito e securitária, que pedem "um dever de informar qualificado".[47] Na área securitária, a jurisprudência pátria tem-se mostrado atenta ao princípio da transparência,[48] mas no tocante à área financeira em geral ainda se pode avançar consideravelmente. Mesmo assim, alguns belos precedentes podem ser colhidos. A título de exemplo, tome-se julgado do Superior Tribunal de Justiça versando sobre os conflitos provocados, no setor do *leasing*, pela célebre crise cambial de 1999. Naquele julgado, declarou a Terceira Turma do STJ: "É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (arts. 6º, III; 10, *caput;* 31 e 52 do CDC)."[49] Só mais um exemplo: no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acórdão irretocável assinalou que "Em se tratando de relação de consumo, na modalidade de prestação de serviços bancários, o legislador privilegiou o dever de informação, consagrado em vários dispositivos da Lei 8.078/90", concluindo que "O cancelamento do limite de crédito, sem qualquer aviso ao consumidor, constitui circunstância suficiente para a responsabilização do banco."[50]

4.2 Transparência e publicidade

A nova noção de oferta trazida pelo CDC envolve naturalmente a atividade publicitária e acaba por influenciá-la de modo profundo.[51] Dessa forma, a publicidade, como manifestação pré-contratual que é, está encartada na ampla esfera contratual abordada no tópico anterior. No entanto, tamanha é a importância da publicidade que preferimos abrir um tópico específico para o tema.

O realce que acabamos de afirmar tem sido confirmado na prática. Pense-se, por exemplo, no célebre caso da Mesbla de Goiânia, em que a empresa provocou um tumulto de grandes proporções na cidade, ao recusar o cumprimento de oferta publicitária (alegadamente equivocada) que atraíra verdadeira multidão à loja.[52] Pense-se ainda, para ficar em apenas mais um exemplo, nas peças publicitárias constantemente ambíguas patrocinadas por cursos vestibulares.[53]

---

prestados pelo Estado do Rio de Janeiro, dando a Lei grande destaque ao direito à informação, primeiro "direito básico do usuário" (conf. arts. 3º, I, 4º e 5º).

[47] Cláudia Lima Marques, Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?, cit., p. 237. Aduza-se que o escrito de Cláudia Lima Marques cita acórdão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 234.284 – SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgamento unânime em 02/05/00) cuja ementa assinala: "É de comum sabença que as instituições financeiras apresentam extratos indecifráveis pelo homem médio, gerando, até mesmo, dificuldades para aqueles que estão habituados ao sistema."

[48] Na área dos seguros médicos, colhe-se ótimo precedente no julgamento do Recurso Especial 264.562 – SE, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma do STJ, julgamento unânime em 12/06/01: "As expressões 'assistência integral' e 'cobertura total' são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios." Outro exemplo de atenção às normas que consubstanciam o princípio da transparência, na esfera contratual e especificamente securitária, pode ser extraído do julgado da Quarta Turma do STJ no Recurso Especial 485.760 – RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento por maioria em 17/06/03: "Direito do consumidor. Contrato de seguro. Invalidez permanente. Valor da indenização. Divergência entre os documentos entregues ao segurado. Prevalência do entregue quando da contratação. Cláusula limitativa da cobertura. Não-incidência. Arts. 46 e 47 da Lei n. 8.078/90. Doutrina. Precedente. Recurso provido."

[49] Recurso Especial 268.661 – RJ, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento por maioria em 16/08/01. Como se sabe, a orientação desse julgado não conseguiu firmar-se no âmbito do STJ, tendo prevalecido o entendimento de que deveriam ser repartidos os ônus da brusca variação cambial verificada. Todavia, independentemente dos rumos jurisprudenciais daquele conflito específico, salutar e inspirador foi o apreço demonstrado ao princípio da transparência.

[50] Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível 2004.001.12217, Rel. Des. José Carlos de Figueiredo, Décima Primeira Câmara Cível, julgamento unânime em 16/06/04.

[51] Recorra-se mais uma vez ao magistério de Cláudia Lima Marques (Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor, *Revista Direito do Consumidor*, n. 6, abr./jun. 1994, p. 20): "Na visão introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor no Brasil, há efetivamente vinculação própria do fornecedor por sua atuação publicitária no mercado. Vinculação pré-contratual, contratual e delitual, conforme as circunstâncias."

[52] Confiram-se, a propósito, dois excelentes trabalhos publicados na *Revista Direito do Consumidor*, n. 4 (especial), 1992: A incidência do princípio pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística, de Judith Martins Costa (pp. 140-172); e Oferta contratual em mensagem publicitária – regime do Direito comum e do Código de Proteção do Consumidor (parecer), de Alcides Tomasetti Jr. (pp. 241-253).

[53] Confira-se, a propósito, Judith Martins Costa, A "guerra" do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina: a ambigüidade das peças publicitárias patrocinadas pelos cursos pré-vestibulares e os princípios do Código de Defesa do Consumidor examinadas através do estudo de um caso, *Revista Direito do Consumidor*, n. 6, abr./jun. 1993.

Aliás, a menção a ambigüidade chama a atenção para um dado essencial ao tema: talvez seja a publicidade, dentro do universo consumerista, a região que mais cuidado exija na busca de uma informação qualitativamente adequada. Isso se dá por vários fatores. A peça publicitária costuma ser breve e está declaradamente a serviço de um objetivo comercial, dela não se podendo exigir um inventário das desvantagens do produto anunciado.[54] Não bastasse, os publicitários costumam ser muito criativos, especialmente no Brasil (eis um motivo para nos orgulharmos, ressalvada evidentemente a hipótese de toda essa criatividade ser usada para cevar esquemas eleitorais espúrios...). Para complicar ainda mais, a publicidade falsa não se confunde com a publicidade enganosa: "uma publicidade pode, por exemplo, ser completamente correta e ainda assim ser enganosa, seja porque informação importante foi deixada de fora, seja porque o seu esquema é tal que vem a fazer com que o consumidor entenda mal aquilo que se está, realmente, dizendo. É, em síntese, o conceito de enganosidade, e não de falsidade, que é essencial aqui."[55] Pode-se dizer, assim, que dificuldades e perplexidades relativas à busca de uma informação de qualidade no mundo contemporâneo também se vislumbram no campo menos abrangente da publicidade. Em escala maior ou menor, assoma o desafio da qualidade, árduo e fascinante desafio.

Na jurisprudência brasileira, a incidência do princípio da transparência no campo da publicidade já foi testada diversas vezes. Caso interessante é o caso da água mineral "diet por natureza" (slogan utilizado em seu rótulo). O Superior Tribunal de Justiça considerou que o slogan poderia gerar indução do consumidor a erro, entendendo legal a autuação administrativa sofrida pela empresa recorrente: "o aumento das vendas do produto noticiado pelo recorrido caracteriza a possibilidade de o slogan publicitário encerrar publicidade enganosa capaz de induzir o consumidor a erro."[56] Sobre o caso, a Revista *Consumidor S. A.* alertou: "Além do caso da água mineral Sarandi, o consumidor deve ficar atento a outros tipos de publicidade enganosa presentes normalmente no mercado. Slogans como 'arroz sem colesterol' e 'óleo sem colesterol' são falsos (sic), pois vegetais não contêm colesterol. Um outro exemplo é o da marca 'Detefon Mata Tudo'. Por mais eficaz que seja, o inseticida não tem o poder de matar todos os insetos, como os cupins."[57]

Outro caso interessante, na jurisprudência do STJ, versou sobre defeitos de impressão em tampinhas de refrigerante que davam direito a prêmios: "Há relação de consumo entre o adquirente de refrigerante cujas tampinhas contêm impressões gráficas que dão direito a concorrer a prêmios e o fornecedor do produto. A ausência de informação sobre a existência de tampinhas com defeito na impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio, configura-se como publicidade enganosa por omissão, regida pelo Código de Defesa do Consumidor. (...) É solidária a responsabilidade entre aqueles que veiculam a publicidade enganosa e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto."[58]

No caso logo acima mencionado, o STJ afirmou a responsabilidade civil de fornecedores que infringiram o dever de informação no momento da publicidade. Outra maneira de tutelar o princípio da transparência, na mesma área, é levar a sério a força vinculante da oferta publicitária, e novamente o STJ tem mostrado atenção às linhas mestras do CDC. Veja-se a respeito julgado da sua Terceira Turma dispondo sobre a

---

[54] "VENDO APTO. SUPOSTAMENTE LOCALIZADO NO MORUMBI (na verdade, é no Jardim Matilde). Sofisticado sistema de segurança na portaria. Importantíssimo, já que o bairro anda meio barra-pesada. Sala com lareira (nunca acenda, porque enfumaça tudo). O vizinho do lado é excelente pessoa, principalmente se você também gostar de tuba. Visitas em qualquer dia e horário. Menos quinta de manhã, porque tem feira na rua. Tratar com Jânio de Freitas. F.: 785-1422." Este anúncio obviamente não é real, fazendo parte, sim, de uma campanha publicitária patrocinada, em 1997, pela *Folha de São Paulo,* que tinha (e ainda tem) no seu quadro de articulistas o suposto anunciante, Jânio de Freitas. Arrematava a brilhante peça publicitária: "Algumas pessoas são tão sinceras que só poderiam escrever na Folha." É certo, porém, que todo esse grau de sinceridade não se pode exigir da atividade publicitária (afora naturalmente qualquer publicidade envolvendo os articulistas do jornal paulista...). De toda sorte, frisa a doutrina que as informações essenciais são obrigatórias. O problema, sem dúvida, é traçar a linha divisória entre informações essenciais (compulsórias) e informações não essenciais (não compulsórias).

[55] Ulf Bernitz & John Draper, *apud* Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Das práticas comerciais, *in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto,* 6. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 285. A respeito, confira-se ainda Carlos Roberto Barbosa Moreira, Instrumentos processuais de controle da comunicação no Mercado de Consumo, *in Ensaios Jurídicos: o direito em revista,* vol. 5, coordenador Ricardo Bustamante, Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1998, pp. 290/291, grifado no original: "o caráter enganoso da mensagem publicitária não decorre, necessariamente, *daquilo que nela se afirma,* ou *daquilo que nela se oculta* (publicidade enganosa por omissão), mas pode também originar-se da *forma pela qual é apresentada à massa de potenciais consumidores,* ainda que contenha somente informações verdadeiras e não omita 'dado essencial do produto ou serviço' (CDC, art. 37, § 3º)".

[56] Recurso Especial 447.303 – RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento unânime em 02/10/03.

[57] STJ proíbe slogan "diet por natureza" para água mineral, *Consumidor S. A.,* fev./mar. 2004, p. 11.

[58] Recurso Especial 327.257 – SP, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento majoritário em 22/06/04.

necessidade de montadora de automóveis responder por obrigação assumida pela sua concessionária falida: "Constatado pelo E. Tribunal *a quo* que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada."[59] Dessa forma, consegue-se neutralizar os efeitos negativos da publicidade enganosa. É mais uma técnica utilizada, reitere-se, para a tutela do direito à informação verdadeira e de qualidade.

4.3 Transparência e bancos de dados e cadastros de consumidores

Mais um campo propício ao desenvolvimento do princípio da transparência é o dos bancos de dados e cadastros de consumidores, incluído pelo CDC, assim como a publicidade, no capítulo das práticas comerciais. É um campo, vale salientar, de grande importância prática para o consumidor. Um registro negativo em serviços de proteção ao crédito, além de penosos constrangimentos, pode sufocar a vida comercial do consumidor e até mesmo inviabilizar a consecução de um emprego.

No regramento dado pelo CDC ao assunto, um dispositivo refere-se diretamente ao princípio da transparência: é o art. 43, § 2º, que determina seja "comunicada por escrito ao consumidor", quando não solicitada por ele, a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo. Lamentavelmente, é um dispositivo muitas vezes desrespeitado. Talvez porque compense mais a violação do que o respeito à norma — pode sair mais barato pagar uma eventual indenização, no futuro, do que arcar com o custo atual de inumeráveis correspondências.[60]

Sem embargo, a norma foi vigorosamente abonada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 165.727 – DF. Nesse julgamento, à vista do descumprimento da norma, a Quarta Turma do STJ não só impôs condenação por danos morais como também assinalou no acórdão respectivo: "É de todo recomendável, aliás, que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros, como o ocorrido no caso. Assim agindo, estará a empresa tomando as precauções para escapar de futura responsabilidade."[61] Saliente-se que o trecho citado capta com extrema felicidade a *ratio* do princípio da transparência. Um mercado transparente não faz bem apenas aos consumidores. Também o fornecedor é favorecido, na medida em que afasta da sua atividade focos de litigiosidade, reduzindo em muito o risco de sofrer indenizações. De mais a mais, a transparência não custa tão caro assim...

Outra decisão muito importante sobre o assunto proveio igualmente do Superior Tribunal de Justiça. Tratava-se de recurso ordinário em mandado de segurança impetrado pela SERASA, tendo como autoridade impetrada o Secretário de Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro. Protestava a SERASA em razão da requisição, pela autoridade impetrada, de informações cadastrais possuídas pela impetrante, com base no art. 55, § 4º, do CDC.[62] Ressalvando evidentemente a possibilidade de responsabilização em caso de utilização abusiva das informações prestadas, a Segunda Turma do STJ negou provimento ao recurso da SERASA: "A atividade econômica da recorrente já revela que os dados requisitados não estão protegidos legalmente por sigilo. A SERASA repassa informações cadastrais de consumidores de forma onerosa a quem os solicita. Descabida é a

[59] Recurso Especial 363.939 – MG, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento unânime em 04/06/02, podendo a íntegra do acórdão ser consultada na *Revista de Direito do Consumidor*, 43/349-353.

[60] Segundo o ilustre Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Das práticas comerciais, cit., p. 398), "Recomenda a boa prática que a comunicação, se por correio, seja com aviso de recebimento." Mas o enunciado 93 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assentou: "A comunicação, a que se refere o artigo 43, § 2º, do Código do Consumidor, independe de maior formalidade e prescinde de comprovação por aviso de recebimento, bastando prova de postagem ao consumidor no endereço constante do contrato." No plano legislativo, a Lei 3.244/99, do Estado do Rio de Janeiro, vedou qualquer negativação sem prévia comunicação ao consumidor (com 10 dias de antecedência), comunicação a ser efetivada mediante correspondência com aviso de recebimento (AR). Posteriormente, a Lei 3.352/00, do mesmo Estado, autorizou os fornecedores a fazerem a comunicação referida na Lei 3.244/99 através do sistema de Serviço Especial de Entrega de Documentos – SEED, dos Correios.

[61] Recurso Especial 165.727 – DF, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Terceira Turma, julgamento unânime em 16/06/98, DJ de 21/09/98.

[62] "Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial."

recusa ao Poder Público estadual, representado por seu órgão de defesa do consumidor, baseada em sigilo de dados que são transmitidos cotidianamente a outros interessados."[63]

Antes de prosseguir, não se pode deixar de invocar um valioso precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, enfrentando o mérito de ação civil pública intentada pelo Ministério Público em face do Clube dos Diretores Lojistas do Rio de Janeiro. O julgado é especialmente interessante porque foi produzido antes da edição do CDC. Nele restou confirmada a procedência (parcial) do pleito, "para determinar conste dos impressos do SPC de que se trata de serviço particular e que, ao receber de suas filiadas comunicações para registros, dê imediata ciência do fato aos apontados como devedores, com dados indicativos dos títulos não pagos, para possível salvaguarda de direitos".[64] Por que o aviso de que se trata de serviço particular? Para não pensar o consumidor menos informado que está diante de órgão público, detentor de poder de polícia (e quiçá poder de prisão em caso de não pagamento da dívida...). O precedente confirma o fato de que o CDC, em inúmeras disposições, nada mais fez do que positivar tendências que já amadureciam na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

4.4 Transparência e responsabilidade civil

Também a arena da responsabilidade atrai intensamente a incidência do princípio da transparência. De fato, a qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo passou a depender, no regime do CDC, do grau de informação que levam ao consumidor. A deficiência de informação pode transformar a periculosidade *inerente* ou *latente* de um produto ou serviço em periculosidade *adquirida*, gerando a responsabilização do fornecedor. Produtos e serviços intrinsecamente perfeitos tornam-se defeituosos se não observam a transparência exigida.[65] A controvérsia central de muitas ações de responsabilidade na área do direito do consumidor, atualmente, diz respeito à questão da informação. Se o fornecedor não informou convenientemente, deverá indenizar.

Pródiga se mostra a casuística a respeito. Veja-se por exemplo caso apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, versando sobre exame relativo ao vírus HIV.[66] Consoante a ementa do acórdão respectivo, o resultado do exame foi apresentado "de forma obscura e imprecisa", ocasionando dano moral aos autores. Em seu voto, a relatora do recurso salientou: "mesmo admitindo-se que o resultado do exame em questão tenha sido apresentado dentro dos critérios então admitidos, é forçoso concluir que ele não se reveste da necessária clareza, nem contém informações adequadas e suficientes, tanto assim que, não apenas os médicos consultados pelos apelantes, mas os próprios médicos do Hospital Universitário Gaffrée Guinle, especializado no tratamento da Aids, interpretaram o resultado do exame como positivo." Repare-se que a causa maior da condenação foi a inadequação das informações transmitidas pelo Laboratório réu. Ou seja, tutelou-se diretamente o direito à informação do consumidor. E também se cumpriu a justa sina do fornecedor que não atenta para o princípio da transparência: deixou de informar adequadamente, terá de indenizar.

Outro caso de tutela direta do direito à informação, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuidou da necessidade de "consentimento informado" de paciente sujeita a intervenção cirúrgica arriscada: "A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a

[63] Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16.897 – RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgamento unânime em 03/08/04.

[64] Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível 862/90, Rel. Des. Thiago Ribas Filho, Segunda Câmara Cível, julgamento por maioria em 15/05/90. Vale esclarecer que o julgado, em grande parte, foi favorável ao Clube dos Diretores Lojistas. Chega a dizer o acórdão: "Muito do que se pediu se deve ao clima dos tempos de hoje, onde a defesa dos direitos do povo, desejada e indispensável para que haja mais justiça social, às vezes se torna um populismo malsão, que vai muito além do devido, da guarda daqueles que merecem efetiva proteção e desatende aos interesses de muitos mais e do país." No entanto, a procedência parcial então confirmada já teve notável significado para a época. Aduza-se ainda que a divergência noticiada acima ensejou ao Clube dos Diretores Lojistas a interposição de embargos infringentes, mas estes não obtiveram êxito (E. I. 226/90, julgados em 19/02/92).

[65] Explorando o assunto, confira-se, de Sônia Eliana Radin e Elisângela Piccoli de Bastiani, A responsabilidade civil do médico pela letra ilegível nas receitas, à luz do Código de Defesa do Consumidor, *in Doutrina 4*, coordenação de James Tubenchlak, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, 1997.

[66] Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível 8.505/97, Relatora Des. Cássia Medeiros, Oitava Câmara Cível, julgamento unânime em 28/03/00, acórdão cuja íntegra pode ser colhida na *Revista de Direito do Consumidor*, 36/318-321.

perda da visão da paciente."[67] Insista-se no ponto: a responsabilização derivou não propriamente do resultado adverso da cirurgia, mas sim da falha de informação. Amiúde, resultados médicos adversos acontecem independentemente do zelo e da perícia dos profissionais envolvidos. Mas a falha de informação não pode ser perdoada, até porque facilmente evitável. E se trata de falha altamente nociva — nesses casos de necessidade de consentimento informado para cirurgia, o paciente, sabendo do risco, pode até optar pela não-realização da cirurgia.[68]

Voltando à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decline-se mais um caso em que a falha informativa restou decisiva: "Inexistência de informação, ao contratar o sepultamento, das conseqüências da não renovação do arrendamento. Falta de aviso à família, antes de proceder a administradora do cemitério à exumação do cadáver e cremação dos restos mortais. Obrigação de indenizar."[69]

Vai-se vendo que numerosos são os julgados a respeito da proteção ao direito à informação do consumidor no campo da responsabilidade. Fiquemos com um último precedente, oriundo do Superior Tribunal de Justiça: "O fabricante de massa de tomate que coloca no mercado produto acondicionado em latas cuja abertura requer certos cuidados, sob pena de risco à saúde do consumidor, e sem prestar a devida informação, deve indenizar os danos materiais e morais daí resultantes."[70]

Aduza-se que é muito positivo o impacto de decisões como as que acabamos de mencionar. Preocupados com a possibilidade de condenações pesadas, fornecedores alteram seus procedimentos e rotinas, observando com mais cuidado o imperativo da transparência, algo que não costuma, insista-se, gerar gravames proibitivos. Com isso se depura o mercado de consumo, objetivo último do CDC.

4.5 Transparência e área processual

A esfera processual é mais uma a ser influenciada pelo princípio da transparência. E vários são os planos em que tal influência é sentida. As relações entre informação e processo comportam quatro estações: a) a informação antes do processo; b) a informação de dentro para fora do processo; c) a informação endoprocessual; e d) a informação como cerne do processo. Dadas as limitações de espaço, cada uma dessas estações não poderá ganhar aqui considerações mais densas.

Em primeiro lugar temos a informação pré-processual, muito encarecida pelos estudiosos do acesso à justiça.[71] Ela não foi esquecida pelo CDC, que colocou a "manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente" como o primeiro dos instrumentos para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 5º, I, do CDC). A assistência jurídica, como se sabe, é bem mais ampla do que a assistência puramente judiciária, compreendendo, entre outras, as atividades de consultoria e informação jurídicas. Essa preocupação com a assistência jurídica não poderia faltar ao CDC. De nada vai adiantar seu belo repertório de normas cogentes se o consumidor não tiver informações sobre os direitos reivindicáveis, se for reduzido à

[67] Recurso Especial 467.878 – RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgamento unânime em 05/12/02. No mesmo sentido, julgado da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação 2001.001.3058, Relatora Des. Wany Couto, julgamento por maioria em 05/06/01): "Erro médico não quanto à técnica empregada, mas no procedimento do médico, falta de informação ao paciente. (...) Obrigação do médico de informar quanto à intervenção e suas conseqüências, tendo antes os cuidados preventivos necessários, daí exsurge o dano, a culpa, conseqüente responsabilidade e obrigação de indenizar."

[68] Sobre o assunto, confira-se Sérgio Cavalieri Filho, A responsabilidade médica e o dever de informar, *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 7, n. 28, 2004. Segundo Cavalieri, que dá grande atenção à questão do consentimento informado, o principal dever na atividade médica, hoje, é precisamente o dever de informar (p. 83). Ele cita um caso famoso e trágico, o caso da cirurgia, acompanhada pelo mundo todo, que pretendia separar gêmeas iranianas unidas pela cabeça, mas acabou provocando a morte das duas. Lembra Cavalieri (p. 86) que "As duas irmãs eram plenamente saudáveis, ambas formadas em direito, não corriam nenhum risco de vida, apenas sonhavam levar vidas separadas." Depois de indagar se realmente foram as irmãs iranianas advertidas acerca do altíssimo risco da cirurgia a que foram submetidas, completa o autor (p. 87): "Se é verdade que um caso vale por mil palavras, o caso dessas gêmeas vale por um milhão. Se o paciente (consumidor, sujeito de direitos) tem o direito à informação plena, o médico, em qualquer caso, mas principalmente no caso de elevados riscos, tem o dever de informar plena e verazmente. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade."

[69] Apelação 2000.001.15812, Rel. Des. Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz, Décima Quinta Câmara Cível, julgamento unânime em 06/12/00.

[70] Recurso Especial 237.964 – SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgamento unânime em 16/12/99.

[71] A propósito, Kazuo Watanabe, em texto bastante conhecido (Acesso à justiça e sociedade moderna, *in Participação e processo*, coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 135), considerou o direito à informação um dado elementar do direito de acesso à Justiça, ou "direito de acesso à ordem jurídica justa".

condição de "não-parte".[72] Aqui, vale fazer um paralelo com a esfera contratual: assim como a informação adequada ao consumidor é vital na fase pré-contratual, ela o é também na fase pré-processual.

A informação "de dentro para fora do processo", ou seja, a informação que parte do processo e se destina ao público exterior, é a segunda categoria a ser comentada. Ela apresenta afinidades em relação à informação pré-processual: é igualmente cara ao acesso à justiça e também se dirige a quem não é parte processual (ao menos sob o ângulo formal). Encontra a categoria seu melhor *habitat* no terreno das lides coletivas. Colha-se a propósito um depoimento valioso. O processualista Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, narra, na obra *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, que ele próprio sentiu o problema da desinformação, no bojo de um processo decorrente de ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro na defesa dos direitos coletivos de pessoas que firmaram contratos de compra de automóveis (*leasing*) com pagamento em dólares. A liminar foi concedida, mas ocorreu uma grande confusão em relação ao cumprimento da medida. O próprio Pinheiro Carneiro, jurista e advogado militante, "somente após várias explicações, idas e vindas à empresa ré, conseguiu efetuar o pagamento na forma da liminar". No entanto, "a maior parte dos beneficiados não se valeu da liminar obtida, certamente porque ou não tinham conhecimento dela, ou não sabiam como agir, na prática, para obter o cumprimento da mesma. Deveriam entrar com ações individuais? Aceitar o acordo do governo federal com as financeiras? Se sujeitar ao pagamento exigido por estas últimas?"[73]

Em compensação, também na terra fluminense temos excelentes exemplos de atividade judicial preocupada com a informação "de dentro para fora do processo". O primeiro reside em julgado que teve como pano de fundo os pouco saudosos planos de expansão telefônica, que davam ações aos assinantes, ficando as ações custodiadas na rede bancária. O julgado manteve decisão monocrática no sentido de que o Banco Itaú, que contratou com a antiga Telerj o atendimento aos assinantes de um plano de expansão (ocorrido em 1996), fizesse incluir, nos extratos de contas das ações, o anúncio de que fora proposta, em face da Telerj, demanda coletiva versando exatamente sobre o valor patrimonial das ações.[74] Em segundo lugar, temos a imposição de contrapropaganda à antiga CERJ – Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro, nos autos de ação civil coletiva proposta pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública em face da CERJ e da Light Serviços de Eletricidade S. A. A contrapropaganda foi imposta, a requerimento do Núcleo de Defesa do Consumidor, porque a CERJ teria, através de comunicados na imprensa, deturpado o teor da liminar concedida no processo, em detrimento do direito difuso à informação verdadeira. Considerando cabível o pleito de contrapropaganda "para possibilitar que os consumidores tenham o exato conhecimento do teor da liminar concedida", o magistrado deferiu o pleito "para determinar, às expensas da parte ré, que veicule, usando a mesma forma utilizada na propaganda trazida pela parte autora, o seguinte trecho da decisão monocrática: (...)".[75] O último exemplo vem do processo oriundo de ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de Ponte S. A., visando a impedir que esta última repassasse aos consumidores, no valor do pedágio, os gastos relativos à construção de quatro baias na Ponte Rio-Niterói. A sustação do repasse não foi deferida liminarmente pelo juízo cível de Niterói; foi deferido, no entanto, requerimento "para determinar a inserção da expressão 'sub judice' nas placas de informação luminosas e nas placas fixas instaladas em todo o percurso da Ponte Rio-Niterói", destinando-se a medida "a conferir ampla publicidade aos usuários da rodovia da possibilidade de vir a ser cassada, judicialmente, a elevação da tarifa, (...) garantindo, assim, maior facilitação em eventuais regressos cabíveis."[76] Independentemente da subsistência ou do efetivo cumprimento das decisões acima mencionadas, todas elas ilustram muito bem a necessidade de favorecimento da informação "para fora do processo", sobretudo em lides consumeristas.

---

[72] Segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (*Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 58), "os 'não-partes' são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país."

[73] Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça...*, cit., pp. 220-221.

[74] Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento 5.179/97, Rel. Des. Gustavo Leite, Terceira Câmara Cível, julgamento em 28/04/98 (negando provimento ao recurso da Telerj), podendo o acórdão pode ser encontrado na *Revista de Direito do Consumidor*, 31/254-255.

[75] Decisão do magistrado de plantão Ricardo Couto de Castro, em 23/12/99, no Processo 99.001.168990-1, da 8ª Vara de Falências e Concordatas (competente para ações coletivas).

[76] Decisão do magistrado Luiz Henrique Marques, em 11/10/01, no Processo 2001.002.018076-8, da 5ª Vara Cível de Niterói (que depois teria a sua competência afastada).

Quanto à informação "endoprocessual", diz respeito aos fatos relevantes da causa. Examina-se aqui como fluem as informações relativas aos fatos que interessam ao julgamento da lide. A categoria envolve, então, institutos fundamentais do processo, como a prova e o contraditório. Tais institutos, na ambiência da lide consumerista, ganham uma roupagem diferenciada, de molde a serem cumpridos os princípios maiores da legislação protetiva, entre eles o princípio da transparência. Processo, lembre-se sempre, é instrumento. Dentro desse contexto, o regime relativo à informação endoprocessual há de ser mais favorável ao consumidor, e o próprio CDC se apressa em assegurar tal tratamento benéfico. De fato, no art. 6º, VIII, do CDC está sediada, entre os direitos básicos do consumidor, a instrumental facilitação da defesa dos seus direitos. Essa facilitação envolve diversos mecanismos, mas a estrela da companhia é sem dúvida a inversão do ônus da prova, prevista no mesmo dispositivo legal.

A inversão do ônus da prova demonstra eloqüentemente que o dever de informação continua aceso para os fornecedores na esfera processual. O dever de informação transforma-se então em ônus processual, imperativo do próprio interesse (na conhecida lição de James Goldschmidt). Ou seja, pode até ocorrer sonegação de informações, só que ela virá em desfavor do fornecedor. Trata-se portanto da técnica mais apropriada para homenagear-se o princípio da transparência na seara processual.

Vale aduzir que a gravidade do dever de informação atribuído aos fornecedores produz muitas vezes no processo, em favor do consumidor, um efeito ainda mais positivo do que a inversão do ônus da prova, inversão *ope iudicis* e que depende do preenchimento de requisitos específicos. Esse efeito é a atribuição originária do ônus da prova ao fornecedor, afastando-se tecnicamente a figura da "inversão" e o regime que lhe é próprio. Como exemplo, tome-se caso já citado, o dos contratos de arrendamento mercantil diante da crise cambial de 1999. Considerou o Superior Tribunal de Justiça que "Incumbe à arrendadora se desincumbir do ônus da prova de captação de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (arts. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6º da Lei 8.880/94."[77] E outro julgado do mesmo STJ deixou expresso: "A exigência de que a arrendadora prove a origem do dinheiro utilizado no contrato, para efeito de vinculação das contraprestações à variação do dólar americano, não representa inversão quanto ao ônus da prova."[78] No mesmo sentido dos precedentes acima mencionados, tem-se o julgado no Recurso Especial 438.700 – RJ: "É possível a revisão de contrato de cartão de crédito, cabendo à Administradora informar o juízo sobre os valores, sua origem, taxas de juros, comissões, despesas, e o mais que interessa para que se tenha a noção exata dos critérios segundo os quais está sendo executado o contrato de adesão."[79] Este último julgado, em suas razões de decidir, invocou expressamente "o princípio básico de que o fornecedor deve transmitir ao consumidor toda a informação de que dispõe sobre o negócio, os fatores considerados e as conseqüências de seus atos, a fim de que este possa bem se orientar na relação."

Os julgados que citamos no parágrafo anterior demonstram sobejamente a influência do princípio da transparência máxima sobre a esfera processual (especificamente naquele plano aqui chamado de "endoprocessual"). Atesta-o Cláudia Lima Marques: "(...) a técnica do Código de Defesa do Consumidor, de assegurar direitos materiais ao consumidor, de modificação das cláusulas excessivamente onerosas, por exemplo, e de impor deveres de informação e de abstenção do abuso aos fornecedores, *per se*, influencia o direito processual de defesa do consumidor, ao determinar *ex vi lege* determinadas provas ao fornecedor".[80]

---

[77] Recurso Especial 268.661 – RJ, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento por maioria em 16/08/01. Quanto ao art. 6º da Lei 8.880/94, citado no aresto, é este seu teor: "É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior."

[78] Agravo Regimental no Recurso Especial 275.391 – MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgamento unânime em 19/06/01.

[79] Recurso Especial 438.700 – RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgamento unânime em 15/04/03.

[80] Cláudia Lima Marques, no prefácio de Geraldo de Faria Martins da Costa, *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

A última categoria proposta no presente tópico é a informação como cerne do processo. Para essa última categoria, relevante é a visão da informação como "bem de consumo",[81] um bem que pode, a exemplo de tantos outros, ser perseguido judicialmente.[82] Dessa forma, "informação como cerne do processo" significa informação relacionada ao objeto litigioso do processo, seja quando a informação é o próprio "bem da vida" pretendido (por exemplo, uma demanda visando à obtenção de uma informação sonegada, a exemplo do *habeas data* constitucional,[83] ou então almejando a não-veiculação de uma informação falsa[84]), seja quando a violação ao direito à informação está na raiz da pretensão deduzida (*v.g.*, uma pretensão indenizatória tendo como causa uma falha informativa[85]).

Crescentes são os casos em que a informação aparece no cerne de um processo consumerista. Tome-se em primeiro lugar a tutela individual. Nela, as demandas de prestação de contas são fortes aliadas do princípio da transparência máxima das relações de consumo. Nesse particular, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem permitido a utilização ampla da prestação de contas, diante de várias espécies de fornecedores. Admite assim, entre outras hipóteses, prestação de contas em face de entidade bancária,[86] em face de administradora de cartão de crédito,[87] em face de entidade de previdência privada[88] e em face de advogado, mesmo quando este exibe quitação dada pelo cliente.[89] A medida de exibição de documentos também tem merecido o estímulo do STJ na área consumerista, vedando-se condicionamentos abusivos ao dever de informar: "Se pode o cliente a qualquer tempo requerer da instituição financeira prestação de contas, pode postular a exibição dos extratos de suas contas correntes, bem como as contas gráficas dos empréstimos efetuados, sem ter que adiantar para tanto os custos dessa operação."[90] Outro exemplo interessante na seara individual é a possibilidade de busca e apreensão do prontuário médico-hospitalar: "O conteúdo do prontuário médico não pertence à unidade hospitalar, mas sim ao paciente. A autora, na qualidade de mãe da menor internada na Unidade Hospitalar ré, tem o direito ao acesso às informações contidas no mencionado prontuário, a fim de conhecer as causas do falecimento de sua filha, morta após período de internação no nosocômio."[91]

Sem embargo da importância dos casos individuais relativos à categoria da "informação como cerne do processo", mais notáveis são os casos em que a categoria se vê ligada à tutela coletiva. E tal ligação aparece com freqüência. Pense-se na informação publicitária, na informação jornalística, nos meios de comunicação em geral.

---

[81] Confira-se a propósito Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, A informação como bem de consumo, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 41, jan./mar. 2002, pp. 257-261.

[82] Sobre os contornos atuais da inafastabilidade do controle jurisdicional, confira-se Cândido Rangel Dinamarco, Universalizar a tutela jurisdicional, *Fundamentos do processo civil moderno*, tomo II, 4. edição, revisão e atualização de Antônio Rulli Neto, São Paulo, Malheiros, 2001. Segundo Dinamarco (texto citado, p. 839), é clara a "tendência política à expansão do exercício da função jurisdicional." O CDC tem um dispositivo que milita vigorosamente em prol da universalização da tutela jurisdicional: é o art. 83 ("Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.").

[83] Registre-se, a propósito, que foi objeto de veto o art. 86 do CDC ("Aplica-se o *habeas data* à tutela dos direitos e interesses dos consumidores."). Não obstante, entende-se em doutrina, sem hesitação, que o veto foi completamente inócuo, sobretudo à vista do art. 83 do CDC, mencionado na nota anterior. Nesse sentido: Kazuo Watanabe, Da defesa do consumidor em juízo, Disposições gerais, *in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 757; Carlos Roberto Barbosa Moreira, Instrumentos processuais de controle da comunicação no Mercado de Consumo, cit., p. 294; James Marins, *Habeas Data*, antecipação de tutela e cadastros financeiros à luz do Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 26, abr./jun. 1998.

[84] Confira-se, a respeito, Ação judicial cabível contra editora de obras anti-semitas, parecer de Alcides de Mendonça Lima publicado na *Revista de Processo*, n. 56, out./dez. 1989.

[85] Por sinal, quando abordamos a relação entre dever de informação e responsabilidade civil, mais acima, vários exemplos foram dados de falhas informativas gerando responsabilidade do fornecedor.

[86] A propósito, o enunciado 259 da Súmula do STJ: "A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária."

[87] Recurso Especial 503.958 – RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgamento em 26/06/03: "Na linha da orientação das Turmas que integram a Segunda Seção deste Tribunal, o titular do cartão de crédito, independentemente do recebimento das faturas mensais, pode acionar judicialmente a administradora de cartão de crédito, objetivando receber a prestação de contas dos encargos que lhe são cobrados."

[88] EREsp 544.974 – DF, Rel. Min. Castro Filho, Segunda Seção, julgamento em 13/04/05.

[89] Confira-se por exemplo o Recurso Especial 214.920 – SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgamento unânime em 17/08/99: "O recibo genérico de quitação não elide a obrigação do mandatário de prestar contas quanto aos valores que levanta judicialmente em causas de interesse de seu cliente, especialmente se o documento de quitação não contém elementos suficientes à apreciação do mandante, apresentando resultado final que não demonstra como foi alcançado, referente a período inflacionário." Vale a ressalva de que o STJ tem entendido que a relação entre o advogado e seu cliente não é de consumo, entendimento que consideramos bastante equivocado.

[90] Recurso Especial 330.261 – SC, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento em 06/12/01.

[91] Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação 2004.001.23563, Rel. Des. José Carlos de Figueiredo, Décima Primeira Câmara Cível, julgamento em 01/12/04.

Em todos esses casos, o direito à informação adequada estará anexado ao campo dos interesses difusos. Aliás, é difícil pensar em exemplo melhor de interesse difuso. Bem por isso, há muito preconiza José Carlos Barbosa Moreira[92] a possibilidade de utilização da ação civil pública para forçar o cumprimento dos princípios que a Constituição, no art. 221, impõe às programações de rádio e televisão, entre eles o "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família" (inciso IV).[93] Nesse contexto, para Barbosa Moreira, a ação civil pública, longe de ser um mecanismo velado de censura, representa sim um dos "meios legais" previstos no art. 220, § 3º, II, da Constituição — meios "que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente."

Na seara específica do direito do consumidor, mas antes mesmo da edição do CDC, já sustentava Ada Pellegrini Grinover a possibilidade de ação civil pública destinada a "uma reparação que cubra as despesas de contrapropaganda necessárias para neutralizar a propaganda enganosa."[94] Mais recentemente, estudos promissores têm estimulado a ampliação da tutela coletiva do direto à informação. Por um lado, desenvolve-se — como fruto viçoso da *socialização* da responsabilidade civil contemporânea — a figura do dano moral coletivo ou difuso,[95] justificando a responsabilização de fornecedores que causem lesões intensas aos consumidores considerados no seu aspecto coletivo. Por outro lado, começa-se a sustentar, com maior visibilidade, a sujeição dos meios de comunicação de massa aos comandos do CDC, sujeição esta que envolveria até mesmo as poderosíssimas emissoras de televisão aberta, dando ao telespectador a condição jurídica de consumidor, apesar de não remunerar diretamente as emissoras de televisão. Nesse sentido, destaca-se obra inovadora de Fábio Henrique Podestá, que se posiciona em prol da "plena aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade de comunicação de massa",[96] entendendo para tanto que, à configuração de uma relação de consumo, não é necessária contratação (e remuneração) direta. No mesmo sentido, afirma Luiz Manoel Gomes Junior: "Os órgãos de imprensa são fornecedores de notícias, de informações, posto que o consumidor ao adquirir um periódico ou mesmo assistir a um documentário ou telejornal, consome a notícia, a informação veiculada."[97]

A conjugação das tendências mencionadas franqueia alvissareira possibilidade, qual seja, a condenação dos responsáveis por programas espúrios de televisão aberta, com base no CDC, ao pagamento de danos morais sofridos difusamente pela coletividade de consumidores.[98] Por sinal, tal possibilidade foi testada com sucesso recentemente, em caso de grande repercussão. Foi o caso da farsa montada, em 07/09/03, pelo programa "Domingo Legal", pilotado pelo conhecido apresentador Gugu Liberato, programa este cujo conteúdo apelativo

---

[92] Ação civil pública e programação da TV, *Temas de direito processual: sexta série*, São Paulo, Saraiva, 1997. Mais recentemente, na mesma linha do trabalho anterior, confira-se O controle judicial da televisão, *Temas de direito processual: oitava série*, São Paulo, Saraiva, 2004.

[93] A mesma opinião é defendida por Rodolfo de Camargo Mancuso (Interesse difuso à programação televisiva de boa qualidade e sua tutela jurisdicional, *Revista dos Tribunais*, n. 705, jul. 94, p. 61): "(...) No que concerne ao contido no art. 221 e incisos, parece-nos cabível a ação civil pública, com vistas à defesa (= prevenção/reparação) do interesse difuso a uma programação televisiva que atenda aos parâmetros constitucionalmente fixados."

[94] Ada Grinover, Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 151.

[95] Para Carlos Alberto Bittar Filho (Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro, *Revista Direito do Consumidor*, n. 12, out./dez. 1994, p. 55), "o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial." Quanto aos caminhos processuais para a concretização do dano moral coletivo, confira-se André de Carvalho Ramos, A ação civil pública e o dano moral coletivo, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 25, jan./mar. 1998.

[96] Podestá, *Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 123. Vale aduzir que a obra tem prefácio de Cláudia Lima Marques, que se ocupa principalmente dessa tese de que o espectador exposto à programação de televisão aberta é equiparado a consumidor, a tese "mais ousada" (p. 7) da obra.

[97] Gomes Junior, O direito difuso à informação verdadeira e a sua proteção por meio das ações coletivas, *Revista de Direito Privado*, n. 10, abr./jun. 2002, p. 155.

[98] Tal possibilidade é expressamente defendida por Luiz Manoel Gomes Junior (O direito difuso à informação verdadeira..., cit., p. 163): "existe um direito difuso que protege os consumidores contra notícias inverídicas — direito difuso à informação verdadeira — que causem prejuízos de ordem material ou moral, admitindo a sua proteção por meio das ações coletivas." A possibilidade também é endossada (mas sem entrar em discussões relativas à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor) por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (*Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 225, grifado no original): "(...) Como se vê, demonstra-se a plena possibilidade de um dano não-patrimonial coletivo — que tem sido chamado de dano moral coletivo — a interesse difuso consistente em receber informação com determinada *qualidade*, que deve ser extraída do sistema do direito de informação e deve corresponder a um valor comunitário de superlativa importância."

sempre foi alvo de muitas críticas (campeão de reclamações, por exemplo, na Campanha "Quem financia a baixaria é contra a cidadania"). A farsa consistiu em encenar uma entrevista com supostos integrantes de um grupo criminoso — na verdade, atores amadores contratados por um punhado de reais —, na qual, entre outras passagens edificantes, eram feitas graves ameaças contra o Padre Marcelo Rossi, contra o vice-prefeito de São Paulo à época, Hélio Bicudo, e contra José Luiz Datena e Marcelo Rezende, apresentadores de programas de televisão contendo matérias policiais. A farsa logo foi descoberta, instaurando-se não só processo criminal mas também ação civil pública (precedida de inquérito civil), na qual o Ministério Público, autor da ação, pediu a condenação do apresentador Gugu Liberato ao pagamento de indenização relativa aos "danos morais difusos impostos a todos os consumidores, expostos às imagens indevidamente veiculadas no programa Domingo Legal". Em 30/08/05, enfim, foi homologado acordo no âmbito da ação civil pública, pelo qual o réu se comprometeu a pagar o valor de R$ 750.000,00, em 12 parcelas, devendo as parcelas ser levantadas por instituições indicadas pelo Ministério Público.[99]

5. A VOCAÇÃO IRRADIANTE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

De acordo com um grande teórico da comunicação, Marshall McLuhan (autor da bem-sucedida metáfora da "aldeia global"), a informação não é mais simplesmente um instrumento para produzir bens econômicos, mas se tornou, ela própria, o principal dos bens.[100] McLuhan faleceu em dezembro de 1980. Passados 25 anos, seu pensamento está mais vivo do que nunca. A informação tornou-se, inquestionavelmente, um bem essencial, dotado de exuberante autonomia. E no ordenamento brasileiro, como acabou de ser visto, o CDC dá tratamento esmerado à questão da informação, reconhecendo plenamente a sua essencialidade. Dificilmente se verá outro setor normativo, no direito brasileiro, que dedique tanta atenção à informação e ao princípio da transparência. No item anterior, quando abordamos vários recantos do CDC de maneira bastante prática, privilegiando a descrição de situações concretas e a colagem de julgados, foi demonstrado que é real, veraz, a simbiose entre a defesa do consumidor e a tutela da informação. Uma precisa intensamente da outra.

Fechamos portanto um capítulo importante. E não foi gratuita a menção a Marshall McLuhan, linhas atrás. McLuhan remete-nos às reflexões introdutórias deste texto, cuidando da transcendência da informação no mundo atual e do imenso desafio que significa o seu enquadramento jurídico, sobretudo quando se deseja tutelar uma informação qualitativamente adequada. Pois o CDC brasileiro, ratificando mais uma vez a sua atualidade, arrosta muito bem aquele desafio, mostrando que é possível contar com meios jurídicos eficazes na busca de informação massiva de qualidade. Essa é a mensagem maior da primeira parte do trabalho.

Mas a relação entre defesa do consumidor e tutela da informação suscita outras reflexões importantes, e a elas não nos furtaremos, concisamente que seja. Partem essas novas reflexões da verificação de que também a ordem constitucional brasileira preocupa-se vivamente com a questão da informação. Inúmeras são as normas constitucionais tratando do tema, muitas delas plantadas no art. 5º, revestidas portanto da condição de cláusulas pétreas.[101] A publicidade, além de princípio básico da administração pública (art. 37), foi exigida também no

---

[99] Processo 583.00.2004.064599-9 da 6ª Vara Cível do Fórum Central Cível de São Paulo, informações processuais colhidas no *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo. Aduza-se que o acordo foi homologado, curiosamente, sem extinção do feito, "vez que não há reconhecimento de culpa por parte do requerido, e na hipótese de descumprimento o processo prosseguirá a partir da fase em que se encontra, ou seja, instrução com oitiva de testemunhas, ficando os valores pagos perdidos em favor das instituições que promoverem os respectivos levantamentos."

[100] Tal pensamento de McLuhan é encontrado em Fábio Henrique Podestá, *Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial*, cit., p. 27.

[101] Com efeito, várias são as referências à questão da informação no art. 5º da nossa Constituição, sede dos direitos e deveres individuais e coletivos. No inciso XIV, "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". Já o inciso XXXIII reza que "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (...), ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (parte final regulamentada pela Lei 11.111/05), prevendo o inciso seguinte o direito à "obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal" (inciso XXXIV, *b*). No estatuto constitucional do preso, a informação mereceu especial atenção (conquanto seja problemática, naturalmente, a efetividade dessas normas): "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada" (inciso LXII); o preso deve ser informado de seus direitos (inciso LXIII), tendo direito ainda "à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial" (inciso LXIV). No inciso LXXII, por seu turno, instituiu-se remédio especificamente talhado para a proteção do direito à informação, o *habeas data*. E o inciso LXXVII, por fim (no que tange apenas ao art. 5º), previu a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, a ser listados por lei, tendo a Lei 9.265/96 contemplado, na regulamentação da norma constitucional, "os pedidos de

âmbito dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, sendo certo que o art. 93, IX, foi modificado pela Emenda 45/04 para deixar ainda mais vigorosa a tutela constitucional da informação: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação". Ou seja, entre o direito à intimidade e o interesse público à informação, o constituinte (reformador) procedeu a ponderação inequivocamente favorável a este último. Não bastasse, a informação é protegida também nos campos tributário,[102] previdenciário,[103] ambiental[104] e da família,[105] sem falar obviamente no capítulo relativo à comunicação social.[106] Até o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias traz, no seu art. 64, comando interessante sobre a informação jurídica: "A Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil." E muitos outros dispositivos constitucionais poderiam ser citados, se o respeito à paciência do leitor não recomendasse o contrário.

Não surpreende o apreço da nossa Constituição pela tutela da informação. Afinal, informação liga-se intimamente a participação, cidadania, valores sumamente prestigiados pelo ordenamento constitucional brasileiro. Uma Constituição dita "cidadã", marco da passagem do autoritarismo para um regime aberto, tinha mesmo de amar a transparência. Sem informação, sem transparência, dificulta-se sensivelmente a materialização dos direitos fundamentais e da democracia participativa consagrada pela Constituição de 1988.[107]

Bem se percebe, portanto, que a atenção toda especial devotada à informação pelo CDC reflete claramente a ordem constitucional. Quando falamos no princípio da transparência máxima das relações de consumo, é também de valores constitucionais fundamentais que estamos tratando. A mesma transparência que se exige no plano consumerista deve existir, segundo a Constituição, na globalidade da ordem jurídica, sobretudo na esfera pública. Assim, não há dúvida alguma de que, no campo da informação, CDC e Constituição de 1988 acham-se perfeitamente afinados.

Bastante sugestiva é a afinidade entre o CDC e a ordem constitucional no setor da informação. Ela nos induz a perguntar: será que tamanha afinidade se registraria também em outras matérias? A indagação não é simplória, e poderia motivar uma densa monografia. Mesmo assim, uma resposta imediata não parece temerária: a resposta afirmativa.

---

informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública" (art. 1º, inciso III).

[102] No campo tributário, a Constituição estipula, no art. 150, § 5º, que "A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços." Como se vê, uma norma de enorme importância em um país campeão de tributos, muitos deles praticamente invisíveis. Pena que seja bastante problemática a efetividade da norma.

[103] Segundo o art. 202, § 1º, lei complementar "assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos."

[104] De acordo com o art. 225, VI, incumbe ao Poder Público "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente" (matéria regulada pela Lei 9.795/99).

[105] O art. 226, § 7º, impõe ao Estado brasileiro propiciar "recursos educacionais e científicos" para o exercício do direito ao planejamento familiar (dispondo sobre a matéria a Lei 9.263/96).

[106] No capítulo relativo à comunicação social, encontramos normas cruciais acerca da questão da informação. A começar pela ampla liberdade de expressão e informação, estando vedada explicitamente qualquer forma de censura (art. 220, *caput*, § 1º e § 2º). Por outro lado, cabe ao Poder Público, no tocante a diversões e espetáculos públicos, "informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada" (art. 220, § 3º, I). Já o art. 221 determina, para a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão, "preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas".

[107] Muito recentemente (14/02/06), decisão monocrática do Min. Celso de Mello, no MS 25832 MC/DF, ratificou a relevância constitucional da informação. Eis a ementa da excelente decisão (colhida no *site* do STF): "Pretendida interdição de uso, por membros de CPI, de dados sigilosos a que tiveram acesso. Inviabilidade. Postulação que também objetiva vedar o acesso da imprensa e de pessoas estranhas à CPI à inquirição do impetrante. Inadmissibilidade. Inaceitável ato de censura judicial. A essencialidade da liberdade de informação, especialmente quando em debate o interesse público. A publicidade das sessões dos órgãos do Poder Legislativo, inclusive das CPIs, como concretização dessa valiosa franquia constitucional. Necessidade de dessacralizar o segredo. Precedentes (STF). Pedido de reconsideração indeferido."

Essa resposta positiva pode ser conseguida cotejando-se rapidamente os princípios maiores do CDC e os valores capitais da nossa ordem constitucional. A respeito dos princípios consumeristas, é certo que estudiosos e aplicadores do CDC cultivam listas pessoais, de acordo com o *sentimento* de cada um em relação ao Código. Não obstante, alguns princípios fundantes do CDC são praticamente consensuais. Estão entre eles, além do princípio da transparência máxima, os princípios da vulnerabilidade do consumidor (CDC, art. 4º, I) e o da boa-fé objetiva (art. 4º, III). Por seu turno, a Constituição de 1988 projetou um Estado fortemente social e profundamente ético, que cultua a dignidade da pessoa humana e visa a uma sociedade justa, livre e solidária, assumindo a defesa dos mais fracos, dos mais vulneráveis. É verdade que se trata de projeto freqüentemente sabotado pela realidade. Não importa — a força normativa de uma constituição promocional costuma realmente enfrentar obstáculos duríssimos. Para o presente estudo, o que importa é o *dever ser* constitucional, que advoga com ardor a redução das desigualdades e a moralização do Estado e da sociedade.[108]

Dispensa maiores esforços argumentativos a empatia entre as tábuas axiológicas do CDC e da Constituição, a afinidade entre os dois conjuntos. Defender o consumidor vulnerável é, evidentemente, contribuir para a redução das desigualdades. Zelar pelo primado da boa-fé nas inumeráveis relações de consumo cotidianamente travadas significa, outrossim, lutar pelo advento de um país mais ético e limpo, tal como desejado pela nossa Lei Maior. Vê-se portanto que o setor da informação ilustra bem a harmonia existente entre CDC e Constituição, mas se trata apenas de uma ilustração, porque o fenômeno é muito mais abrangente. Alto é o teor de constitucionalidade dos princípios maiores do CDC. Naturalmente, estes não refletem *todos* os valores frisados na Constituição — não há, nem poderia haver, uma rígida e geométrica congruência entre os princípios dos dois diplomas —, mas refletem valores especialmente relevantes, porção significativa do altar constitucional. Aliás, os grandes princípios do CDC não se limitam a repercutir expressivamente o panteão axiológico da Constituição (o que já seria extraordinário). Eles vão além, tocando nos anseios supremos da nação, secularmente afligida pelos problemas da desigualdade e da frouxidão moral.

Se o sistema geral do CDC reproduz fielmente valores constitucionais os mais relevantes, pode-se dizer sem receio que assume o CDC a condição de valioso instrumento legal de propagação da Constituição "cidadã". É o arauto, o enviado, o profeta da nova ordem, função extremamente importante em um país que só agora vai amadurecendo uma cultura de respeito à Constituição. Daí brotam efeitos hermenêuticos notáveis. Efeitos "internos" e efeitos "externos".

No que tange aos desdobramentos internos, a harmonia axiológica entre o CDC e a Constituição aguça consideravelmente a força normativa do primeiro. Se o sistema do CDC tem as bênçãos do ordenamento constitucional, é natural que adquira uma força maior, uma eficácia normativa qualificada.[109]

Os efeitos externos são ainda mais formidáveis do que os internos. Enquanto estes favorecem a força normativa do CDC, aqueles tonificam a normatividade da própria Constituição! Ou seja, em um primeiro momento a Constituição alavanca o CDC. Depois, é a vez deste retribuir a ajuda.

Explicando mais analiticamente os efeitos externos, saliente-se que a sintonia entre CDC e Constituição estimula a aplicação de princípios e técnicas previstas no estatuto do consumidor a relações não consumeristas, já que se trata de princípios e técnicas soprados diretamente pela ordem constitucional. Mas não se cuida apenas da eventual incidência do CDC a relações não incluídas propriamente no âmbito do direito do consumidor. É muito

[108] Falar em moralização do Estado e da sociedade pode parecer algo demasiado genérico, ainda mais porque toda ordem jurídica tem compromisso óbvio com a moral. Todavia, no caso da Constituição brasileira, uma constituição altamente axiológica e substancialista, a aliança entre direito e moral mostra-se bastante forte. Sintomática, a respeito, é a dicção do art. 5º, LXXIII, da Constituição, tornando causa específica de ação popular a lesão à moralidade administrativa. Sobre o tema disserta muito bem Diogo Figueiredo Moreira Neto (A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça, *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 7, 1995). Para ele (p. 19), não temos ainda um Estado de Justiça, "o advento da plenitude ética na política", mas a Constituição brasileira avançou bastante no caminho da submissão do poder à moralidade, cuidando ela não só da legalidade e da legitimidade mas também da licitude, presente esta "em nada menos que cinqüenta e oito menções à moralidade no seu texto, sendo que dez dedicadas à moralidade na administração pública."

[109] Por outros caminhos, também José Ernesto Furtado de Oliveira (*Reformatio in pejus* do Código de Defesa do Consumidor: impossibilidade em face das garantias constitucionais de proteção, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, abr./jun 2002) sustenta a eficácia normativa qualificada do CDC (p. 147): "(...) Essa garantia constitucional de proteção e defesa do consumidor, cláusula pétrea que é, faz do Código de Defesa do Consumidor a fonte paradigmática mínima de todos os direitos nele elencados, o que indica que nenhum deles poderá ser suprimido sob império da lei nova. Nesse caso, podemos afirmar com toda segurança que o consumidor brasileiro tem direito adquirido a adquirir mais direitos, mas nunca a perdê-los."

mais. O CDC, na condição de arauto da ordem constitucional e condutor de valores de primeira grandeza, torna-se protagonista da cena hermenêutica no Brasil. Com isso, apresenta-se em nosso Direito um método hermenêutico que se poderia chamar de "método consumerista", porquanto baseado no sistema do CDC. Assim como o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil sempre foi visto como uma espécie de "reserva de justiça", servindo como justificação legal para decisões mais ousadas, pode ser deferida ao CDC função parecida, algo como uma "reserva de Constituição", sempre disponível ao juiz de índole constitucionalista.[110] A efetividade da Constituição, dessa forma, ganha um aliado de peso. E o CDC, como já foi dito, credencia-se como prestigioso mensageiro dos preceitos fundamentais da Constituição brasileira.[111] Eis aí, em brevíssimas linhas, a descrição do fenômeno que ocupa o título deste trabalho: a "vocação irradiante" do Código de Defesa do Consumidor.[112]

O fenômeno da vocação irradiante confirma o fato de ser o CDC uma das leis mais felizes do ordenamento nacional, em todos os tempos. Uma lei que, além de desempenhar com louvor as suas atribuições ordinárias, porta ainda o dom de iluminar e transformar a ordem jurídica total, não se contendo sequer no círculo já extenso do direito privado. Não por acaso o "método consumerista", calcado na vocação irradiante do CDC, representa ótima via para a humanização da ordem jurídica pátria.

Fértil é o solo da vocação irradiante. Múltiplas aplicações práticas podem ser imaginadas, mas aqui, dado o adiantado da hora, só cabem alguns poucos exemplos, seguidos de breves comentários.

Iniciemos pelo campo da informação, largamente explorado neste trabalho. Retome-se a propósito a doutrina de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Segundo este ilustre jurista, a dimensão coletiva das relações de consumo dá grande transcendência ao direito do consumidor, que passa a ser aplicado a outras relações igualmente marcadas pelo traço coletivo: "não é imprescindível que a relação seja de consumo para aplicar-se o sistema do Código: basta que a relação jurídica seja de caráter coletivo, ou seja, que congregue uma coletividade de pessoas."[113] Como o direito de informação também possui dimensão coletiva, "a conclusão a que se chega é que os princípios gestores do Código do Consumidor podem ser aplicados ao direito de informação, pois há verdadeira confluência e pertinência entre as situações jurídicas."[114] Portanto, quando se fala de informação, há inegavelmente vocação irradiante das normas do CDC. E Grandinetti, como se viu, ousa ainda mais: a força irradiante do CDC alcança qualquer território timbrado pelo coletivo (como é o caso, vale ressaltar, das relações pertinentes ao direito ambiental), assumindo o CDC "a responsabilidade de inaugurar uma primeira sistematização dos direitos coletivos".[115]

Aduza-se que o princípio da dimensão coletiva das relações de consumo[116] transcende também em outra direção, servindo para combater o individualismo ainda arraigado em nossa cultura jurídica, que amiúde só

---

[110] Sobre o juiz constitucionalista, confira-se Luiz Flávio Gomes, Modelos de atuação judicial: rumo à constitucionalização do juiz do terceiro milênio, *in Doutrina 2*, coordenação de James Tubenchlak, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, 1996.

[111] Dessa forma, o direito do consumidor torna-se peça essencial dentro do processo de "constitucionalização" do Direito no Brasil, muito bem explorado por Luís Roberto Barroso (confira-se o recente Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito, *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 9, n. 33, 2006.)

[112] Autores os mais ilustres mencionam o fenômeno. Gustavo Tepedino (As relações de consumo e a nova teoria contratual, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 203), vê nos princípios insertos no Código do Consumidor "vocação expansionista", incidindo sobre toda a teoria contratual. Por seu turno, diz Cláudia Lima Marques (Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35, jul./set. 2000, p. 62): "O direito do consumidor é um instrumento poderoso, um ousado setor de excelência a expandir seu campo de aplicação e a evoluir o direito pátrio."

[113] L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 166.

[114] L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., pp. 166-167.

[115] L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 216. Na mesma obra, tantas vezes aqui citada (escrita ao tempo do Código Civil de 1916), pp. 214/215, vem a exemplificação: "(...) É certo que a responsabilidade objetiva, para ter aplicabilidade, carece de previsão legal. Mas a responsabilidade presumida pode ser invocada a partir da aplicação analógica do artigo 38 do Código do Consumidor, para as hipóteses de direito difuso e coletivo, uma vez que o artigo 159 do Código Civil, definitivamente, não pode ser imposto às relações de massa."

[116] Em artigo dedicado exatamente ao princípio, assim nos manifestamos (O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo..., cit., pp. 90/91, grifado no original): "Não há lides verdadeiramente individuais no campo das relações de consumo. Mesmo aquelas aparentemente individuais acham-se recobertas pela inevitável sombra de uma problemática muito mais ampla — coletiva! Assim, se um simplório radinho de pilha de determinada marca apresentou algum vício, provavelmente muitos outros da mesma marca ostentarão idêntica falha, prejudicando um número indeterminado de consumidores. Impossível e extremamente nocivo, portanto, cuidar das lides de consumo como se fossem lides individuais, impermeáveis à *sombra coletiva* de que falamos. (...) Portanto, a dimensão coletiva entranha-se na essência de qualquer matéria que envolva os direitos do consumidor. Natural, assim, tenha se esmerado o CDC em cevar institutos e temas profundamente relacionados ao fenômeno da coletivização".

consegue enxergar os direitos fundamentais de primeira geração (dimensão). Nesse contexto, são considerados avançadíssimos entendimentos e decisões claramente anti-sociais, que privilegiam exageradamente os direitos individuais em detrimento da coletividade.[117] É preciso lembrar porém — e a isso o CDC se presta muito bem — que o apego excessivo à primeira geração pode inviabilizar o fortalecimento das gerações seguintes, baseadas muito mais no coletivismo e na solidariedade. Dessa forma, o CDC e o seu princípio da dimensão coletiva aparecem como difusores de uma hermenêutica menos obcecada com o direito subjetivo, individual, e mais atenta aos pontos de vista comunitários. Tal combate ao individualismo é mais uma demonstração da valia do "método consumerista".

Outra boa ilustração da vocação irradiante do CDC diz respeito ao princípio da vulnerabilidade do consumidor. A inversão do ônus da prova consiste em mecanismo dileto de facilitação da defesa dos direitos do consumidor (CDC, art. 6º, VIII), facilitação que por seu turno representa emanação direta do princípio da vulnerabilidade. Pois bem, é o CDC que prevê expressamente a inversão probatória. Mas o que impede a inversão fora da órbita consumerista, em casos nos quais se mostre patente a desigualdade das partes? Mesmo na falta de regra legal, a principiologia social da Constituição, em favor da parte hipossuficiente, deve falar mais alto, valendo-se para tanto de uma ferramenta polida no direito do consumidor.[118] E essa irradiação da inversão do CDC será muito útil nos casos em que, malgrado o desequilíbrio entre as partes, houver dúvida quanto à natureza da relação, se consumerista ou não. Nesses casos, o intérprete preocupado com a igualdade terá uma boa alternativa para justificar a inversão: ou entende que a relação é realmente de consumo ou então endossa a teoria da vocação irradiante do CDC.

Ainda no campo processual, tome-se a sistemática altamente elogiada das ações coletivas do CDC. Cuida-se de sistemática feita sob medida para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, direito básico previsto no art. 6º, VIII, do CDC. Sem embargo, a sistemática transcende a defesa do consumidor. Nas palavras de Nelson Nery Jr., "podemos aproveitar o sistema processual do Código de Defesa do Consumidor para aplicá-lo a toda e qualquer ação coletiva *lato sensu* que esteja prevista no sistema do Direito Positivo brasileiro."[119] E mais: "O sistema do processo coletivo é formado, do ponto de vista infraconstitucional, pela Lei de Ação Civil Pública somada ao sistema processual do Código do Consumidor. Essas duas lides interagem entre si — uma remetendo a outra nos aspectos processuais — para formar o que podemos chamar de base fundamental do processo civil coletivo no Brasil."[120]

O último exemplo da força irradiante do CDC talvez seja o mais óbvio. Refere-se ao princípio consumerista da boa-fé objetiva, reflexo imediato do forte apelo ético trazido pela Constituição de 1988. Boa-fé é algo que não pode faltar em qualquer relação jurídica, seja a relação pública ou privada. Nada melhor, pois, que o operador jurídico tenha sempre em mente o referencial do princípio consumerista da boa-fé. Tão inevitável é a irradição do princípio da boa-fé que ele restou positivado também pelo Código Civil de 2002. Agora, a mensagem ética da Constituição brasileira ganhou uma plataforma legal ainda mais sólida, capaz de espargir o imperativo da boa-fé sobre toda a superfície do nosso Direito, inclusive — e principalmente — sobre o direito público.

A propósito da ampliação da positividade do princípio da boa-fé objetiva, impõe-se reconhecer que o advento do Código Civil de 2002, encampando várias posições do CDC, diminuiu o peso da responsabilidade que

---

[117] Atente-se a propósito para o que escreveu José Carlos Barbosa Moreira a respeito de uma interpretação excessivamente liberal no campo das provas ilícitas (A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, *Temas de direito processual: sexta série*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 123): "(...) Temos, no particular, a penosa impressão de ver materializar-se aos nossos olhos autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social, que supúnhamos exorcizado há muito tempo e em definitivo. Custa-nos crer que assombrações do gênero possam fazer boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada."

[118] Tal posição é muito bem sustentada por Sandra Aparecida Sá dos Santos, *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. Pondera a autora (p. 98): "(...) Ocorre que existem outras hipóteses de desequilíbrio entre os litigantes, fora do âmbito das relações de consumo, em que a hipossuficiência de uma das partes, no tocante à impossibilidade material de produzir a prova, é tamanha, que chega a causar verdadeiras injustiças sociais." E ao final da obra conclui (p. 108): "Os cidadãos devem ter à sua disposição instrumentos processuais para a concreta efetividade da tutela de seus direitos, motivo que, só por si, torna imprescindível a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, em qualquer relação de natureza civil, como garantia constitucional do devido processo legal."

[119] Nery Jr., O sistema do processo coletivo e o interesse público, *in Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*, coordenadores Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 254.

[120] Nery Jr., O sistema do processo coletivo e o interesse público, cit., p. 254.

este durante muito tempo carregou — a responsabilidade de comandar quase solitariamente, no plano legal, a renovação do direito privado brasileiro. Mas o fato não aboliu a transcendência do Código do Consumidor. Ao contrário, só confirmou a sua condição de arauto de uma nova ordem.

A vocação irradiante do CDC, insista-se, não pendurou as chuteiras. Continuará atuando por muito tempo. Proteger os mais fracos e estimular a boa-fé, afinal, são metas caras não só ao sistema consumerista, mas também prioritárias para a nação brasileira. Travamos uma luta dificílima contra a desigualdade e a corrupção, adversárias históricas e poderosas, verdadeiras cláusulas pétreas sociais. Em um *front* assim, não se pode abrir mão de qualquer instrumento em prol da transformação. Impõe-se o engajamento da dogmática e da hermenêutica jurídicas, devidamente redirecionadas. Nesse mutirão, o CDC, fonte abundante de cidadania e solidariedade, há de seguir precioso. Aliás, se a Carta de 1988 é a Constituição "cidadã", o mesmo epíteto deve ser aposto ao CDC. É, sem favor algum, o Código "cidadão"[121], por isso mesmo repleto de transcendência dentro da realidade brasileira.

6. SÍNTESE FINAL: AS IDÉIAS PRINCIPAIS DO TEXTO

Seguem, de forma resumida, as idéias principais deste trabalho:

a) Vivemos a *era da informação*, com seus prodígios e problemas, tudo em escala superlativa. A abundância informativa pode gerar muita luz, mas também pode gerar confusão, mal-estar e desigualdade. De toda sorte, a era da informação veio para ficar. Resta-nos então lutar pelo triunfo dos bons frutos da revolução. Entra aí a importância do Direito. Deixar sem regulamentação uma questão tão essencial nos tempos atuais representa abrir caminho para a proliferação de abusos terríveis no campo informativo, tolerando-se sem resistência os aspectos mais sombrios dessa nova ordem. Não que o Direito, sozinho, tenha capacidade de arrostar e subjugar forças tão poderosas. Mas ele tem seu papel, sem dúvida alguma.

b) O direito do consumidor representa um *locus* privilegiado para o enfrentamento de alguns frutos podres da revolução informativa. No enquadramento jurídico da informação, portanto, o direito do consumidor exerce influência significativa. Ao mesmo tempo, a informação constitui importante bem de consumo. E o direito à informação adequada consiste em direito fundamental do consumidor. Temos assim um quadro de significativas influências recíprocas: por um lado, o direito do consumidor tem grande relevância no enquadramento jurídico do direito de informação; por outro, a informação é fundamental para o consumidor. Há verdadeira simbiose entre a tutela da informação e o direito do consumidor.

c) A transcendência da informação para o direito consumerista é refletida pelo CDC, que dedicou grande número de normas ao tema, materializando dessa forma o *princípio da transparência máxima das relações de consumo*. Tal princípio chama a atenção para uma das principais eficácias do CDC, a saber, a transferência intensa, para o fornecedor, de encargos e riscos antes suportados pelo consumidor. De fato, em que pese o destaque dado pela doutrina à inversão processual do ônus da prova, foi no campo substancial que o CDC mais se esmerou em matéria de inversões de ônus. Nesse sentido, a questão da informação é eloqüente: se antes o consumidor era quem tinha de correr atrás da informação, agora é esta que se deve oferecer ao consumidor, da forma mais abundante e límpida possível.

d) O princípio da transparência máxima tem incidência generalizada, ampla. A transparência e a informação são exigidas em todos os cômodos do direito do consumidor, até mesmo na área processual. Nesta, vários são os planos em que a influência do princípio da transparência é sentida. As relações entre informação e processo comportam quatro estações: i) a informação antes do processo; ii) a informação de dentro para fora do processo; iii) a informação endoprocessual; e iv) a informação como cerne do processo.

e) A análise da jurisprudência brasileira dos últimos anos, notadamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, comprova, no plano prático, o tratamento primoroso dado pelo CDC à questão da informação. O estatuto

[121] Lapidar, a propósito, a frase proferida por José Reinaldo de Lima Lopes ao assumir, em 03/02/00, o cargo de diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça: "Consumidor é o novo nome do cidadão" (Diretor do Brasilcon assume DPDC, *Justiça do Consumidor*, informativo do Brasilcon, jan./mar. 2000, p. 7).

consumerista, apoiado pela jurisprudência pátria, reconhece plenamente a autonomia e a essencialidade da informação nos dias de hoje. Dificilmente se verá outro setor normativo, no direito brasileiro, que dedique tanta atenção à informação e ao princípio da transparência. Confirmando assim a sua atualidade, o CDC brasileiro arrosta com louvor o imenso desafio da regulação da informação, mostrando que é possível contar com meios jurídicos eficazes na busca de informação massiva de qualidade. Esse é o primeiro ponto vital a ser destacado pelo presente trabalho.

f) A atenção toda especial devotada à informação pelo CDC reflete claramente a ordem constitucional. Quando falamos no princípio da transparência máxima das relações de consumo, é também de valores constitucionais fundamentais que estamos tratando. A mesma transparência que se exige no plano consumerista deve existir, segundo a Constituição, na globalidade da ordem jurídica, sobretudo na esfera pública. Essa afinidade no campo da informação entre o CDC e a Constituição é sugestiva. Ela nos induz a perguntar: será que tamanha afinidade se registraria também em outras matérias?

g) Cotejando-se rapidamente os princípios maiores do CDC e os valores capitais da nossa ordem constitucional, percebe-se a empatia entre as respectivas tábuas axiológicas. Defender o consumidor vulnerável é, evidentemente, contribuir para a redução das desigualdades. Zelar pelo primado da boa-fé nas inumeráveis relações de consumo cotidianamente travadas significa, outrossim, lutar pelo advento de um país mais ético e limpo, tal como desejado pela nossa Lei Maior. Vê-se portanto que o setor da informação ilustra bem a harmonia existente entre CDC e Constituição, mas se trata apenas de uma ilustração, porque o fenômeno é muito mais abrangente. Alto é o teor de constitucionalidade dos princípios maiores do CDC.

h) Os grandes princípios do CDC não se limitam a repercutir expressivamente o panteão axiológico da Constituição (o que já seria extraordinário). Eles vão além, tocando nos anseios supremos da nação, secularmente afligida pelos problemas da desigualdade e da frouxidão moral.

i) Se o sistema geral do CDC reproduz fielmente valores constitucionais os mais relevantes, pode-se dizer sem receio que assume o CDC a condição de valioso instrumento legal de propagação da Constituição "cidadã". É o arauto, o enviado, o profeta da nova ordem, função extremamente importante em um país que só agora vai amadurecendo uma cultura de respeito à Constituição. Daí brotam efeitos hermenêuticos notáveis, "internos" e "externos".

j) Os efeitos externos são ainda mais admiráveis do que os internos. Enquanto estes favorecem a força normativa do CDC, aqueles tonificam a normatividade da própria Constituição! Ou seja, em um primeiro momento a Constituição alavanca o CDC. Depois, é a vez deste retribuir a ajuda.

l) A sintonia entre CDC e Constituição estimula a aplicação de princípios e técnicas previstas no estatuto do consumidor a relações não consumeristas, já que se trata de princípios e técnicas soprados diretamente pela ordem constitucional. Mas não se cuida apenas da eventual incidência do CDC a relações não incluídas propriamente no âmbito do direito do consumidor. É muito mais. O CDC, na condição de qualificado arauto da ordem constitucional e condutor de valores de primeira grandeza, torna-se protagonista da cena hermenêutica no Brasil. Com isso, apresenta-se em nosso Direito um método hermenêutico que se poderia chamar de "método consumerista", porquanto baseado no sistema do CDC. É, em outras palavras, a "vocação irradiante" do CDC, grande aliada na luta pela efetividade da Constituição do Brasil.

m) O advento do Código Civil de 2002, encampando várias posições do CDC, diminuiu o peso da responsabilidade que este durante muito tempo carregou — a responsabilidade de comandar quase solitariamente, no plano legal, a renovação do direito privado brasileiro. Mas o fato não aboliu a transcendência do Código do Consumidor. A vocação irradiante do CDC continuará atuando por muito tempo. Proteger os mais fracos e estimular a boa-fé, afinal, são metas caras não só ao sistema consumerista, mas também prioritárias para a nação brasileira.

n) Se a Carta de 1988 é a Constituição "cidadã", o mesmo epíteto deve ser aposto ao CDC. É, sem favor algum, o Código "cidadão", por isso mesmo repleto de transcendência dentro da realidade nacional.

A ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO DEFENSOR PÚBLICO PARA AFERIR O DIREITO À GRATUIDADE DE JUSTIÇA

JOSÉ AURÉLIO DE ARAUJO[1]
SAULLO TASSIO GATO CABRAL[2]

I. DA ATUALIDADE E DO ENFOQUE DA QUESTÃO

Os defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro vêm observando, há muito, o aumento gradativo e relevante dos indeferimentos judiciais de gratuidade de justiça e de exigências reiteradas de apresentação de documentos, notadamente de declaração de imposto de renda ou de isenção desse tributo, com o fim de se permitir o exercício do direito de ação através da gratuidade de justiça.

O que antes ocorria aqui e ali através do incidente de impugnação à gratuidade de justiça promovido pela parte contrária, nos termos procedimentais da Lei nº 1.060/50, passou a ser prática intensa e espontânea dos juízes na maioria dos processos.

Não raro, gastam-se meses com intimações de parte, apresentação de declarações, documentos e esclarecimentos atinentes à aferição judicial da gratuidade, para que se possa obter o deferimento de uma providência de urgência, de natureza cautelar ou antecipatória, constante daquela demanda.

São comuns na classe especial os agravos de instrumento, os embargos declaratórios, os recursos excepcionais e as medidas de urgência para "desretenção" destes recursos que devolvem o indeferimento da gratuidade às instâncias superiores.

A questão aqui não receberá, no entanto, tratamento sob o prisma, digamos, político-institucional, do qual se poderia, por exemplo, identificar o aumento destes indeferimentos com a pretensão dos tribunais de aumentar a sua *arrecadação* de custas processuais aos cofres dos fundos agora por eles administrados, ou com o menor rigor dos defensores públicos na aferição de tais requisitos. Esta análise mereceria levantamento estatístico para que, à luz dos números, prevalecesse um, outro ou terceiro argumento divergente.

Podemos, no entanto, identificar na realidade forense três fatos notórios. Em primeiro lugar, tem-se exigido dos juízes maior rigor na análise da presença dos requisitos para o deferimento deste direito. Em segundo lugar, os defensores públicos não necessitam ir buscar nas ruas maior número de clientes, já muito extenso pelo empobrecimento populacional e pelo aumento dos direitos e da consciência destes. Em terceiro lugar, é cediço que, por mais que se tenha evoluído administrativamente, a estrutura para atendimento dos assistidos estará sempre um pouco atrás do crescimento da demanda pela assistência jurídica gratuita, não sendo plausível admitir o aumento indiscriminado de pessoas que queiram economizar ou burlar o recolhimento de custas, entregando-se à espera pelo atendimento, mesmo reconhecendo a excelência técnica como marca histórica de nossa instituição.

Não há ante-sala que seja assim tão confortável.

II. DO DIREITO AO ACESSO INTEGRAL E GRATUITO À JUSTIÇA E DA PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DA NORMA DO ART. 4º DA LEI Nº 1.060/50 DIANTE DO ART. 5º, LXXIV, DA CR

Dito isto, passamos a nos ater ao enfoque processual e constitucional da questão do exame dos requisitos para o deferimento do exercício do direito à gratuidade de justiça, do qual advém para o hipossuficiente o real e efetivo exercício do direito de acesso à justiça.

O direito à assistência jurídica integral e gratuita é constitucional, constante do art. 5º, LXXIV, da CR, exercido através da Defensoria Pública (art. 134, CR), como instituição dotada

---

[1] Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

[2] Estudante de Direito e estagiário concursado da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro

pelo constituinte de autonomia administrativa e financeira, para ser instrumento eficaz deste acesso.

Preleciona a Lei n.º 1.060/50, em seu artigo 4º, § 1º, que "presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais", trazendo assim a presunção *iuris tantum* – bastante ao Direito – de veracidade da alegação feita pela parte.

A presunção e a possibilidade da assistência pela Defensoria Pública solidificam-se com a análise socioeconômica da parte feita pelo defensor público, que poderá determinar ao seu assistido, quando fundada a incerteza da afirmação, a apresentação de documentação hábil a comprovar a situação exigida pelo legislador.

Por outro lado, é comum no cotidiano forense a inversão de valores, com a conseqüente inversão do ônus de comprovar a necessidade do deferimento da gratuidade, situação em que o magistrado, ato contínuo, determina ao requerente do benefício a comprovação de que realmente se encontra privado de recursos para ingressar em juízo.

Em verdade, a jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é frontalmente contrária à presunção legal.[3]

Esta teoria surgiu após a Constituição de 1988, fundada na redação do inciso LXXIV do art. 5º da CR, precisamente na expressão "aos que comprovarem a insuficiência de recursos".

No entanto, parece ter prevalecido o entendimento sintetizado com precisão pelo Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA[4], nos seguintes termos:

> "Temos de interpretar o texto com espírito aberto ao sentido geral da Constituição. A meu ver, continua sendo perfeitamente possível, e até diria obrigatório, ao juiz aplicar a disciplina dada pela Lei nº 7510. A Lei nº 7510 pura e simplesmente considerou – digamos assim, atecnicamente, não importa – considerou bastante como prova a declaração do interessado, prova essa sujeita eventualmente à prova do contrário."

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de dar à afirmação de hipossuficiência presunção *iuris tantum* de benefício, podendo ser, nestes termos, contestada pela outra parte mediante provas a serem carreadas aos autos[5].

A exigência linear, objetiva e programática da comprovação prévia da gratuidade, mesmo diante da afirmação de hipossuficiência assinada perante o defensor público, sem evidência alguma nos autos de não ser a mesma fidedigna, importa em inversão exorbitante da

---

[3] SÚMULA Nº 39. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ÓRGÃO ESPECIAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. COMPROVAÇÃO. "É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de Justiça (art. 5º, inciso LXXIV, da CF), visto que a afirmação de pobreza goza apenas de presunção relativa de veracidade." SÚMULA Nº 43. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ÓRGÃO ESPECIAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. REVOGAÇÃO. "Cabe a revogação, de ofício e a qualquer tempo, do benefício da gratuidade de justiça, desde que fundamentada."

[4] BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *in Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, 1991, p. 133.

[5] "DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. AUTUAÇÃO EM APARTADO. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. DANOS MATERIAIS. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. DANOS MORAIS. VALOR EXORBITANTE. CONTROLE DO STJ. CABIMENTO. I - Embora o artigo 6º da Lei nº 1.060/50 disponha quanto à necessidade de o pedido de assistência ser autuado em apartado, a inobservância dessa norma, a despeito de evidenciar irregularidade processual, não enseja a nulidade do processo, na medida que a violação aos princípios do contraditório e do devido processo legal só estaria caracterizada se, ao deferir a gratuidade da justiça, o juiz não facultasse à parte contrária oportunidade para se manifestar, ocasionando-lhe prejuízo processual. Entendimento em conformidade com os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, que caracterizam o processo civil moderno. II - O benefício da assistência judiciária será concedido mediante simples declaração da parte de que não pode custear as despesas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família, admitindo-se, porém, prova em contrário. (...)" (Acórdão RESP 494867/AM; Recurso Especial 2003/0018601-9; órgão julgador T3 - Terceira Turma; Relator Ministro CASTRO FILHO; data da decisão 26/06/2003; DJ 29/09/2003. p. 247)

presunção legal *iuris tantum* e em flagrante obstáculo ao exercício do direito constitucional de ação.

Deveras ilustrativo o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que se aplica diretamente à nossa controvérsia:

> "JUSTIÇA GRATUITA – INDEFERIMENTO DE OFÍCIO.
> Nos termos do art. 4º da Lei 1.060/50, para concessão dos benefícios da justiça gratuita, basta o requerimento feito pela parte, na própria petição inicial. O indeferimento de ofício dos benefícios da justiça gratuita só se afigura legítimo se houver, nos autos, elementos que mostrem a capacidade financeira e patrimonial da parte para responder pelas despesas do processo. Ademais, expressiva jurisprudência vem dispensando maiores formalidades para a concessão da assistência judiciária, salvo quando houver impugnação da parte contrária que, ainda assim, haverá de provar os motivos para o indeferimento do pedido. Na espécie dos autos, o magistrado mandou que o requerente prestasse esclarecimentos sobre seus ganhos e patrimônio, e certamente ficou impressionado com o fato de a autora ser "proprietária" do imóvel em que reside, que aliás, é o objeto do contrato rescindendo. Data venia, mesmo que se reconheça o poder do juiz de decidir matéria incontroversa, parece rigorosa a decisão. Se a autora só tem esse imóvel e não consegue mais pagar as prestações nos valores cobrados, não é curial exigir que arque com as despesas do processo. O que consta dos autos não é suficiente para indeferir-se o pedido de justiça gratuita. Se, oportunamente, a outra parte impugnar o pedido e provar que a autora tem outros meios de subsistência, aí sim será possível a reapreciação da matéria." (TJSP, acórdão unânime da 7ª Câmara de Direito Privado, publicado em 22.9.99, AI 132.437-4/7, Rel. Des. NARCISO ORLANDI, grifo nosso)

Agrava-se o panorama quando se constata a exigência indiscriminada de dados fiscais e pessoais das partes, importando em violação corriqueira do princípio também constitucional da inviolabilidade de dados (art. 5º, X e XII, CR), consectário necessário do princípio da dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagrou a excepcionalidade da quebra de sigilos fiscal e bancário, mesmo em hipótese de maior gravidade, como a execução fiscal, para fins de penhora[6].

Parece-nos que todos os processos em que haja a determinação de juntada de dados bancários e fiscais da parte fornecidos pela Receita Federal ou por instituições financeiras deverão se submeter às exigências do segredo de justiça, determinado pelo art. 155 do Código de Processo Civil.

III. DA PRERROGATIVA EXCLUSIVA DO DEFENSOR PÚBLICO DE AFERIR O DIREITO À GRATUIDADE. DO PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE.

A tese ora sustentada consiste em identificar a aferição do direito à gratuidade de justiça como atribuição exclusiva do órgão político da Defensoria Pública, no exercício de sua prerrogativa constitucional da independência funcional, cabendo ao órgão jurisdicional tão-somente a fiscalização do pressuposto processual da capacidade postulatória, ou seja, da presença ou não de afirmação de hipossuficiência nos autos.

O constituinte inscreve a assistência jurídica integral e gratuita como direito constitucional e institui a Defensoria Pública como órgão estatal para a consecução efetiva de

[6] "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. 1. A jurisprudência desta Corte admite a quebra do sigilo bancário após a constatação da inviabilidade dos meios postos à disposição do exeqüente para a localização de bens do devedor. 2. A recorrente não demonstrou que teria adotado outras providências para a localização de bens penhoráveis para, então, justificar a providência excepcional então pleiteada. 3. Recurso especial improvido." (REsp 740194/SP; Recurso Especial 2005/0056327-5; órgão julgador T2 – Segunda Turma; Relator Ministro CASTRO MEIRA (1125); data do julgamento 21/06/2005; DJ 22.08.2005, p. 252)

tal direito, dando à instituição autonomia administrativa e financeira, bem como conferindo aos seus agentes políticos independência funcional. Portanto é razoável reconhecer que a atribuição para a aferição da presença dos requisitos para exercício do direito caiba à própria instituição.

É o defensor público, tão-somente, que avalia a hipossuficiência daquele que busca a instituição para mera assistência jurídica extrajudicial, que não redunde em propositura de ação ou defesa em demanda judicial.

Assim, quando celebra contratos e acordos extrajudiciais, patrocina a parte em processo administrativo, fornece esclarecimentos jurídicos, o defensor público não necessita promover pedido judicial de gratuidade de justiça. Afere a presença ou ausência dos requisitos do benefício na entrevista pessoal, após o questionamento acerca das condições de seu sustento e de sua família, a exigência de documentos e o alerta quanto às conseqüências jurídicas de eventual afirmação inverídica.

Valoriza-se a relação imediata, pessoal, que o defensor público teve com a parte, no exercício do princípio da imediatidade, se nos permitem os princípios da jurisdição, em contraponto à análise distante dos autos pelo magistrado, no cumprimento tão simplesmente de sugestão dada pelo tribunal.

IV. DA RELAÇÃO ESTATUTÁRIA ENTRE O DEFENSOR PÚBLICO E SEU ASSISTIDO

Também favorece a tese proposta a relação estatutária, pública, legal, havida entre o defensor público e seu assistido, diversa, à evidência, da relação contratual do advogado com seu cliente[7].

O defensor público nada ganharia ao tentar promover, indiscriminadamente, ações para pessoas abastadas, a não ser um maior número de processos.

Como agente político – qualidade decorrente da independência funcional (art. 127, I, da Lei nº 80/94) – o defensor público, ao atuar na defesa dos direitos de seu patrocinado, age sob o prisma não do lucro econômico, legítimo na atividade privada, mas sob o enfoque público da melhor prestação jurisdicional, da administração da justiça, da não prática de atos atentatórios à dignidade desta mesma justiça.

É claro que, processualmente, permanece o magistrado no controle do pressuposto processual da capacidade postulatória, com a verificação da presença ou não da afirmação de hipossuficiência nos autos. Permanece, ainda, com a competência para solução de eventual conflito, ante a oferta, a qualquer momento do processo, de impugnação pela parte contrária (art. 7º da Lei n.º 1.060/50). Mas não lhe cabe aferir a presença da condição socioeconômica que autoriza o deferimento da gratuidade.

Admitir o controle sobre a presença ou ausência da condição de hipossuficiência sem provocação seria como facultar ao juiz fiscalizar o valor cobrado a título de honorários pelo advogado ou, na situação inversa, inédita na jurisprudência e na doutrina, indeferir o patrocínio por advogado, nomeando defensor público, ao observar que a parte é hipossuficiente e tem o direito constitucional à gratuidade de justiça.

V. DA EXCEPCIONALIDADE DA REVISÃO JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Na classificação dos agentes públicos, os defensores públicos estão inseridos como agentes políticos, pois dotados da prerrogativa da independência funcional.[8]

---

[7] DA SILVA, José Fontenelle Teixeira, *Advocacia Privada e Advocacia Estatutária – Uma Nova Proposta de Classificação das Atividades Privativas da Advocacia*, *in* Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, vol.II, Editora *Lumen Juris*, 2004, p. 173.

[8] "Os agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, função, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação, para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e liberdades próprias, estabelecidas na Constituição e em

Como princípio primordial, a independência funcional está diretamente ligada à insurreição do defensor público contra os demais poderes do Estado no exercício de suas funções, haja vista ser a Defensoria Pública considerada pela Constituição como instituição essencial à função jurisdicional do Estado e possuir, a princípio, a capacidade de demandar contra quaisquer dos entes estatais.

Por tal razão, não pode o defensor público se sujeitar a influências externas no desempenho de suas atribuições, sendo vedada a ingerência através de constrangimento, ou seja, pressão política, manipulação de remuneração, dentre outras. Assim, seus atos administrativos, como a identificação dos requisitos necessários ao deferimento da gratuidade, estão sob o pálio desta independência funcional, só excepcionalmente se admitindo a ingerência judicial na aferição do mérito administrativo.

VI. DA REDAÇÃO DOS ARTS. 22, II, DA LEI Nº 06/77 E 18, II, DA LEI Nº 80/94. DO APARENTE ÓBICE À TESE. DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

Aparente óbice ao até agora exposto pode ser encontrado na própria legislação específica da Defensoria Pública.

O art. 22, II, da Lei Complementar Estadual n.º 06/77 determina como uma das atribuições do defensor público de nosso Estado a de "*postular a concessão da gratuidade de justiça e o patrocínio da Defensoria Pública, mediante comprovação do estado de pobreza por parte do interessado.*"

Um tanto diverso, o art. 18, II, da Lei Complementar Federal n.º 80/94, inspirada na referida lei estadual, prevê como atribuição do defensor público da União "*postular a concessão de gratuidade de justiça para os necessitados*".

Confrontando as normas, observa-se que a federal, posterior, evitou a expressão "estado de pobreza", imprecisa e deselegante, substituindo-a pelo termo "necessitados", constante do art. 134 da CR, também impreciso. Além disso, a norma estadual preceitua expressamente a necessidade de comprovação de tal "estado de pobreza", dispensada na federal.

A interpretação imediata desta norma, aplicável tanto ao defensor público da União quanto ao do nosso Estado, é contrária a tudo o que se disse acima, levando à compreensão de que caberia ao defensor público "postular", ou seja, requerer, pedir a outrem, provavelmente ao juiz, "a concessão da gratuidade de justiça".

Contudo, voltando a nos socorrer dos ensinamentos de BARBOSA MOREIRA, não podemos nos diminuir nesta interpretação superficial: "Temos de interpretar o texto com espírito aberto ao sentido geral da Constituição".

Tanto o texto do legislador estadual, que se equivocou por não conhecer a nova ordem constitucional que viria onze anos depois, quanto o do legislador federal de seis anos depois de 1988, que repetiu o equívoco na reprodução do verbo, devem ser submetidos à interpretação constitucional de valorização do Estado Democrático de Direito, através do incremento e fortalecimento das instituições que viabilizam a *distribuição* de direitos.

Estamos a afirmar que se deve dar à norma interpretação conforme a Constituição, notadamente na conjugação de seus arts. 5º, LXXIV, e 134.

Ora, se o artigo 134 prevê que incumbe à Defensoria Pública "a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, *na forma do art. 5º, LXXIV,*" que por sua vez determina que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem

---

leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988." MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22.ed., São Paulo, RT, 1997.

insuficiência de recursos", parece-nos evidente que, se é a Defensoria Pública o órgão do Estado que prestará o serviço público essencial da assistência, será perante esta que deverá ser comprovado o direito à gratuidade.

Assim, a expressão "na forma do artigo 5°, LXXIV" determina que a comprovação deverá realizar-se perante o defensor público, que é aquele que, por determinação constitucional, promoverá a assistência jurídica gratuita e, portanto, está apto a aferir a hipossuficiência da parte.

VII. DA NECESSIDADE DE MAIOR REGULAÇÃO ANTE A NOVA PERSPECTIVA DA EXCLUSIVIDADE

O exercício desta exclusividade importa, por certo, em uma nova perspectiva para a instituição, exigindo maior rigor e forma.

Parece-nos necessária a regulação discriminada de uma processualização do deferimento da gratuidade de justiça, com o preenchimento de formulário, o oferecimento de respostas a questionário detalhado, subscritos pelo assistido junto à afirmação, bem como a exigência de apresentação de documentos mínimos. Dispensar-se-ia a exigência nos casos de urgência.

Os autos destes procedimentos administrativos seriam, após a análise pelo defensor público, devolvidos ao requerente da gratuidade, tanto para preservar o direito à privacidade dos dados, tão violado nesta formatação de exigência indiscriminada dos juízos, quanto para serem utilizados em eventual impugnação à gratuidade.

VIII. CONCLUSÕES

O constante questionamento da gratuidade de justiça em causas patrocinadas pela Defensoria Pública constitui constrangimento e óbice à livre e regular atividade de nossa instituição. Diante desta crescente dificuldade é que passamos a observar que, em verdade, a atribuição para analisar a presença dos requisitos da gratuidade constitui prerrogativa exclusiva da Defensoria Pública. Sintetizamos, assim, os seguintes fundamentos e conclusões:

1) O direito à assistência jurídica integral e gratuita é constitucional, constante do art. 5º, LXXIV, da CR, exercido através da Defensoria Pública (art. 134, CR), como instituição dotada pelo constituinte de autonomia administrativa e financeira, para ser instrumento eficaz do acesso à justiça;
2) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de dar à afirmação de hipossuficiência presunção *iuris tantum* de benefício, podendo ser, nestes termos, contestada pela parte contrária mediante provas a serem carreadas aos autos;
3) A exigência indiscriminada de dados fiscais e pessoais das partes importa em violação corriqueira do princípio também constitucional da inviolabilidade de dados (art. 5º, X e XII, CR), consectário necessário do princípio da dignidade da pessoa humana;
4) A atribuição para aferir o direito à gratuidade é exclusiva do defensor público, pois a Constituição institui a Defensoria Pública como órgão estatal para a consecução efetiva do direito à assistência jurídica integral e gratuita, dando à instituição a autonomia administrativa e financeira, bem como conferindo aos seus agentes políticos independência funcional;
5) Permanece o magistrado no controle do pressuposto processual da capacidade postulatória com a aferição da presença ou não da afirmação de hipossuficiência nos autos, bem como com a competência para solução de eventual conflito, ante a oferta, a qualquer momento do processo, de impugnação pela parte contrária (art. 7º da Lei nº 1.060/50);
6) Deve-se valorizar o princípio da imediatidade, pois, à evidência, a análise que o defensor público faz diante do requerente da gratuidade é superior àquela, distante, que o juiz faz diante dos autos;

7) O defensor público, como agente político – qualidade decorrente da independência funcional (art. 127, I, da Lei n.º 80/94) –, ao atuar na defesa dos direitos de seu patrocinado, age sob o prisma não do lucro econômico, da advocacia privada, mas sob o enfoque público da melhor prestação jurisdicional, da administração da justiça, da não prática de atos atentatórios à dignidade desta mesma justiça;
8) O ato administrativo da identificação dos requisitos necessários ao deferimento da gratuidade está sob o pálio da independência funcional, só excepcionalmente se admitindo a ingerência judicial na aferição do mérito administrativo;
9) Deve-se interpretar a norma dos arts. 22, II, da Lei n.º 06/77 e 18, II, da Lei n.º 80/94 conforme a Constituição, no sentido de que "postular a concessão da gratuidade" é, em verdade, a atribuição do defensor público de conceder ou negar a gratuidade judicial ou extrajudicialmente, e defendê-la em juízo ou fora dele no caso de impugnação de outrem;
10) Diante desta nova perspectiva, deve-se processualizar, sem burocratizar, o deferimento da gratuidade pelo defensor público, regulando discriminadamente a forma de questionários e a exigência de apresentação de documentos mínimos pelo requerente, para deferimento do benefício.

SISTEMATIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

LÚCIO MACHADO CAMPINHO[1]

A rotina forense demonstra o desconhecimento das normas constitucionais pelos operadores do direito. O presente trabalho tem por finalidade sistematizar suas espécies, densidade e aplicação.

1. NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS

O sistema normativo constitucional pátrio em muito se parece com o sistema português, o que vem demonstrar a influência deste na Assembléia Nacional Constituinte, instalada em 1987. Pode-se dizer que é, como em outros regimes constitucionais, um sistema jurídico-normativo aberto que constitui um Estado democrático de direito.

Diante da maturidade alcançada pela Constituição Portuguesa, faz-se imperativo, sempre que necessário, valermo-nos da experiência e dos estudos lá desenvolvidos.

O sistema jurídico-normativo apontado traz, em seu corpo, algumas idéias fundamentais para o desenvolvimento do tema. Canotilho[2], tratando do assunto, sempre com muita propriedade, nos explica que a Carta Lusitana é um sistema jurídico constituído pela dinâmica das normas que possuem disponibilidade e "capacidade de aprendizagem", para captarem e se adaptarem às mudanças sociais, atentando sempre para os diferentes valores, programas, funções e pessoas.

Estas normas, para que não pairem dúvidas, merecem atenção quanto à metodologia jurídica de identificação. Comumente, há distorções técnicas na utilização das expressões "norma", "regra" e "princípio". No decorrer dos tempos, vários critérios foram sugeridos e até utilizados. A metodologia tradicional não reconhecia sequer a diferença entre norma e regra. Após passarmos pelos critérios dos graus de abstração e de determinabilidade, do caráter de fundamentabilidade e da proximidade da idéia de direito, a metodologia contemporânea[3], que busca a distinção na natureza normogenética, difere os conceitos, tendo a norma como gênero e, a regra e o princípio como espécies desse gênero. Basicamente, as regras se distinguem dos princípios por serem comandos imperativos que impõem, permitem ou proíbem, e são ou não cumpridas, enquanto estes são imposições de otimização passíveis de vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos.

O sistema de normas constitucionais, que são jurídicas, portanto, portadoras de coercibilidade, podendo invalidar atos dos demais poderes, deve, a princípio, levar o operador a supervalorizar as regras constitucionais em detrimento dos princípios constitucionais. Em passagem clássica, abordada em várias obras, colocou Celso Antônio Bandeira de Mello:

> *" Princípio, é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro, alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...)".*

---

[1] Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, Mestre pela FDC - área de concentração: Políticas Públicas e Processo, Pós Graduado em Direito Processual Civil pela FDC, Pós Graduado em Direito Público pela FDC.

[2] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª ed. Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, 1998, p. 1033.

[3] Idem, ps. 1035.

> *“ Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do principio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...]”* [4].

Faz-se necessário a definição da tipologia de princípios e de regras dentro dos quadros do direito constitucional.

Dentre as várias classificações existentes, procuraremos apresentar as mais adequadas ao trabalho. Inicialmente, devemos ter em mente a espécie de Estado em que vivemos.

A expressão “Estado de Direito” é originária da Alemanha – *Rechtsstaat* – e valorizava a autonomia individual diante do Estado, devendo ser precedida da existência de uma lei do parlamento, antes de qualquer intervenção deste sobre a liberdade e a propriedade do indivíduo. A idéia de “Estado Constitucional”[5], ou Estado de Direito Constitucional, veio dos Estados Unidos, que apresentava, como justificação do poder do Estado a legitimidade dada pelo povo, titular do poder constituinte.

Esta valorização do constitucionalismo é conseqüência da ascensão da burguesia, que tinha um projeto para preservar a liberdade individual, sendo este, o meio para justificar a felicidade do povo, pois, somente através da felicidade individual, poder-se-ia alcançar a felicidade coletiva. Este discurso, próprio do constitucionalismo moderno, liberava as atividades econômicas da ação do Poder Público, pois acreditava-se que as leis naturais eram suficientes para regular a economia.

Assim, aos indivíduos era assegurada a licitude da prática de tudo quanto não fosse proibido por lei, posição antinômica à do Poder Público [6].

A partir da metade do século XIX, evidencia-se a crise do Estado liberal, que, até então, se apresentava como mero “policiador” dos economicamente hipossuficientes e “espectador” do livre atuar do poder econômico. Desse modo, passa-se a identificar a ausência de meios do Poder Público para intervir na autonomia privada, então reclamada pelos excluídos economicamente.

Após a Primeira Grande Guerra, os Estados passaram a regular, em suas constituições, os meios de intervenção e controle do poder econômico. Vencido o primeiro estágio, urgia restringir o poder político controlador do poder econômico[7], pois, do contrário, haveria a concentração dos poderes político e econômico naqueles que sempre tiveram esses controles. Sem suprimir a idéia de liberdades individuais, transformaram essa idéia em liberdades e direitos fundamentais, que passavam a ver a pessoa não como intocável em suas liberdades, e sim a pessoa inserida na sociedade, que deveria ceder um pouco de sua liberdade em prol do objetivo social. Além dessa característica, impôs-se ao Estado o dever de agir a fim de reduzir as diferenças sociais, melhor partilhando as riquezas, bem como se passou a responsabilizar o Estado pelos vários vieses do bem-estar social.

Este dever de agir, por parte do Estado, na fase posterior à Segunda Guerra Mundial, apresenta-se não mais como mero indicativo ou sugestão, e sim como compromisso de

---

[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. .São Paulo. Malheiros Ed.: 1986, p. 230.

[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes Estado de Direito. Lisboa – Portugal: Grávida Publicações Lda, 1999, p. ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales, tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estúdios Constitucionales, 1993, p. 72. DWORKIN, Ronald. Los Derechos em Serio, tradução de Marta Guastavino, Editora Ariel, Barcelona, 1984, p. 53.

[6] PASSOS, J. J. Calmon de, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, *Habeas Data* (Constituição e Processo), Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 86.

[7] Idem, p. 87.

cumprimento de programa político. Por conseqüência, o povo passa a ter "pretensão"[8] de que o Estado lhe preste o que foi prometido em relação aos deveres jurídicos fundamentais.

No caso brasileiro, que não é o único, a atual Constituição se apresentou com efeito mitificador, o único meio viável para resolver a crise de governabilidade e de legitimidade que assolava o país, decorrente de um regime militar imposto. Nas palavras de José Eduardo Faria, "(...) os mitos constituem-se em uma técnica de controle social para a consolidação de um determinado padrão de dominação, revestindo-o de uma auréola inquestionável" [9].

É bem verdade que o resultado político da Constituinte foi uma defesa não tão brilhante das teses de governabilidade, calcadas na razão, na eficiência e na técnica, a fim de manter as políticas públicas que prestigiam os interesses do capital. O discurso antiestatizante se torna uma ideologia, seguindo o padrão da Convenção de Washington, para dar continuidade a incentivos que viabilizassem investimentos privados, socializando as obras em infra-estrutura, concedendo subsídios tributários e de créditos, etc.

Por outro lado, houve movimentos organizados de grupos em defesa de interesses populares que visavam à melhor distribuição de renda e à reforma da relação do poder com a riqueza, conseguindo consolidar avanços políticos e sociais.

Contudo, várias dessas conquistas ficaram carentes de implementação, consistindo numa verdadeira delegação do Constituinte aos poderes constituídos para integrar as normas constitucionais. A "batalha regulamentar"[10] está sendo travada pelos personagens e pelos interesses em jogo. No entanto, os integrantes do "jogo" normalmente se apresentam despidos de projetos e de prioridades, ou então como grupos com força para impedir avanços legislativos.

> *" É por essa razão que o processo de reorganização jurídico-institucional do país continua em aberto. Nesse processo, é certo que o Legislativo terá papel importante; mas a falta de representatividade do espectro partidário e o não enraizamento social dos partidos mais importantes, quase todos ideologicamente descaracterizados e tendo como denominador comum a ambigüidade programática e o apego a práticas fisiológicas, cartorais e clientelistas, farão com que o jogo político continue fortemente dependente de confrontos e negociações no âmbito do Executivo, cujos programas sociais e políticas públicas constituem fantásticos recursos de poder" [11].*

Flávia Piovesan, ao analisar a Constituição de 1988, afirma que se trata de um Estado dirigido ao bem-estar social, sem perder a característica também de ser um Estado capitalista, haja vista que um não exclui o outro.

> *" Saliente-se, ademais, que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção pelo sistema capitalista, que, todavia, não perfaz contradição como o modelo de Estado voltado ao bem-estar social, cunhado no título definidor da ordem social desta mesma Carta. Esclareça-se: o Estado de bem-estar social não se confunde com o Estado socialista e com o regime da propriedade privada coletiva dos meios de produção, mas implica em modelo de Estado que concretize o direito a prestações positivas (...).*
> *[...]*
> *Em síntese, extraí-se do sistema constitucional de 1988 os delineamentos de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social.*

---

[8] Idem, p. 87 e 88.

[9] FARIA, José Eduardo, O Brasil Pós-Constituinte, Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1989, p. 9 e 10.

[10] Idem, p. 67.

[11] Idem, p. 76 e 77.

Consagra-se a preeminência ao social. Com o Estado Social, como observa Paulo Bonavides, o Estado-inimigo cede lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem a se transformar num pacto de garantia social. Assim, o Estado Constitucional Democrático de 1988 não se identifica com um Estado de Direito Formal, reduzido a simples ordem de organização e processo, mas visa a legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável.

O texto constitucional de 1988 confirma, neste sentido, o esgotamento do modelo liberal de Estado, em face do aumento de bens merecedores de tutela, que exigem a eficiência de um Estado de Bem-Estar Social, intervencionista e planejador" [12].

O professor Eros Roberto Grau, após interpretar e criticar a ordem econômica na Constituição de 1988, chega à conclusão próxima de Flávia Piovesan.

" *Explicitando o sistema capitalista como aquele pelo qual faz opção a ordem econômica na Constituição de 1988, cabe indagarmos se, ao fazê-lo, o texto constitucional rejeita – ou não rejeita – a economia liberal e o princípio da auto-regulação da economia.*

Essa indagação é, também, prontamente respondida: há, nela, nitidamente, rejeição da economia liberal e do princípio da auto-regulação da economia. Basta, para tanto, ler o art. 170; como anotei anteriormente neste ensaio, a ordem econômica liberal é substituída por uma ordem econômica intervencionista*.*

Sucede que dizer que a ordem econômica na Constituição de 1988 é intervencionista*, simplesmente, ou* neoliberal*, é nada dizer. [...].*

A ordem econômica (mundo do dever ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do Estado Democrático de Direito *que, segundo o art. 1º do texto, o Brasil constitui. Não afirma como Estado de Direito Social – é certo – mas a consagração dos princípios da participação e da soberania popular, associada ao quanto se depreende da interpretação, no contexto funcional, da totalidade dos princípios que a conformam (a ordem econômica) , aponta no sentido dele.*

A inexistência de contradição entre tais princípios, a textura das regras constitucionais consideradas e, ainda, a atribuição, à sociedade, de legitimidade para reivindicar a realização de políticas públicas podem fazer do estado efetivo agente – por ela responsável – da promoção do bem-estar.

À busca da realização do bem-estar a Constituição apresta a sociedade e o Estado, busca que se há de empreender não em nome ou função de uma ideologia, mas como imposição de determinações históricas que são mais do que ideológicas. O Alcance do bem-estar é, historicamente, o mínimo que tem a almejar a sociedade brasileira" [13].

Apesar de renomados autores[14] entenderem que a Constituição de 1988 representa um Estado de Direito Social, em que há possibilidade de intervenção na economia e deveres de prestação de bem-estar social, há outros tantos que assim não pensam. José Afonso da Silva define a Constituição atual como "capitalista"[15], haja vista os princípios constitucionais da livre

---

[12] PIOVESAN, Flávia Cristina, Proteção Judicial contra Omissões Legislativas, Ed. Revista dos Tribunais, ps. 40 e 41.

[13] GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 321 e 322.

[14] SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 679, BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 336, BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, ps. 473 e 474.

[15] SILVA, José Afonso da, Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 679.

concorrência, livre iniciativa e da propriedade privada, sendo esta última prevista no artigo 170, inciso II, da Constituição Federal, e entendida de forma diversa da propriedade privada disposta no artigo 5°, inciso XXII, da mesma norma, pois aquela importa na observação e inserção da propriedade privada nos meios de produção. Contudo, não deixa de reconhecer os mecanismos sociais consagrados na Constituição.

Numa posição mais radical, Ricardo Lobo Torres defende a minimização dos direitos sociais, devendo ser considerado inconstitucional o que exceder este mínimo. Entende ele que a pobreza não é imoral e que o estado deve se preocupar apenas com o nível mínimo de pobreza. Sua posição de interpretação constitucional basicamente liberal o leva a ter como certo que a liberdade de mercado e sua ampliação possuem nível não inferior à dignidade que se busca com o nível mínimo de pobreza, senão vejamos:

> *"Esses direitos às vezes aparecem, principalmente na doutrina alemã, sob a denominação de* direitos fundamentais sociais*, em virtude de sua constitucionalização, principalmente através da cláusula do Estado Social; mas, segundo a maior parte dos autores germânicos que a adotam, subordinam-se à justiça social, encontram-se sob a 'reserva do possível' e constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial. A Constituição de 1988 abre, no Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, o capítulo II, que discrimina os direitos sociais (arts. 6° a 11), separando-os, entretanto, dos direitos individuais e coletivos, de que trata o Capítulo I (art. 5°); o só critério topográfico não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais" (grifo do autor)* [16].

No mesmo artigo, ele nos diz:

> *"Vê-se, pois, que a circunstância de alguns autores terem reduzido os direitos sociais aos mínimos sociais, sem lhes explicar a vinculação à liberdade e sem lhes estender a eficácia própria dos direitos humanos, enfraqueceu a possibilidade de sua plena afirmação. Tentativas como a do Prof. Peces-Barba Martinez, de reduzir os direitos sociais às necessidades básicas dos cidadãos, o que significa restringi-los ao mínimo existencial, têm a vantagem de tornar factível a sua garantia, embora presente o paradoxo de, em homenagem à justiça, fraccioná-los em razão dos destinatários, retirando-lhes algumas das características essenciais dos direitos fundamentais – a igualdade e a universalidade – e deixando fora do discurso a questão dos direitos econômicos e sociais das classes médias e de quem está acima do nível mínimo de pobreza, também dignos de ampliação"* [17].

É correto afirmar que, mesmo diante de divergência sobre em que espécie de Estado se enquadra o Brasil, há previsões constitucionais que dirigem o atuar do Estado, estabelecendo programas de governo, inclusive criando verdadeiras obrigações que consistem em autênticos direitos subjetivos ao povo em ver atendidos certos direitos pelo Estado.

Outra expressão do aspecto liberal da Constituição atual é o artigo 174, que exige regulamentação para que o estado possa intervir na atividade econômica, mas somente com as funções "de fiscalização, incentivo e planejamento". Entretanto, o artigo 170 prevê no *caput* que a livre iniciativa tem por fim a existência digna e a justiça social, e elenca em seus princípios: a propriedade privada junto à livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a busca do pleno emprego, que possuem nítido caráter social.

---

[16] TORRES, Ricardo Lobo, A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, *in* TORRES, Ricardo Lobo (org.), Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 283 e 284.

[17] Idem,. p. 293 e 294.

2. DENSIDADE E ABERTURA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A abertura das normas constitucionais significa o caráter geral e indeterminado de que muitas delas estão imbuídas, por isso mesmo, se "abrem" à mediação legislativa concretizadora[18]. Desta abertura decorrem normas sobre as quais há um consenso geral da hipótese de aplicação; normas para as quais é necessário criar um espaço de conformação política, em que a luta pelas conquistas permanece até sua efetiva aplicação; e normas para as quais podem ser justificadas medidas coercitivas ou adaptadoras.

Quando há um consenso geral das hipóteses e limites da aplicação da norma constitucional, não há maiores dificuldades, já que a jurisprudência deu conta de delinear a fórmula interpretativa.

Dos demais casos, sob o ponto de vista metódico[19], a abertura comporta numa delegação aos órgãos competentes, carecendo de regulamentação normativa, bem como da identificação de densidade suficiente para aproximar as normas constitucionais de seus efeitos e condições de aplicação.

Não é correto reduzir as normas constitucionais em simples esquema subsumitivo decorrente, nas palavras de Luhmann[20], de um "programa-condicional". Cabe, então, aos concretizadores do direito (o legislador, o juiz e a administração) estabelecer os pressupostos de fato para adotar certos comportamentos.

Quanto aos pressupostos da densidade, Canotilho[21] apresenta os seguintes: (1) quando há necessidade de tomar decisões inequívocas em relação a certas controvérsias; (2) quando se trata de definir e identificar os princípios identificadores da ordem social; (3) quando a concretização constitucional imponha, desde logo, a conveniência de normas constitucionais densas.

A densidade, em certas normas, exige uma discricionariedade menor que outras, sendo algumas normas passíveis de concretização e outras carentes de integração. Vejamos os seguintes exemplos: as normas constitucionais que regulam a liberdade de imprensa são normas mais densas (art. 5º, IX, e art. 220, §§ 1º e 2º) do que as normas que estabelecem como tarefa do Estado promover uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º).

A questão da densidade depende de um desenvolvimento em relação à interpretação.

3. TIPOLOGIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A classificação das espécies normativas não difere muito do desenvolvido por José Afonso da Silva, em sua obra "Aplicabilidade das Normas Constitucionais"[22], que apresenta a estruturação tendo como norte a eficácia:

I) *normas constitucionais de eficácia plena*: são todas aquelas que dispensam complementação por normas infraconstitucionais, uma vez que oferecem os elementos necessários à realização ou vedação dos interesses e situações nelas previstos.

---

[18] Jorge Miranda, *apud* por CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª ed. Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, 1998, p. 1054.

[19] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª ed. Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, 1998, p.1055.

[20] Idem, p. 1055.

[21] Idem, p. 1055.

[22] SILVA, José Afonso da, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Malheiros, 1998, p. 63 e s.

II) *normas constitucionais de eficácia contida ou redutível*[23]: também possuem a possibilidade de produzir imediatamente todos os efeitos desejados, mas, em seu próprio corpo, prevêem meios para conter o alcance das normas a um certo limite, dadas certas circunstâncias. Contudo, enquanto não for editada a norma restritiva, a eficácia permanece plena.

III) *normas constitucionais de eficácia limitada*: apesar de possuírem eficácia jurídica, já que estabelecem os contornos e limites para atuação do legislador ordinário, além de substituírem as normas da constituição anterior e não recepcionarem as normas infraconstitucionais que com elas não ostentarem compatibilidade material, não conseguem alcançar sua eficácia social sem uma integração normativa.

Prossegue o autor, criticando a divisão dada pela doutrina até então, principalmente a italiana, que tinha como espécies de normas programáticas as "normas programáticas" e as "normas de legislação", pois, na realidade, há normas programáticas que também são de legislação.

Em contrapartida, apresenta a divisão em princípios regulativos ou institutivos e os princípios programáticos.

As normas constitutivas de princípios institutivos, José Afonso da Silva, são "aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei" [24].

Sob o aspecto da obrigatoriedade, carece distinguir essas normas em impositivas e facultativas.

As impositivas são as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa. Citamos, como exemplos, os art. 20, § 2º; art. 33; art. 37, XI; art. 107, parágrafo único, que possuem os verbos "disporá", "fixará" e "disciplinará".

As facultativas ou permissivas não impõem uma obrigação; limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir a situação nelas delineada[25]. Como exemplos, o art. 22, parágrafo único; art. 125, § 3º e art. 25, § 3º, valendo-se do verbo "poderá".

Para Pontes de Miranda as normas programáticas são:

> *"Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames que são como programas dados à sua função" [26].*

Crisafulli, tratando do mesmo tema, citado por José Afonso da Silva[27], afirma que:

> *"(...) um programa tendo como objeto principal a disciplina das relações sociais, e, mais na geral, da ordenação da sociedade estatal, ou seja, do Estado em sentido amplo, segundo princípios democraticamente avançados e realistas, em coerência com a definição do art. 1º, pelo qual a República italiana é fundada sobre o trabalho.*
> *[...]*
> *(...) aquelas normas constitucionais com quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos, legislativos, de direção*

---

[23] TEMER, Michel, Elementos de Direito Constitucional, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 27.

[24] SILVA, José Afonso da, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Malheiros, 1998, p 126.

[25] Idem,. p. 126 e 127.

[26] Idem,. p. 137.

[27] Idem,. p. 137 e 138.

política e administrativos, precisamente com um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos moldes e nas formas das respectivas atividades. [...]

Normas que, em vez de regular, desde o primeiro momento de modo direto e imediato, determinadas situações e relações (a que se referem), regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem aquilo que os governantes deverão ou poderão fazer (e, inversamente, pois, aquilo que não poderão fazer) relativamente aos assuntos determinados."

Em termos conceituais, José Afonso da Silva, em conformidade com J. H. Meirelles Teixeira, define como programáticas:

"(...) aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à revalidação dos fins sociais do Estado" [28].

Por fim, podemos indicar as normas programáticas divididas em três grupos, segundo os sujeitos vinculados: I) normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade: art. 7º, XX, art. 216, § 3º, art. 218, § 4º, todos da Constituição Federal de 1988; II) normas programáticas referidas aos Poderes Públicos: art. 21, IX; art. 184; art. 211, § 1º; art. 218; art. 226, também todos da Constituição atual; III) normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral: art. 170, art. 193, todos do mesmo diploma legal.

Verifica-se, com esta classificação, que Pontes de Miranda tratou regras e princípios como expressões sinônimas e que José Afonso da Silva não distinguiu regra de princípio, contudo indicou que as normas programáticas constituem verdadeiros princípios.

Na classificação apresentada por Canotilho, merecem destaque as "regras constitucionais impositivas". Segundo ele:

" *As normas constitucionais impositivas apresentam-se em estreita conexão com as normas determinadoras de fins e tarefas e com os princípios constitucionalmente impositivos. Em relação a estes últimos suscita-se a problemática da distinção entre regras e princípios. Relativamente às primeiras, importa fazer uma importante clarificação: (1) normas constitucionais impositivas em sentido amplo são todas aquelas que fixam tarefas e directivas materiais ao Estado; (2) normas constitucionais impositivas em sentido restrito são as* imposições de carácter permanente e concreto*. Nesta última categoria há ainda que distinguir dois subgrupos: (a)* imposição legiferantes ou imposições constitucionais*; (b)* ordens de legislar*.*

As ***imposições legiferantes*** *– as verdadeiras imposições constitucionais – vinculam constitucionalmente os órgãos do Estado (sobretudo ao legislador), de uma forma permanente e concreta, ao cumprimento de determinadas tarefas, fixando,* inclusive*, directivas materiais.*

As ***ordens de legislar*** *reconduzem-se a* imposições constitucionais únicas *que impõem ao legislador e emanação de uma ou várias leis, destinadas, em geral a possibilitar a instituição e funcionamento dos órgãos constitucionais.*

A importância das normas constitucionais impositivas deriva do facto de elas imporem um dever concreto e permanente, materialmente determinado, que, no caso de não ser cumprido, dará origem a uma omissão inconstitucional*.*

Por outro lado, o facto de as imposições constitucionais conterem, algumas vezes, os critérios materiais que o legislador deve observar quando

[28] Idem, p. 138.

> *as concretiza, suscita o problema de saber se a* liberdade de conformação do legislador *não será aqui particularmente limitada, a ponto de se poder falar em simples* discricionariedade legislativa*. Isto levanta o problema conexo de saber se neste domínio não haverá possibilidade de se configurar um* vício por excesso do poder legislativo*" [29].*

Ainda sobre a tipologia das normas constitucionais, não podemos deixar de registrar a classificação de Luís Roberto Barroso[30], que tem as normas constitucionais na seguinte classificação:

> *"A. Normas constitucionais que têm por objeto organizar o exercício do poder político: NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ORGANIZAÇÃO;*
>
> *B. Normas constitucionais que têm por objeto os direitos fundamentais dos indivíduos: NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITO;*
>
> *C. Normas constitucionais que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado: NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS".*

As normas de organização ou estruturação são as que instituirão os poderes constituídos, os órgãos essenciais ao funcionamento do Estado, a delimitação das suas competências, bem como darão formas e procedimentos ao poder público no exercício de seu *munus*.

Miguel Reale, citado por Luís Roberto Barroso, ao tratar do tema, apesar do efeito imediato que busca demonstrar, na verdade não passa o real conteúdo do caráter de organização, vinculando-se, efetivamente, às conseqüências das regras, que, em geral, regulam tal matéria.

> *"O que caracteriza (as normas de organização) é a obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas conseqüências. Ora, não havendo a alternativa do cumprimento ou não da regra, não há que falar em hipoticidade"[31].*

A diversidade e complexidade das normas organizatórias alcançam a estrutura do Estado, a divisão das competências e as atribuições dos mais variados órgãos fundamentais para seu funcionamento e disciplinam a interpretação e a aplicação de outras normas.

As normas constitucionais definidoras de direitos se agrupam em três grandes categorias: direitos políticos, direitos individuais e direitos sociais.

Quanto aos direitos de participação política, já advertia John Randolph Lucas, citado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sempre possuíram muitas formas, mas "nenhuma forma de participação é totalmente satisfatória"[32], haja vista as vantagens e desvantagens a serem conciliadas, mas sempre poderão ser identificadas na busca incessante de compatibilização entre meios e fins.

Atendo-nos à classificação do professor Luís Roberto Barroso, os direitos de participação política se dividem em direito de nacionalidade, consistente na incorporação do indivíduo numa comunhão nacional, concedendo-lhe prerrogativas e impondo-lhe deveres, e o direito de

---

[29] CANOTILHO, J. J. Gomes, *ob. cit.* p. 1046 e 1047.

[30] BARROSO, Luís Roberto, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996, p. 95.

[31] REALE, Miguel, Lições Preliminares de Direito, p. 115, citado por BARROSO, Luís Roberto, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996, p. 95.

[32] LUCAS, Randolph, p. 109, *apud* por MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Direito de Participação Política, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1992, p. 69.

cidadania, que abrange a capacidade eleitoral, ou direito de votar, e a capacidade eletiva, ou direito de ser votado.

Os direitos individuais, em contrapartida, impõem limitações à atuação do poder público, preservando a autonomia e a iniciativa dos particulares. É bem verdade que houve evolução desse direito para direito fundamental, onde se observa uma limitação dos direitos individuais perante os anseios da coletividade, bem como se pode chamar de direitos fundamentais de terceira geração, onde há disposição de meios para defender direitos difusos e coletivos, inclusive ao meio ambiente saudável e equilibrado, à preservação dos direitos dos consumidores, o que até então era visto como ato de livre disposição entre as partes, sem possibilidade de ingerência do Estado, elevando, ao extremo, o princípio *do pacta sunt servanda*.

Os direitos sociais, que se subdividem em direitos sociais propriamente ditos, direitos econômicos e direitos culturais, são os que difundiram os direitos fundamentais de segunda geração, e tiveram como marco a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, as duas primeiras constituições ocidentais após a Primeira Grande Guerra Mundial. Estes direitos sociais foram caracterizados por uma tímida intervenção estatal na economia, como a conquista de direitos trabalhistas, positivando-os de forma a excluí-lo das negociações trabalhistas. Outro direito social é o acesso à cultura, que, apesar da promessa constitucional, até hoje, é restrito a uma margem bastante pequena da sociedade.

É bem verdade que, apesar de não atingir sua plenitude, o que se convencionou chamar de direitos fundamentais de terceira geração, em nossa atual Constituição, não exclui, por completo, o duplo conteúdo: o negativo, ainda vinculado aos direitos individuais que impõem abstenção de atuar pelo Estado, não podendo este tolher a livre iniciativa e a autonomia privada; e o positivo, impondo ao Estado o dever de prestar certos serviços, como o de prestar jurisdição e possibilitar que todos a ela tenham acesso, além de adoção de atos de bem-estar social.

As normas constitucionais programáticas, já tratadas, só têm dimensão num estado social ou com aspectos sociais.

CONCLUSÕES

01) As expressões “norma”, “regra” e “princípios” possuem conceitos técnico-jurídicos distintos e merecem identificação própria, para possibilitar uma correta interpretação do comando constitucional.

02) A distinção tipológica de regras e princípios depende da “espécie” de Estado. O Brasil, por opção expressa do Poder Constituinte Originário, é um Estado Democrático de Direito.

03) O Constituinte Originário condicionou várias conquistas sociais à regulamentação pelos poderes competentes, dando ensejo à “batalha regulamentar”.

04) A atual Constituição da República Federativa do Brasil possibilita a intervenção do Estado na ordem econômica, impondo a este a prestação de bem estar social, o que constitui verdadeiros direitos fundamentais sociais.

05) As normas constitucionais em vigor são passíveis de se adequarem ao consenso geral na hipótese de aplicação, dependendo da densidade sêmica que, por sua vez, mantém interdependência com a interpretação e o momento histórico-político-social.

06) As formas de identificar a densidade sêmica são: (1) quando há necessidade de tomar decisões inequívocas em relação a certas controvérsias; (2) quando se trata de definir e identificar os princípios identificadores da ordem social; (3) quando a concretização constitucional imponha, desde logo, a conveniência de normas constitucionais densas.

07) Independente da classificação tipológica que se adote, todas as normas constitucionais têm eficácia e sua imposição depende de elementos objetivos e subjetivos da norma: identificar o comando e quem deve praticá-lo ou dele abster-se.

08) Os direitos fundamentais, hoje tidos de terceira geração, possuem duplo conteúdo: o negativo, que impõe abstenção de atuar pelo Estado, impedindo-o tolher a livre iniciativa e a autonomia privada; e o positivo, impondo ao Estado o dever de prestar serviços e atos de bem estar social.

09) Numa Constituição com aspectos sociais, as normas programáticas devem ser cumpridas pelos poderes constituídos, visando a revalidação social do Estado.

10) As normas constitucionais objetivam não apenas regular o contexto social existente, mas tem força conformadora capaz de mudar a realidade social. Nisto se verifica o alcance da efetividade de uma Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª ed. Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, 1998.

_____, Estado de Direito. Lisboa – Portugal: Grávida Publicações Lda, 1999.

FARIA, José Eduardo, O Brasil Pós-Constituinte. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, *Habeas Data* (constituição e processo). 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

PIOVESAN, Flávia Cristina, Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, José Afonso da, Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____, Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

TEMER, Michel, Elementos de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo (org.), Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIANA, Luiz Werneck (0rg.), Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E DEFENSORIA PÚBLICA

Luiz Otavio de Souza Matta 1

1- APRESENTAÇÃO:

De uns tempos para cá, já se tornou corriqueiro na mídia a idéia de que o Judiciário encontra-se em crise, que não estaria sendo capaz de responder com eficiência e rapidez à crescente demanda de conflitos de interesses que bate a sua porta.

Não resta dúvida de que a referida crise existe e que o Judiciário apresenta muitas mazelas que não condizem com a evolução e o dinamismo da nossa sociedade, cujas relações se tornam cada vez mais etéreas e a necessidade de respostas se fazem cada vez mais imediatas.

Partindo deste pressuposto e contando com os ensinamentos obtidos na cadeira de "acesso à justiça" do Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, no mestrado de direito da cidade da UERJ, onde esta discussão esteve sempre presente, o trabalho proposto pretende enfrentar este problema de um ângulo, por óbvio, bem mais tímido, mas para nós também de grande importância, qual seja, o da Democracia Participativa.

A primeira premissa que tentaremos desenvolver é que o referido problema não é só do Judiciário ou, especialmente, haja vista o direcionamento do presente trabalho, do Processo, mas sim do próprio Estado, na concepção que temos deste desde as revoluções burguesas.

A referida ligação não é difícil de ser estabelecida, já que a solução dos conflitos de interesses, fim primordial do Poder Judiciário e do processo como instrumento, é, dentro das premissas da nossa concepção moderna de Estado, uma das funções básicas do Estado, haja vista o artigo 2° da nossa Carta Magna e as idéias do Barão de Montesquieu no seu *Do Espírito das Leis.*

Nesta linha de raciocínio, e revelando a timidez do presente trabalho, enfrentaremos uma das premissas básicas da noção que temos do nosso Estado, que é a Democracia, e, conseqüentemente, a evolução desta noção até os dias atuais.

1 Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro, mestrando em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e professor de Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes (Niterói).

Ao fim e ao cabo das poucas linhas traçadas sobre o tema, chegaremos ao desafio da Democracia Participativa e, na mão inversa do raciocínio desenvolvido alhures, chegaremos ao Processo e o problema da participação no processo.

No desenvolvimento do texto sobre o referido problema, deixamos de lado a importante análise das tutelas coletivas, focada nas ações civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo, todas com notado escopo político e de participação.

Optamos por este caminho, por entendermos que o escopo político do processo não reside apenas nas referidas ações e na importância social e política das tutelas coletivas na sociedade atual, mas também, e principalmente, na atitude da população e na dos operadores de direito diante da democracia participativa e de um Processo indissociável desta participação.

Neste caminho, indicaremos a informação como elemento fundamental para a efetiva participação da população no processo e analisaremos, finalmente, o papel da Defensoria Pública como um dos atores deste ideal de Justiça e PartiCipação que deve ser buscado por todos nós.

li-A EVOLUÇÃO DO ESTADO E DA IDÉIA DE DEMOCRACIA:

Antes de adentrarmos à análise da evolução do Estado e da conseqüente idéia de democracia, algumas premissas precisam ser traçadas, notadamente a de que até mesmo o Processo tem conteúdo ideológico e político.

Reafirmando o que restou acima plasmado, trazemos à colação a lição de vários doutrinadores neste sentido, apesar da aparente neutralidade do Processo, impressão esta passada para muitos operadores do direito e, principalmente, para os estudantes de direito quando se defrontam pela primeira vez com a Teoria Geral do Processo:

"O jurídico coabita, necessariamente, com o político e com o econômico. Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito. Nenhum instituto jurídico, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem mesmo o processo, um instrumento aparentemente neutro, estritamente técnico, foge desse comprometimento. Ele também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas". [2]

2 Passos, J. J. Calmon. Democracia, Participação e Processo in Participação e Processso coorrd. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinmarco e Kazuo Watanabe. São Paulo, Ed. RT, 1988, p.83.

"Nessa linha, foi surgindo a consciência de que o sistema processual não tem objetivos puramente técnicos, com a afirmação de sua permeabilidade à ação dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e com o reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina",3

"Por conseguinte, o direito de ação enquanto direito à prestação jurisdicional, quer se enfoque a jurisdição sob o prisma tradicional, quer a ela se atribua um novo perfil, apresenta sempre uma conotação política", 4

Neste *mister,* e somente a título de complementação do tema, não podemos esquecer também, que o Processo possui *uma* grande carga social, na medida que esta ligado diretamente à vida das pessoas na sociedade, sendo certo que a evolução da nossa sociedade também influencia diretamente o processo, conforme a brilhante lição do professor Mauro Capelletti em seu artigo denominado "Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil"5,

Traçada esta premissa, que se apresenta, até certo ponto óbvia e necessária para quem lida com os problemas que o Processo vem enfrentando, não podemos deixar escapar da nossa vista que a função jurisdicional ao qual o Processo se insere, e serve de instrumento, é uma das funções básicas que se atribuem ao Estado. na lição do gênio de Montesquieu, em sua obra *Do Espírito das Leis,* e está consagrada no artigo 2° da nossa Constituição Federal.

Destarte, fica claro e cristalino que a evolução, as eventuais crises e a noção que se tem do papel do Estado influenciam de maneira decisiva toda a dogmática processual, o que só vem a corroborar a tese inicial de que o Processo não pode ser considerado neutro e que sofre influências políticas e sociais.

Neste ponto do trabalho deve ser destacado que o presente texto não se presta a enfrentar toda a discussão sobre o papel do Estado na Sociedade Contemporânea, mas apenas verificar a evolução do Estado sobre o prisma

3 Dinamarco, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo in Participação e Processso coorrd. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinmarco e Kazuo Watanabe. São Paulo, Ed. RT. 1988, p.114. 4 Ramos, Elival da Silva. O direito de Ação como direito político in Participação e Processso coorrd. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinmarco e Kazuo Watanabe.São Paulo, Ed. RT, 1988, p.157. 5 Cappelletti, Mauro. Formações Sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Revista de Direito Processual Civil, 5, São Paulo, Ed. RT, 1977.

da democracia, na medida em que reputamos a questão da participação no Processo algo a ser urgentemente enfrentado e que permeia toda a crise que está sendo enfrentada pelo Poder Judiciário.

Outrossim, estamos em um Estado Democrático de Direito, conforme o disposto no artigo 10 da nossa Constituição Federal, onde a noção de democracia de outrora passa a dar lugar à chamada Democracia Participativa.

Ilustrando esta parte do texto, mister se faz trazermos à colação a lição sempre prestigiosa do Professor J.J. Calmon de Passos, *in verbis:*

"Nestes termos, não constitui despropósito associar-se processo a democracia, porquanto, com esse relacionamento, pretende-se, justamente denunciar a necessária dimensão política do processo jurisdicional e tornar manifesto os vínculos que o prendem ao processo econômico"

"Essa reflexão adquire relevo neste momento em que nosso País se dispõe a reformular sua organização política e econômica, modernizando-se na direção quase unânime apontada como comprometida com o futuro: a da democracia participativa".6

A concepção que temos de Estado, e que encontra a sua consagração na nossa Constituição Federal, advém das revoluções burguesas do século XVIII, quando a legitimação do poder político passou de um campo meramente metafísico, centrado na divindade do monarca, para se concentrar na figura do ser humano, consagrando-se a idéia de soberania popular, onde todo o poder emana do povo e será por ele exercido.

A partir das referidas revoluções, estas influenciadas pelos ideais iluministas, a soberania popular que atendia bem aos anseios da burguesia emergente, passou a ser a fonte do poder político no Estado Moderno, conforme se verifica do parágrafo único do artigo 10 da nossa Carta Magna.

Nesta linha de raciocínio, restou consagrado o regime democrático, um dos pilares das constituições modernas, que consagram a soberania popular como legitimadora do poder político exercido pelo Estado.

No que pese as polêmicas concernentes ao exercício do regime democrático, principalmente na França 7, prevaleceu no Estado Moderno a idéia

. Passos. J. J. Calmon. Obra citada. p.84.

7 Neste ponto. remetemos o leitor para o capítulo segundo do livro Cidadania Ativa da professora Maria Victoria de Mesquita Benevides. quando a citada autora discute a polêmica existente na França entre democracia representantiva e democracia direta. com ênfase na discussão existente entre as doutrinas de Montesquieu e Rosseau.

de Democracia Representativa, onde o povo exerce o seu poder através dos representantes por ele eleitos.

Marcando a evolução desse Estado, devemos destacar a separação existente no chamado Estado Liberal Democrático, deste primeiro momento, entre o político e o econômico - bem afeito aos anseios da burguesia.

Neste contexto, o Estado atuava como mero policial da convivência social, garantindo o livre jogo das forças econômicas que eram reguladas única e exclusivamente pelas chamadas leis do mercado.

Apesar de eleger os seus representantes e de ser o povo soberano através destes e das leis elaboradas pelo parlamento (Estado de Direito), sérios problemas sociais surgiram dessa estrutura, o que levou ao Estado a aumentar a sua intervenção com vistas a conseguir apaziguar as inúmeras desigualdades sociais advindas do chamado Estado Liberal.

Surge a partir daí o chamado Estado Social e Democrático de Direito, com a conseqüente idéia de Democracia Social, marcada pela grande intervenção do Estado, principalmente na economia.

Além do problema social, centro desta mudança, a própria sociedade estava evoluindo, do individual do Estado Liberal para o coletivo do Estado Social. A sociedade de vizinhos se transformara em sociedade de massa, com cada vez mais crescentes e complexas demandas sociais que cedo ou tarde iriam desembocar no Judiciário.

Neste quadro, destaca-se o papel do chamado Estado do bem-estar social, que veio como decorrência do Estado Social e tentou através da eficiência e da competência técnica a solução para as demandas postas pela sociedade para o poder político.

Tal experiência, por óbvio, tendeu para a opressão e para a criação de uma nova classe dominante, os chamados tecno-burocratas, que, de maneira distanciada do povo, rogava que o Estado poderia resolver de maneira satisfatória todas as demandas sociais.

Diante da falência dos dois primeiros modelos e verificando a necessidade de termos juntamente com a presença marcante do Estado (ideal surgido no Estado Social) a participação popular (ideal surgido no Estado Liberal), passamos a enfrentar o desafio da Democracia Participativa, desafio este que nos defronta diariamente e que não pode escapar aos olhos da dogmática jurídica e, conseqüentemente, do Processo.

Utilizando-se as idéias do professor J. J. Calmon de Passos, podemos dizer que chegou o momento de democratizarmos a sociedade, na medida em que a simples democratização do Estado não foi possível para solucionar as demandas postas pela sociedade. Isto reclama: "participação nas

decisões, sempre que possível; controle da execução, em todas as circunstâncias; acesso às informações, assegurado, no mínimo, a respeito de assuntos mais graves, a setores representativos da sociedade civil" [8]

111- DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E CRISE DO PODER JUDICIÁRIO:

Ao lado da crise da idéia de Estado, cujo roteiro tentamos descrever acima, em apertada síntese, acompanhamos no dia a dia a crise em que se encontra o Poder Judiciário e conseqüentemente o Processo como instrumento da função estatal típica daquele poder.

Falta de eficiência, processos demorados, distanciamento da sociedade, entre outros, são mazelas constantes que vêm aparecendo na mídia, de uns tempos para cá, quando se fala da atuação do Poder Judiciário 9 .

Estas mazelas, e, principalmente, a propagação destas pela mídia, guardadas as devidas proporções, vêm fomentando inúmeras reformas legislativas ligadas à atuação do Poder Judiciário e à estrutura do Processo, entre elas, a emenda constitucional na 45, chamada "Reforma do Judiciário".

Sem dúvida os referidos problemas existem e incomodam tanto os operadores do direito 10 como a população que precisa cada vez mais da Justiça diante da complexidade da vida em uma sociedade moderna.

Não resta dúvida também, que o Processo e o Acesso à Justiça evoluíram, como se verifica dos inúmeros instrumentos surgidos, a saber: Juizados Especiais, Tutelas Coletivas, papel do Poder Judiciário face à atuação do Estado 11, Ação Civil Pública, Ação Popular, as inúmeras reformas do Código de Processo Civil, entre outras mudanças.12

Mesmo com a inegável evolução supra mencionada, ainda percebemos nos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário a falta de participação popular, corolário da democracia participativa, que, como vimos acima, deve

. Passos, J. J. Calmon. Obra citada, p.93.

, Neste sentido é a reportagem" O judiciário pelo Judiciário" veiculada pelo jornal "O GLOBO" de 30/ 1 0/2005.

10 Tal dado é revelado pelo pesquisa veiculada na reportagem" O judiciário pelo Judiciário" anteriormente citada.

11 Destaca-se neste ponto a atuação do Judiciário no sentido de atuar não só quando o Estado age contra a lei, mas também quando o Estado não cumpri as determinações da coletividade, determinações estas de ordem social, previstas na lei. Neste sentido, Passos, J. J. Calmon .Obra citada, p.93 e Ramos, Elival da Silva, trabalhando com a idéia de novos papéis constitucionais para a função jurisdicional. Obra citada, p. 156.

12 Como importante diagnóstico desta evolução, principalmente no que concerne a Ação Civil Pública e aos Juizados Especiais Cíveis, vide: Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça. 28 edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense. 2003.

orientar a evolução do Estado, ou, melhor dizendo, deve ser enfrentada como o novo desafio a ser buscado pelo poder político.

Como na idéia de Estado está intrínseca a função jurisdicional, a questão do acesso à justiça e a própria dogmática do Processo, isto sem falar no escopo político e social que o processo possui, não podemos falar de crise do Poder Judiciário e do Processo sem tentarmos a via da participação popular como solução, para pelo menos diminuir o problema.

Pode parecer em um primeiro momento que a referida idéia é de difícil implementação ou pouco eficaz para enfrentar o problema em tela. Aliás, o imediatismo que se procura para solucionar a questão do processo é latente na abordagem da mídia e nas soluções dadas pelos responsáveis para enfrentar o problema, o que acaba desembocando em uma enxurrada de alterações no arcabouço normativo processual 13, isto sem falar, no clima de *caça* as *bruxas* que só acarreta o afastamento da população em relação aos operadores do direito.

No que concerne à questão da implementação, a primeira coisa que se vem à mente é como a população poderá participar da Administração da Justiça, dentro da dogmática-jurídica existente? Soluções como a participação no Tribunal do Júri, Dissídio Coletivo na Justiça do Trabalho, o recém criado Conselho Nacional da Magistratura e do Ministério Público e até mesmo a inovação do *Amicus Curiae,* apresentam-se, na nossa opinião, como medidas importantíssimas, mas ainda pouco efetivas.

Nesta linha de raciocínio, entendemos que a participação da população no processo passa sem sombra de dúvida pela atuação dos personagens do processo, ou, melhor esclarecendo, pela revisão do papel destes personagens em um Processo que se quer com maior participação da população.

O papel dos Advogados, membros do Ministério Público, Procuradores, Juizes, Serventuários e Defensores Públicos precisa ser revisto diante da

evolução da nossa sociedade e do nosso Estado, para que possamos caminhar para uma verdadeira democracia participativa.

Como exemplo do que ficou dito acima, temos a evolução do papel do promotor de justiça a partir dos avanços da Constituição de 1988, na medida em que a sua atuação como simples fiscal da lei em ações envolvendo o Estado, questões de família, entre outras, passou a ter papel secundário ante .as suas atuações como legitimado para ação civil pública.

[13] Neste ponto vale destacar as recentes Leis 11.187/2005, 11.232/2005. 11.276/2006, 11.277/2006. 11.280/2006, que modificaram grande parte da sistemática processual civil do nosso pais, isto sem contar com a EC n° 45 (Reforma do Judiciário), entre outras alterações legislativas.

A proposta em tela passa, inegavelmente, por mudanças legislativas elas se fazem necessárias -, mas passa muito mais pela mudança de atitude dos operadores do direito diante de uma nova sociedade.

Destarte, necessário se faz ligarmos a democracia participativa à atuação dos operadores do direito, proposta central do trabalho. Tal caminho, que, conforme alhures salientado, pode parecer difícil, surge com clareza meridiana, sem levarmos em conta, conforme também acima salientado, que a democracia participativa passa por: participação nas decisões. sempre que possível: controle da execução e acesso às informações.14

Antes de analisarmos o papel da Defensoria Pública, ou melhor, a revisão do papel da Defensoria Pública neste contexto, traçaremos algumas linhas sobre os postulados acima destacados.

IV - PARTICIPAÇÃO NAS DECISÕES, SEMPRE QUE POSSíVEL:

No presente aspecto da democracia participativa reside, sem sobra de dúvida, o *calcanhar de Aqui/es* da participação no processo, na medida em que, ao contrário de outras funções do Estado, a função jurisdicional é quase que exclusivamente exercida pelos juízes que em regra são investidos no cargo através de concurso público.

Tal aspecto não pode impedir que se tenha participação no processo, já que, conforme acima salientado, outros caminhos existem para tanto e não somente com juízes se faz justiça.

Neste diapasão. vale destacar também que o fato supra, não pode significar, como em alguns momentos acontece, o distanciamento do juiz da população, ainda mais quando se evoluiu para uma democracia participativa.

De qualquer modo, é sempre bom lembrar, a existência de mecanismos que levam a população a participar da administração da justiça, como por exemplo: os jurados no tribunal do júri, os dissídios coletivos na Justiça do Trabalho, o incremento da arbitragem no nosso ordenamento, bem como, as figuras recentemente criadas do *amicus curiae* e do Conselho Nacional de Justiça com presença da população em seus assentos.

Através dos exemplos supra transcritos, chega-se à conclusão de que a participação da população na administração da justiça é possível, restando apenas discutir a abrangência desta participação.

Entendemos importante a discussão supra proposta através de questionamentos como: deve-se aumentar a competência do Tribunal do

14 J. J. Calmon .Obra citada, p.93 / trecho já transcrito no presente trabalho.

Júri? Há efetiva participação da população no Tribunal do Júri e no Controle Externo do Judiciário? O que fazer para estimular as soluções através da arbitragem? Entre outros questionamentos.

Para não perdermos o foco do presente trabalho, optamos por sintetizar todos estes questionamentos e outros, com certeza existentes a respeito do item em tela, na idéia de informação que será discutida à frente, somente com informação poderemos discutir os referidos institutos. Somente sabendo que qualquer cidadão de notória idoneidade pode participar do Tribunal de Júri é que estimularemos a participação destes cidadãos, oxigenando o instituto e o próprio sentido de comunidade, já que este cidadão estará responsável por enfrentar o problema da violência e da sua repressão diante do caso concreto em sua comunidade.

Ainda com base no exemplo supra, esta participação consubstanciada na informação afastará o Júri de apenas um grupo restrito de funcionários públicos, que tradicionalmente participam do alistamento dos jurados visando regalias no seu trabalho.

Assim, com participação efetiva de toda a população poderemos sentir e responder às questões como as acima expostas.

V. **CONTROLE DA EXECUÇÃO:**

Sem maiores delongas a respeito do tema, aqui também ressaltamos o papel da informação como elemento fundamental para o efetivo controle da função jurisdicional pela população.

Nesta linha de raciocínio, alguns alertas devem ser feitos: o primeiro diz respeito ao fato de que somente com informação correta, o controle proposto não cairá em um mero "denuncismo", como o que verificamos em certos setores da mídia.

O segundo ponto, diz respeito à garantia da independência e da autonomia do juiz, sendo certo que o controle em tela não deve limitar a função jurisdicional, inibindo que o juiz decida segundo a sua livre convicção, devidamente motivada.

O que ficou dito acima, serve também para os demais operadores do direito que devem ter sempre preservada a sua independência, esta primado do Estado de Direito consagrado na nossa Constituição Federal.

Com informação responsável e com o efetivo exercício de controle pela população conseguiremos, com o passar do tempo, afastar obstáculos como o corporativismo, a burocracia, entre outros, existentes em setores da nossa sociedade, para passarmos a ter um melhor controle das funções estatais ligadas aos operadores do direito.

Por derradeiro, deve ser destacado negativamente o limitado papel da população na composição dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, dos 15 (quinze) membros do Conselho Nacional de Justiça apenas 02 (dois) não estão ligados aos setores jurídicos e dos 14 (quatorze) membros do Conselho Nacional do Ministério Público também somente dois assentos seriam destinados aos cidadãos, isto sem contar que os referidos cidadãos, nos dois casos, precisam ter notável saber jurídico.15

Para ilustrarmos o que ficou dito acima e dando bem o tom que pretendemos no presente trabalho, trazemos à colação a lição do Professor Gilberto Bercovici, que citando Alessadro Octaviani preleciona, *in ver bis:*

"Se formos seguir a interessante análise de Alessandro Octaviani sobre a Reforma do Judiciário, poderemos chegar a algumas conclusões similares. De acordo com Octaviani, os vetores que buscam determinar o sentido e alcance da Reforma do Judiciário são três: " (i) o privatista, ideologicamente amparado pelos organismos multilaterais, que responde aos interesses das grandes corporações, aos países centrais, à lógica de acumulação do capital; (ii) o do Quartel de Abrantes, dos que querem que tudo fique como antes, que respondem a interesses incrustados no Estado, herdeiros diretos de nosso capitalismo patrimonialista; e (iii) o democrático-popular, dos que acreditam que o governo Lula fosse capaz de reverter nosso quadro de subordinação política e econômica, articulado em torno dos estudiosos e entidades que defendem acesso à justiça, a participação democrática na gestão do aparato judicial, a construção de um espaço público e não capturado de resolução de conflitos em favor dos direitos sociais assegurados na Constituição da República". Destes três vetores, o único que podemos ter certeza de que não foi contemplado na atual Reforma do Judiciário é o democrático-popular."16

VI. ACESSO ÀS INFORMAÇÕES:

Conforme acima ressaltado, o pressuposto em tela adquire especial relevo quando tratamos da questão da democracia participativa. Apenas através do correto acesso à informação teremos amplo debate e efetiva partici

15 Neste sentido, Bercovici, Gilberto. O Controle Externo do Judiciário e a Soberania Popular in Reforma do Judiciário analisada e comentada coorrd. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alar60n. São Paulo, Ed. Método, 2005.
,. Bercovici, Gilberto. Ob. Citada p.190/191

pação nas decisões, bem como, induziremos o controle da população nas coisas afetas ao Judiciário.

No que concerne ao papel dos operadores do direito, a informação também adquire especial relevo já que o tema pode ser encarado sob dois prismas: o prisma, óbvio, do acesso da população à informação, o que induziria a participação e o prisma da informação como base para formação dos novos operadores do direito.

Neste segundo aspecto, merece ser notado que o acesso à informação ora proposto passa também por uma ampla reforma na formação dos operadores do direito, reforma esta que deve balizar, principalmente, os cursos de graduação.

Diante da complexidade do mundo moderno e da necessidade de implantarmos uma democracia participativa, não pode o operador do direito ficar encastelado apenas na dogmática jurídica, deve o operador do direito ter formação multidisciplinar atenta à realidade social que se desenha cada vez mais dinâmica.

Ainda trabalhando com a questão da educação, mas já sobre o prisma do acesso à informação por parte de quem vai consumir o direito, acreditamos que formação em cidadania desde o ensino básico seria fundamental para implantar a idéia de participação nas futuras gerações.

Neste mesmo sentido trabalha a doutrina do direito ambiental, para a qual a educação ambiental tem grande relevância para o desenvolvimento e a efetividade do referido, e tão importante, ramo do direito.17

Ultrapassado este primeiro ponto, não podemos perder de vista que mais do que um simples caminho ou pressuposto para a democracia participativa, consagrada na nossa Constituição, o direito à informação é considerado direito fundamental do ser humano estando consagrado nas principais cartas de direitos, como por exemplo no artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969), no artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) , bem como, no artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Neste diapasão, também merece destaque o fato do direito à informação estar inserido no princípio da acessibilidade, princípio este que, segundo o professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro 18, informa o Acesso à Justiça.

17 Neste sentido e com um capítulo específico sobre Cidadania, Educação e Informação Ambiental vide Leite. José Rubens Morato e Ayala. Patrick de Araújo. Direito Ambiental na Sociedade de Risco. Rio de Janeiro. Ed. forense Universitária, 2002.
,. Cameiro. Paulo Cezar Pinheiro. Obra citada.

Seguindo esta linha de raciocínio, o professor Augusto Mario Morello 19, trabalha com a questão do conhecimento de direitos como pressuposto da participação e destaca o papel do Estado como o principal responsável pelo dever de informação, que decorre, obviamente, do direito de informação consagrado na nossa Carta Política e nas declarações de direito supra mencionadas.

Pegando um gancho nas palavras do ilustre autor argentino, vale lembrar mais uma vez o papel dos principais núcleos de operação do direito (Juízes, Promotores, Defensores, Procuradores, Advogados e Auxiliares), destacando que a maioria deles estão ligados à estrutura do Estado, não podendo por isto fugir da missão de informar e integrar a população em uma Democracia Participativa.

Neste ponto, não podemos esquecer do papel constitucional que exerce a advocacia, lembrando da responsabilidade também de todos os advogados (artigo 133 da Constituição Federal) e, principalmente, da Ordem dos Advogados do Brasil no desempenho do referido dever.

Ainda seguindo as palavras do referido autor, cumpre-nos destacar que não bastam somente mudanças legislativas se não existe a aproximação do povo com os operadores do direito20. Até por uma questão histórica e cultural, o desafio da participação se torna mais complicado na América Latina21, sendo certo que o dinamismo, a complexidade e a velocidade da nossa sociedade e dos conflitos de interesses dela decorrentes não podem esperar até que mude a mentalidade dos operadores do direito - acreditamos que aí resida boa parte da crise que enfrenta toda a estrutura ligada ao acesso e a eficiência da Justiça.

Aqui o que se propõe, não é só o conhecimento do direito material enfoque principal das doutrinas pesquisadas - mas também o conhecimento do direito processual e de toda a estrutura da Organização Judiciária.

Não podemos perder de vista, que muitas vezes a demora na decisão de uma causa levada ao Judiciário não decorre somente de culpa do juiz ou de algum outro órgão da estrutura do judiciário, mas também por culpa da parte ou de seu procurador, bem como da própria estrutura do processo e do sagrado direito à ampla defesa e ao contraditório. Conhecer tais fatos, torna-se importantíssimo para que a população retome a credibilidade no Poder Judiciário e, por que não dizer, no próprio Processo.

19 Morello. Augusto Mario. EI Conocimento de Los Derechos Como Presuposto de La Participación in Participação e Processso coorrd. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinmarco e Kazuo Watanabe. São Paulo, Ed. RT, 1988.
20 Morello, Augusto Mario. Obra citada p. 167/168. 21 Morello, Augusto Mario. Obra citada p. 167.

Por derradeiro, cumpre-nos trazer à colação algumas idéias para implementar este direito e conseqüentemente trazermos a população para participar do processo: cartilhas explicativas para a população que acessa o judiciário, veiculação de programas educativos sobre acesso à justiça, palestras a serem ministradas por operadores do direito junto às associações, comunidades e escolas, veiculação em horário nobre de rádio e televisão de decisões em ações coletivas, cursos de aperfeiçoamento multidisciplinar para os operadores do direito, entre outras sugestões22.

VII- DEFENSORIA PÚBLICA E PARTICIPAÇÃO:

Durante todo o trabalho tentamos desenvolver a idéia de que a evolução do Estado coloca a democracia participativa em um patamar de destaque, figurando esta como o fim a ser buscado por todos nós, diante da complexidade, do dinamismo e da rapidez em que as coisas acontecem na vida moderna.

Tentamos desenvolver também a idéia de que o Judiciário, como Poder do Estado, não poderia ficar afastado deste fim e que a crise pela qual passa o Judiciário e os operadores do direito, estaria em parte vinculada à dificuldade dos operadores do direito em cumprir os postulados da Democracia Participativa.

Neste contexto, trabalhamos a idéia de participação no processo a partir da evolução do papel dos operadores do direito (Juízes, Promotores, Advogados etc...), destacando neste ponto o papel da Defensoria Pública neste *mister.*

Não resta dúvida que, apesar das dificuldades encontradas e ainda existentes, desde Joaquim Aurélio Nabuco de Araújo, considerado o grande responsável pela implementação da assistência judiciária no Brasil, esta vem evoluindo, tendo, a partir da Constituição Federal de 1988, adquirido o *status* de direito fundamental de índole social, por força do artigo 5°, LXXIV.

Quando se pensa em cumprir este postulado constitucional, a Defensoria Pública, com papel essencial segundo previsão da própria constituição (artigo 134 da Constituição Federal), apresenta-se como o órgão independente23, imbuído do referido fim.

Dos fins designados na Constituição Federal e no artigo 4° da Lei Complementar 80 de 1994, o que adquire maior relevo para a grande maioria das pessoas seria o relativo à defesa dos interesses das partes necessitadas em juízo.

22 Sobre as referidas sugestões vide Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. Obra citada, capítulos terceiros da parte quarta e parte quinta.
23 Neste sentido, vide a tradicional classificação do professor Hely Lopes Meirelles no seu Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros.

Além deste marcante e relevante campo de atuação, a Defensoria Pública assume outros papéis, que entendemos importantíssimo em um contexto de democracia participativa, cujos fundamentos encontram-se dispostos no presente trabalho.

Estas outras funções, principalmente no campo do direito à informação, nos parecem fundamentais para que o Estado Brasileiro possa cumprir o ideal de trazer à população. especialmente a população mais necessitada, para efetivamente conhecer e participar da Justiça brasileira.

Não se pode negar que muitas vezes, e principalmente para os menos favorecidos, a Defensoria Pública é a porta de entrada da população no Judiciário. É através do Defensor Público que muitas vezes as pessoas têm a sua primeira informação sobre o Judiciário e sobre os seus diretos. Quem nunca se deparou com uma pessoa perdida e desinformada no Fórum sendo encaminhada para a Defensoria Pública?

Ademais, a atuação da Defensoria Pública se estende, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, para os lugares mais distantes, seja do ponto de vista da distância propriamente dita (ex: comarcas longe dos grandes centros), seja do ponto de vista da exclusão social (ex: presídios, internatos e favelas).

Destarte, não pode o Estado, um dos responsáveis pela implementação da efetiva Democracia Participativa, abrir mão da Defensoria Pública e de todas as possíveis atuações da instituição na missão de trazer a população para o Poder Judiciário.

No contexto de tudo o que ficou dita acima, devemos ressaltar que a idéia de "população necessitada" supra referida deve ir além da idéia de necessidade econômica - patrimonial, lembrando que a Defensoria Pública não só atua em prol dos hipossuficientes econômicos (outro mito que a grande maioria das pessoas têm em relação à instituição), mas também independente da situação econômica da parte, como nos casos da atuação na figura de curador especial.

Reside nesta diferença a classificação doutrinária das funções institucionais da Defensoria Pública, a saber: em <u>função típica.</u> quando na defesa dos direitos e interesses dos debilitados econômicos, e em <u>função atípica,</u> quando o desempenho das funções independe da situação econômica da pessoa.[24,25]

[24] Neste sentido é lição de Moraes, Guilherme Pena. Instituições da Defensoria Pública. São Paulo, Ed Malheiros, 1999, p. 178.
[25] Também neste sentido e utilizando a referida idéia como rumo do seu trabalho Garcia, José Augusto. Solidarismo Jurídico, Acesso à Justiça e Funções Atípicas da Defensoria Publica: A Aplicação do Método Instrumentalista Na Busca de Um Perfil Institucional Adequado in Revista de Direito da Defensoria Pública nº 19, ano 15, 2004, p. 215/255.

Neste sentido já caminhava a doutrina do Professor José Carlos Barbosa Moreira, quando, em 1990, em palestra proferida por ocasião do lançamento da Revista de Direito da Defensoria Pública n° 4, descrevia um tipo de sistema de assistência judiciária norte-americana que ia além da representação em juízo e facilitava o acesso do cidadão trabalhando diretamente nas comunidades:

"Houve certa expansão desse movimento nos EUA, nas décadas de 60 e 70; lá se instituiu uma rede de órgãos chamados Neighbourhood Law Centres, situados muitas vezes em zonas de população mais carente, nas periferias das cidades, e incumbido de prestar diretamente esses serviços àqueles que deles necessitassem, sem poder pagá-los. Essa solução tinha outra vantagem sobre a primeira, conseguida à custa do expediente a que agora aludi, de situar as repartições incumbidas da prestação dos serviços públicos mais perto dos locais onde moravam e moram as pessoas mais necessitadas. Uma das dificuldades que se apresentam na matéria resulta dos problemas que as pessoas muitas vezes enfrentam para chegar até o escritório do advogado bem sucedido. do advogado importante. que porventura seia designado para defendê-las. Essas pessoas em geral não têm apenas um déficit de ordem econômica. têm também muitas vezes um déficit de ordem cultural e até inibições de natureza psicológica. que dificultam o contato entre elas e os advogados profissionais liberais porventura designados para representá-las ou para aconselhá-las.

[...]

"nesses tempos. uma dimensão nova. que não se limitava ao puro aconselhamento de ordem jurídica ou à mera representação daquelas populações carentes em juízo. mas ia além. para realizar campanhas de promoção social. de modo geral. Assim. por exemplo. campanhas no sentido de obter reformas legislativas que pudessem melhor atender às necessidades das pessoas menos favorecidas"26 (grifos nosso)

Na esteira de pensamento de tudo o que ficou dito acima, implementação de núcleos especializados (consumidor, sistema penitenciário, idoso, entre outros) levando informação e assistência a segmentos específicos da nossa sociedade; a atuação dos Defensores Públicos junto às comunidades,

26 Moreira. José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica in Revista de Direito da Defensoria Pública, n° 5. ano 4, Rio de Janeiro.1991, p. 126/127.

não só com assistência jurídica pontual, mas ministrando palestras junto à comunidade, esclarecendo dúvidas à cerca dos seus direitos e promovendo campanhas; a distribuição de cartilhas e veiculação de programas de televisão explicativos sobre os direitos e o caminho a ser percorrido para alcançar estes direitos durante a espera para o atendimento; entre outras, são soluções interessantes para que se possa aproveitar a Defensoria Pública no *mister* de implementar a democracia participativa também no campo do Direito.

Por óbvio, o que se prega no presente trabalho passa também por mudanças legislativas, aparelhamento da instituição, criação de instrumentos jurídicos e processuais 27 e, principalmente, por uma mudança de mentalidade dos governantes, de todos os operadores de direito e da população, no sentido de que o Defensor Público não possa mais ser visto como um "advogado dos pobres", Aliás, o que se prega aqui é que o próprio advogado não pode ser visto mais como um mero profissional com múnus postulatório, pois, afinal, todos nós temos compromissos com a Democracia Participativa,

Para encerrarmos o presente trabalho, pedimos *vênia* para trazer à colação as palavras do Defensor Público José Augusto Garcia, quando, mais ligado à idéia de aproveitamento da Defensoria Pública na defesa dos interesses coletivos, também prega o desperdício de não se aproveitar a instituição nos novos rumos em que caminha a sociedade, *in verbis:*

"Não faz sentido, assim, que muitos ainda insistam em confinar a Defensoria dentro de um círculo anacrônico e inflexível de atribuições, carregado de individualismo, Ora, tem sido concedido às demais instituições jurídicas, sobretudo a Magistratura e ao Ministério Publico, repensar os seus respectivos papéis sociais, bem como as técnicas jurídicas que lhe são inerentes. Por que não poderia, logo a Defensoria Pública, proceder idêntica reflexão?"28

CONCLUSÕES:

Ao fim e ao cabo da presente análise, podemos chegar às seguintes conclusões:

1 - que a concepção de Estado que temos desde as revoluções burguesas do século XVIII evoluiu com o aprimoramento da sociedade e que junto

27 Aqui cumpre-nos destacar a importância da legitimação da Defensoria Pública para as Ações Coletivas. Neste sentido, vide Garcia, José Augusto. Solidarismo Jurídico, Acesso à Justiça e Funções Atípicas da Defensoria Pública: A Aplicação do Método Instrumentalista na Busca de Um Perfil Institucional Adequado in Revista de Direito da Defensoria Pública, n° 19, ano 15, Rio de Janeiro, p.215/258.
28 Garcia, José Augusto. Obra citada, p.217.

com elas evoluiu também a noção de democracia, passando-se da democracia liberal para a democracia social, e, finalmente, para a democracia participativa;

2 - que a democracia participativa é o desafio a ser enfrentado por todos nós, seja como representantes do Estado, seja como cidadão;

3 - que o Poder Judiciário e, conseqüentemente, os operadores do direito também devem participar da busca por este fim, na medida em que o referido poder apresenta-se como função do Estado, na lição do gênio de Monstequieu em seu *Do Espírito das Leis;*

4 - que a democracia participativa deve se apoiar nos pressupostos de participação nas decisões. sempre que possível: controle da execução e acesso às informações:

5 - que estes pressupostos devem ser cumpridos pelos operadores do direito na missão de trazer à população para participar do Poder Judiciário e, conseqüentemente, do processo;

6 - que a tão falada crise do Poder Judiciário passa pelo não cumprimento do ideal da democracia participativa;

7 - que as soluções para a implementação da democracia participativa no âmbito do Judiciário passam por mudanças legislativas e processuais, mas também, passam pela evolução do papel dos operadores do direito;

8 - neste último contexto, destacamos a evolução do papel do Defensor Público, no sentido de que a instituição possa ser aproveitada além da sua função típica de representar em juízo as pessoas que não tenham condições de arcar com custas e honorários advocatícios sem prejuízo de seu sustento e de sua família; e

9 - por fim, entendemos que é um desperdício enorme não aproveitar a Defensoria Pública na importante missão do Estado de implementar a democracia participativa no âmbito do Poder Judiciário.

BIBLIOGRAFIA:

Ramos, Elival da Silva. O *direito de ação como direito político in Participação* e *Processo* coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarca e Kazuo Watanabe: São Paulo, Ed. RT, 1988;

Passos, J. J. Calmon. *Democracia, Participação* e *Processo in Participação* e *Processso* coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinmarco e Kazuo Watanabe: São Paulo, Ed. RT, 1988; .

Dinamarca, Cândido Rangel *Escopos Políticos do Processo in Participação* e *Processso coorrd. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinmarco* e

Kazuo Watanabe.*São* Paulo, Ed. RT, 1988;

Cappelletti, Mauro. *Formações Sociais* e *interesses coletivos diante da justiça civil.in Revista de Direito Processual Civil,* n° 5, São Paulo, Ed. RT, 1977;

Benevides, Maria Victoria de Mesquita. *Cidadania Ativa,* 3a edição, São Paulo, Editora Ática, 1998;

Brígido. Carolina e Otávio, Chico. O *judiciário pelo Judiciário.* O *Globo,* Rio de Janeiro. 30 de outubro de 2005, caderno "O Pais", p 03;

Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça. .2a edição, Rio de Janeiro,

Ed. Forense, 2003;

Bercovici, Gilberto. O *Controle Externo do Judiciário* e a *Soberania Popular in Reforma do Judiciário analisada* e *comentada* coorrd. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alaróon.São Paulo, Ed. Método, 2005;

Lenza, Pedro. Assistência Jurídica integral e gratuita e o fortalecimento da defensoria pública na reforma do judiciário *in Reforma do Judiciário analisada* e *comentada* coorrd. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alaróon.São Paulo, Ed. Método, 2005;

Leite, José Rubens Morato e Ayala, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco.* Rio de Janeiro, Ed. forense Universitária, 2002;

Morello, Augusto Mario. *EI Conocimento de Los Derechos Como Presuposto de La Participación in Participação* e *Processso coorrd. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinmarco* e *Kazuo Watanabe.São* Paulo, Ed. RT, 1988;

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro,* 27a Edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 2004;

Bonavides, Paulo. *Ciência Política.* 8a edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1992;

Comparato, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos,* 2ª edição, Ed. Saraiva, 2001 ;

Moraes, Guilherme Pena. *Instituições da Defensoria Pública.* São Paulo, Ed Malheiros, 1999.

Vicente, Petrúcio Malafaia. *Defensoria Pública Principios Institucionais.* 2a edição, Rio de Janeiro, Ed DP&A, 2001.

Garcia, José Augusto. *Solidarismo Jurídico, Acesso* à *Justiça* e *Funções*

Atípicas da Defensoria Publica: A *Aplicação do Método Instrumentalista Na Busca de Um Perfil Institucional Adequado in Revista de Direito da Defensoria Pública nº 19,* ano 15, 2004.

Moreira, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica in Revista de Direito da Defensoria Pública, n° 5. ano 4, Rio de Janeiro,199.

Atípicas da Defensoria Publica: A *Aplicação do Método Instrumentalista Na Busca de Um Perfil Institucional Adequado in Revista de Direito da Defensoria Pública nº19,* ano 15, 2004.

Moreira, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica in Revista de Direito da Defensoria Pública, n° 5. ano 4, Rio de Janeiro, 199.

ADOÇÃO DE CRIANÇAS. O AMOR MATERNO E A LEGISLAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Márcia Regina Teixeira
Ribeiro Alonso de Faria 1

SINOPSE

o grande número de crianças ceifadas do convívio de uma família, mantidas em abrigos e ligadas apenas pela lei aos pais biológicos faz necessário um atuar mais cuidadoso e efetivo dos órgãos competentes - Ministério Público e Poderes Judiciário e Executivo- com aplicação da norma especifica sobre a adoção sem os atalhos que o olhar social está, equivocadamente, sugerindo e prevalecendo no que diz respeito ao amor materno que é tido como incondicional, natural, inerente de todas as mulheres.

INTRODUÇÃO

A sociedade externa uma visão estreita acerca do amor materno, acreditando que esse sentimento é instintivo, natural, dela retirando poderes para exigir da mulher uma manifestação desse amor de forma incondicional. Essa exigência que recai sobre a mãe que é desprovida de recursos no campo da afetividade, na seara econômica e financeira, não pode encontrar na interpretação que o aplicado r do direito faz da Lei conivência para impedir o acolhimento da criança em uma família que o deseje através da adoção.

No presente artigo procura-se fazer uma verificação do instituto da Adoção e as dificuldades surgidas e ancoradas no mito do amor materno que dificultam o desligamento da criança do núcleo familiar natural e que tem em outra família que o deseje o único meio de preencher todos os seus anseios de ordem afetiva e material- o Estado é omisso no cumprimento de suas atribuições sociais especificas à hipótese - mas que podem não ser alcançados em razão da visão que se tem e do valor que se atribuí ao amor materno. Busca-se apresentar a posição da mãe biológica diante da quadro que a adoção apresenta, mensurando as inúmeras exigências maternais que o meio social lhe impõe, por vezes inalcançáveis ante, dentre muitas, a condição primeira de ser humano ostentada por ela, mulher. A ofuscada visão do amor materno há séculos apresentada e convenientemente aceita,

1 Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro desde 1994 e com exercício profissional da advocacia desde 1983. Aluna do Curso de Pós-Graduação Latu Senso Especialização em Direito Civil e Processual Civil ministrado através da ESNOAB/Magé/RJ.

cria dificuldades e empecilhos para a efetiva tutela à criança que necessita da proteção decorrente da sua integração em família diversa da natural. Não se pode deixar de reconhecer que com a adoção uma criança é acolhida no seio de uma família com condições de satisfazer seus anseios básicos e primários de ordem material e principalmente emocional, tudo com prévia avaliação judicial.

O instituto da adoção é regulado por duas fontes legislativa que é o Código Civil Brasileiro de 2002 e a Lei 8069/90, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, e esta legislação também particulariza direitos fundamentais da criança previstos na Constituição da Republica de 1988. A norma legal faz a devida valoração dos interesses da criança que se sobressai quando em confronto com qualquer outro interesse que pode ser até dos seus genitores biológicos.

A colocação da criança em família substituta através da adoção é um dos interesses que a lei tutela e que apresenta uma série de requisitos, seja por parte da família natural seja por parte da família que deseja substituí-la e também por parte do menor, que deverão ser rigorosamente observados quando da aplicação prática da lei.

Entretanto, o mito do amor materno, aflorado pela pressão social que se exerce sobre a mulher ainda sobrevive sob uma ótica equivocada e vem encontrando refúgio na interpretação das leis que regem o instituto da adoção, trazendo, na realidade dos fatos, prejuízo para a criança que anseia por preencher suas lacunas afetivas, emocionais, materiais e de qualquer outro conteúdo que são inerente à condição de ser humano em desenvolvimento.

Então, há de se refletir sobre a influência que o mito do amor materno exerce sobre o aplicador do direito no que se refere ã adoção.

DESENVOLVIMENTO

Como pesquisa no campo jurídico, indispensável a apresentação de um breve relato sobre a evolução histórica e legislativa do instituto, além de ser apresentado alguns conceitos jurídicos fornecidos pela doutrina.

Pode-se afirmar que os fatos que a determinam e as necessidades a que responde e para as quais proporciona uma contemplação jurídica, surgiram na mais remota antiguidade e perduram no transcurso dos séculos, se mantendo nos tempos atuais. A adoção foi conhecida nas antigas civilizações como o Egito, a Babilônia, a Caldea e a Palestina. Passagens bíblicas relatam casos de adoção de Moíses pela filha do Faraó e de Ester, que foi filha adotiva conforme se extrai do velho testamento.

Acompanhando a evolução natural do homem e de conformidade com o desenvolvimento da sociedade inclusive no campo legal, a adoção é um

instituto também em constante evolução, sendo certo que nos seus primordios, ela repousava no dever da perpetuação do culto espiritual da família, segundo destaca Marmiti (1993), baseado nas lições de Orlando Gomes, tendo sua antiguidade correspondência com a história da humanidade e da solidariedade entre os homens. Em Roma, serviu para assegurar a manutenção do culto doméstico ao adotante que não possuía descendente. Entre os germanos a adoção foi concebida para prosseguir na propriedade com cunho patrimonial. Diante da impossibilidade de concepção da Imperatriz Josefina, Napoleão resolveu incluir a adoção no Código Civil Francês, o que refletiu em todas as legislações posteriores.

As Ordenações Filipinas, com poucas alterações das Ordenações Manoelinas no que diz respeito ao tema menores, foram as primeiras regras editadas no Brasil e foram perfeitamente assimiladas pelo Novo Império formado em 1822.

Nas letras da lei, entretanto, apesar de todo o progresso que se viu no decorrer do Séc. XIX, no Brasil, a criança nunca deixou de ser tratada como um produto da pobreza. (Alves, 2005).

Em 1921, passou a existir, através do art. 3° da lei 4.242, autorização para o governo criar serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente, possibilitando a criação dos Juízes de Menores.

Foi em 1926, através do Dec. Legislativo n° 5083, instituído o Código de Menores e, em 1927, o Dec. n° 17.943, conhecido como o Código Mello Motta. consolida toda a legislação existente e passa a exigir que os menores estivessem sob os cuidados dos pais até os 14 anos ou internados por decisão judicial frente ao abandono. Dos 14 aos 18 anos, se abandonados, previa a medida de entrega ao responsável, suspensão ou perda do pátrio poder ou alguma outra medida à critério do Juiz.

A adoção só era permitida a casais com mais de 50 anos de idade, sem filhos; e visava dar filhos a quem não tinha. Progrediu para permitir a adoções por casais com prole mas tal não importava igualdade de direitos entre o filho adotivo e o biológico no campo do direito das sucessões.

A Constituição Federal de 1988, trouxe nova rota para proteção da criança e do adolescente, sintetizando os preceitos que seriam adotados pela Convenção sobre os Direitos da Criança pela ONU, através da RES. 1386 de 20.11.89.(Alves, 2005)

Com o Estatuto da criança e do adolescente- ECA - a convivência familiar foi elevada à categoria de direito fundamental, embora considere a Lei na mesma espécie de direito a colocação desta em família substituta.

Para o eterno Juiz de Menores, Dr. Liborni Siqueira(2004), "Adotar é conceber espiritualmente uma criança como filho", manifestação que revela

o entrelaçamento do instituto da adoção com o aspecto religioso que do mesmo se possa extrair, segundo a orientação espiritual do estudioso do tema.

Como um instituto jurídico que procura imitar a filiação natural, sem correspondência a uma descendência natural, biológica, o conceitua Leoni, (2002).

Instituto jurídico protetivo, já que o Eca é todo carregado de ternura e afeição, criando uma adoção impregnada de afeto e amor, o vê Marmitt (1993).

Segundo Paula (1989), O escopo de direito da criança e do adolescente é a proteção integral daqueles e para atingir tal objetivo o legislador manda observar os princípios garantias do respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento e da prioridade absoluta no atendimento aos seus direitos.

A palavra adoção vem do latim *adoptio* e significa dar o próprio nome a alguém.

" Quem tem coragem de abandonar esse anjinho?" " Aquilo não é um ser humano, é um monstro!"

Inicia-se o desenvolvimento da segunda parte do presente artigo dando-se destaque a duas manifestações entre as mais comuns ouvidas nos corredores dos fóruns menoristas, para situar o tema pesquisado dentro da realidade que envolve uma mãe biológica que não deseja, não consegue exercer as funções da maternidade e a criança por ela gerada, Necessário ressaltar que não é apenas a situação econômica que separa a figura do "anjinho" da do "monstro" e até que ponto a estreita interpretação das normas especificas que faz a Justiça menorista não é responsável pelo desabrochar um "monstro" do "anjinho".

Abordar qualquer tema ligado à adoção não é uma tarefa de simples realização, pois a matéria transcende o campo meramente jurídico, ligando-se a questões de ordem psíquica, social, econômica, moral e até política.

Marmitt (1993, P 9/10), informa que a Lei 8069/90criou um adoção com roupagens novas, vindo toda impregnada de afeto e amor, o que é confirmado quando se observa que a lei só se refere aos sentimentos de afinidade e afetividade especificamente no artigo 28, que trata das disposições gerais relativas à família substituta.

Esses sentimentos devem ser respeitados em relação a criança e ao adolescente, escopo maior da lei, e, segundo Ishida (2004, p. 71) devem ser entendidos como o comportamento sentimental e amoroso das pesso

as com a criança e o adolescente quando houver a colocação deles em família substituta.

Sobre a família natural há a previsão legal sobre os deveres dos pais, deveres considerados nos aspectos econômico e social, tais como sustento, guarda e educação dos filhos - art. 22 da Lei 8069/90.

Na Lei nada se fala sobre o amor materno, até em razão de ser tido como característica de instinto natural e por ser difícil questionar o amor materno, pois a mulher é feita para ser mãe, uma boa mãe. Essa é a primeira lei natural que não aceita exceção, embora haja sociedades, com plena concordância da maioria das mulheres, que tolerem que se mate crianças do sexo feminino ao nascer, por não ser esse sexo desejável para os fins econômicos da família.

o papel da mulher como mãe não é analisado de forma individual, observando-se que a mãe é também um ser especifico dotado de aspirações próprias, às vezes sem nenhuma relação com as dos demais membros de seu núcleo familiar.

Ao expressar uma visão fechada sobre o amor materno e diante da ausência de qualquer posição concreta nos quadros da lei sobre o tema, os profissionais não avaliam o real motivo que por vezes leva a rejeição e o abandono do "anjinho" pela genitora. Têm -se que este é levado a ocorrer apenas pela situação econômica-financeira da mulher. Alicerçando-se apenas na determinação legal contida no parágrafo único do artigo 23 do ECA que veda a perda do pátrio poder em razão da pobreza que assole o lar materno, mantêm-se a criança com a mãe que não deseja exercer a maternidade.

Há um grande medo oculto em retirar uma criança de um ambiente familiar, mesmo que ele seja doente em todas os seus aspectos e que não encontra curativo no amor materno para minimizar as feridas. Dito medo não é sequer lembrado nem mensurado quando na omissão do Estado em dar proteção digna 'aquela criança ou adolescente permite o aparecimento do "monstro" que deve ser segredado do convívio social pois se tornou infrator das normas jurídicas.

Essa posição diminuta que enclausura até os principais fins da lei menorista no item adoção é fruto de uma massificação acerca do papel que a mulher deve exercer em relação aos filhos, sendo certo que há alguns poucos anos atrás a situação era diametralmente oposta a atual que vê o amor materno como instinto natural.

O papel da mulher como mãe, por exemplo, no ano de 1780, na França, permitiu que mais de 19.000 crianças nascidas anualmente, morressem

sem ter jamais conhecido o olhar da mãe, porque foram criadas no domicílio distante de uma ama de leite a quem eram entregues horas após nascer. As mulheres não estavam dispostas a sacrificar seu lugar e posto na corte, ou simplesmente na vida social para criar os filhos, segundo Banditer(1980).

A mãe não tinha interesse em saber se a ama de leite tinha leite, onde residia, como cuidava da criança, quantas crianças tinha sob os seus cuidados. Nada era perguntado. As poucas notícias, quando solicitadas, eram por escrito.

Também era comum que a mãe não comparecesse ao enterro do filho que entregara a uma ama de leite. Não procurava saber sequer o que o levou à morte. Quando retomava ao lar, por volta dos cinco ou seis anos, não raro estava com a saúde em frangalhos diante dos inúmeros maus tratos que suportava na casa da ama de leite. Após o retorno à casa, logo era encaminhado para um internato ou convento onde ficavam até que casassem ou seguissem a vida religiosa.

A atitude diante dos filhos era de ambos os pais, mas não havia choque com a atitude paterna porque não se erigiu o amor paterno em lei universal da natureza, não se esquecendo que a sociedade sempre valorizou o homem e, sendo assim, normal que a esposa dedicasse mais prioridade aos interesses deste sobre os dos filhos.

Hoje, também é comum o fato de mulheres deixarem os filhos para prosseguir a vida ao lado de um companheiro que não deseja a criança, genitor ou não desta, porque suas necessidades pessoais são superiores a capacidade de ser mãe.

Aquela concepção sofreu mudanças a partir do século XVIII, com o surgimento de publicações que recomendavam as mães cuidar pessoalmente de seus filhos. Mulher deve ser mãe antes de tudo. Se fossem boas mães, as mulheres seriam felizes e respeitadas. Foram necessários mais de 100 anos para que a mentalidade da mulher mudasse em relação aos cuidados com os filhos. Ela passou a ter melhor posição dentro da família: é a rainha do lar. Passa a ser comparada a uma santa.

Rousseau é o grande responsável pela mudança que se passou a exigir das mulheres, em especial das francesas. Todas as mulheres que desejavam parecer esclarecida queriam ser a mãe sonhada por Rousseau. Ela é promovida a grande responsável pela felicidade de seu rebento. Quando não alcançava o ideal pregado por Rousseau, passava a viver com culpa.

Freud também elabora uma imagem de mulher normal, caracterizada pelo senso da dedicação e do sacrifício. As que não se enquadrava, eram tidas como egoístas, maldosas, desequilibradas, anormais, pois se a natureza quis assim, não há como se furtar aos seus deveres.

No Século XIX cunhou-se o dogma da mãe má. Desgraçada a mulher que não ama seus filhos, que não os amamenta, que não os instruem, não Ihes proporciona uma educação. Quer o filho morra, quer se torne um criminoso, sabe-se a quem colocar nos bancos dos réus.

Bandidier(1989, p. 326) apresenta uma síntese sobre a situação, Descobriu-se que ela poderia ser considerada responsável por tudo. Em todos os dossiês de crianças problemas, em todos os casos de adultos neuróticos, psicópatas, esquizofrênicos, obcecados pelo suicídio, alcoólatras, de homens homosexuais ou impotentes, de mulheres frígidas ou atormentadas, entre as asmáticas ou portadoras de úlceras, encontrava-se sempre a mãe. Uma mulher infeliz, insatisfeita, uma esposa exigente, uma mãe dominadora, sufocada ou indiferente.

Na década de 1960, nos EUA, surgiu o movimento feminista que pôs em questão os fundamentos e as implicações da concepção freudiana da feminilidade e, ao assim fazer, mostrou quanto caduca é a teoria da mãe naturalmente devotada, nascida para o sacrifico, embora até hoje aquela ainda reine em caráter quase absoluto nas sociedades modernas.

-Não há ainda o desligamento da idéia de procriação da idéia de amor incondicional ao filho. Necessário ser entendido que a maternidade é um dom e não um instinto. Ao se obrigar a mulher a assumir a maternidade contra o seu desejo, gera-se crianças infelizes e adultos doentes.

Assim como acontece com os homens e é plenamente aceito, deve-se encarar o amor materno como adicional, não inerente à mulher. Mas essa visão ainda não foi esposada pelos estudiosos e aplicadores do direito quando se trata de dar efetividade aos comandos legais postos na legislação e que visa, primeiramente, a proteção da criança e adolescente.

Como observa Favero(2001)

o senso comum predominante no meio social, que via de regra carrega conceitos sobre a moral feminina e familiar centradas na mulher, mãe virtuosa e zelosa dos filhos, poderia classificar essa mulheres, maioria absoluta das pessoas que perdem o pátrio poder, como irresponsáveis e incapazes de amar à prole.

Em pesquisa realizada na Argentina e citada por Favero (2001) sobre mulheres que entregam seus filhos em adoção, se conhece pouco porque se escuta pouco e lhe perguntam mal.

Reforça a assertiva de ausência de dom para a maternagem o fato de não ser a carência sócio-econômica, considerada isoladamente, suficiente para explicar o ato de abandono, entrega ou retirada de um filho dos cuidados maternos, pois não encontrou a pesquisadora

(Favero, 2001) registros que a levassem a firmar que todos os sujeitos cuidariam de seus filhos ou ficariam com eles se contassem com uma estrutura familiar, habitacional, comunitária e trabalho estável.

Ao se olhar com destaque apenas para a situação sócio econômica, não se percebe que esta não é a única situação na relação maternal a ser observada. A inexistência de vínculo afetivo entre a mãe e o filho deve ser encarado como uma fato não aterrorizante, que causa choque e traz condenação à mãe, implicando na maioria das vezes um pré-julgamento.

Favero (2001) afirma que geralmente essa visão aparece de maneira mais clara em manifestações de promotor e do magistrado, tendo constatado, ainda, nas pesquisas que realizou em relação ao item perda do pátrio poder que o preconceito tem relação direta com a cotidianidade e que é necessário preservar a serenidade, o equilíbrio, o bom sendo e o distanciamento técnico nessas práticas, sem correr o risco de se colocar como policiais da família ou como salvadores da criança, ou para não passar a ver todas as situações como iguais.

O inverso pode culminar em um quadro perverso que penaliza a criança, como bem demonstrado por Favero (2002, p 174), ao relatar a situação de uma criança albergada porque a ação de destituição do pátrio poder não foi procedente

{Criança aos três anos e dez meses:} ação de destituição do pátrio poder foi julgada improcedente, considerando esforço da mãe em "reestruturar-se"; ... A conduta da genitora veio comprovar suficiente atenção e cuidado com a filha, o que descaracteriza eventual circunstância de abandono e não autoriza a destituição.

{Criança aos quatros anos e três meses:}... [mãe] tem passado por um processo de adaptação à liberdade, parece alimentar a ilusão que mágica e rapidamente encontraria condições para trazer **...** [criança] para eu convívio (...) não vai visitar a filha nem telefona (...), parece que não suporta ver novamente a filha sem cumprir a "promessa "de tira-la de lá { do abrigo}.

{Criança aos cinco anos:} [A mãe declarou em audiência que encontrou] problemas burocráticos [para desabrigar a filha após ter ganho a ação de destituição do pátrio poder e que não visitava na instituição porque} **...** era muito ruim ver os olhinhos da filha cobrando para ir embora.

{Criança demonstra:} desejo e a necessidade de estar inserida em uma família (...) nível de carência muito grande(...) Sente muita falta de contato materno e de uma atenção mais

individualizada (u.) A falta de convívio mais caloroso (.u) se torna um fator limitante para seu desenvolvimento psíquico.

{Criança aos sete anos/justificativa da destituição do pátrio pode:} [Criança tem sido penalizada com as atitudes da genitora (...) A genitora, conforme consta dos autos, mostra total desinteresse pela filha, sua conduta é reprovável e lamentável (.u)

o abandono restou bem configurado porquanto a criança já conta com sete anos de idade e nunca saiu da vida institucionalizada. (gn)

Verifica-se que por 04 anos aquela criança aguardou as autoridades descobrirem que a mãe biológica não possuía o dom da maternidade, mas as conseqüências daquela carência de sentimento manifestou-se de imediato na psique daquela criança de sete anos de idade.

Da mulher é cobrado responsabilidade moral perante a sociedade pela não manutenção econômica sua e dos filhos. O pai é julgado pelo abandono mais acaba sendo absolvido por ser ignorado. Nada lhe é cobrado quanto a sua responsabilidade pelo filho.

Pelas razões já apresentadas, não se pode aceitar que se prossiga exigindo-se da mãe um estado de providência perante a entrega do filho, que ela pode não sentir e nem por isso ser considerada uma pessoa anormal, mas apenas que não tem o dom da maternidade. Concebeu para satisfazer um desejo físico existente em todas as pessoas, tendo como conseqüência uma gravidez. Não se pode mais conceber a existência da *mãe-doril, mãe atroveram* (pariu, amou)

A constante atualização e reciclagem de todas as pessoas que lidam com o processo de adoção é imperiosa, nas palavras de Marmitti (1993).

Pesquisa e estudo sobre o surgimento da adoção permite a reflexão de que, embora a legislação, doutrina, jurisprudência, parecer técnico e etc, determine que o melhor para a criança e adolescente seja permanecer sempre com a família natural, e em especial com a mãe biológica, ficando extraído o genitor para os fins estudados, talvez o simples fato da concepção, geração e nascimento não seja suficiente para o surgimento do amor materno que se presume inerente a toda mulher, como já exposto, necessitando-se alargar a visão de que tudo o que gravita em torna da família natural representa proteção, o bem, o justo, o correto.

Na Revista STF, vol. 28, p. 313/318, encontra-se orientação no sentido de que" a melhor aplicação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o Juiz esquecer que, por vezes, rigorismo na execução do

texto ou na adoção da doutrina prevalente, pode resultar em injustiça conspícua."

E em razão da dinâmica e evolução dos fatos sociais que opera transformações na sociedade, passa-se a exigir do aplicador da lei uma interpretação consciente de todos os aspectos que circundam a matéria.

Para Siqueira (2004) o assunto é complexo e polêmico, contudo, há que levar em conta a entidade familiar que oferece aos adotando o que de mais necessita, que é a afetividade emocional ajustada e que lhe proporcionará o bem estar integral Na visão de Paula (1989)

O Direito da criança e do adolescente enxerga seus sujeitos principais como aquilo que são e não como aquilo que podem ser. Necessidade do presente e não instrumento do futuro. Não é um projeto, um empreendimento esquemático, uma realidade caracterizada por atributos da idade, em constante modificação.(original sem destaque) Realça o Autor o papel do Juiz da seguinte forma:

O juiz que decide lides relativas aos direitos da criança e do adolescente, não pode se comportar como o Juiz comum, devendo julgar relevando a importância da validação dos interesses juridicamente protegidos. A legitimação atribuída aos operadores da justiça não implica que eles possam estar sujeitos, na formação de suas convicções, na analise dos fatos e na interpretação/aplicação da lei, a influências socioculturais das mais variadas.

Raras as hipóteses em que há, na adoção efetivada, distúrbios na criação de laços afetivos entre seus participantes. Existe uma série de requisitos leais para a concretização da adoção que deverá sempre representar vantagens para o adotado.

Segundo Eldridge (2004) as estatísticas mostram que a população carcerária menorista dos EUA é formada por crianças com histórico familiar de pais ausentes.

Não se pode ficar alienado ao fato que a perda é parte inegável da vida de todos os seres. As pessoas, de qualquer idade, podem aprender a se ligar emocionalmente aos outros e construir relacionamentos saudáveis.

Em entrevista à uma revista semanal, o jovem Pedro Braule Pinto, o Pedrinho do famoso caso de seqüestro na maternidade, declarou que" D. Vilma(mãe" adotiva") era como qualquer outra mãe... ela também é minha

mãe e sempre será. O crime que ela cometeu foi horrível, mas eu a perdoei. Ainda tenho muito carinho por ela, Não há como não perdoar."

Os Conselheiros Tutelares da região serrana fluminense, em reunião realizada em novembro de 2004, elaboraram o Manifesto da Região Serrana, tendo como base a pesquisa realizada pelo Coordenador dos Conselhos Tutelares da Região Serrana, Agnes Dalzini. Por esta, os casos registrados de negligência dos pais para com os filhos aumentou de 2002 para 2004, assim como os de violência física, psicológica e sexual. Houve também um maior número de evasão escolar e o dobro de casos de exploração sexual.

Em uma outra reportagem jornalística, a mãe é apontada como a principal agressora contra crianças.

CONCLUSÃO

Não de deseja polemizar acerca da existência do amor materno. Apenas se busca abrir um debate sobre esse sentimento que como tal se faz presente em algumas mulheres, mas não em todas. Está ele sendo encarado quando se avaliam os motivos da entrega ou do abandono de uma criança? Se está o enfocado é isento de preconceitos sociais? A situação econômica-financeira da mãe biológica impede que se perquira sobre a ausência de amor materno naquela que não deseja maternar o filho?

O objetivo maior da Lei especializada é garantir os interesses da criança. Porque deixa o aplicador do direito, em grande número de hipóteses, prevalecer a ótica do meio social de que a mulher mãe amará o seu filho acima de todas as coisas configurado está o flagrante descompasso do objetivo final da Lei.

Diante da queda do mito do amor materno os olhos do interprete da lei sobre a adoção, somado a uma série de outras providências determinadas também pela referida lei, será possível concretizar o fim visado pela norma em relação aos seus sujeitos, como expressado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

Aliais, o Super homem é adotado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Roberto Barbosa. Direito da Infância e da Juventude. São Paulo:
Saraiva. 2005.

BADINTER, Elisabeth. Tradução Waltensir Dutra. Um Amor Conquistado. O Mito do Amor Materno. 68 Ed. Flamarion, Paris: Nova Fronteira. 980.

ELDRIDGE, Sherrie. Vinte Coisas que Filhos Adotados Gostariam que seus Pais Adotivos Soubessem. Tradução de Luis Reyes Gil. São Paulo: Globo S.A 2004.

FAVERO, Eunice Teresinha. Rompimentos dos Vínculos do Pátrio Poder.
São Paulo. Veras. 2001.

ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente Doutrina e Jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Atlas SA 2004.

MARMITT, Arnaldo. Adoção. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. Guarda, Tutela e Adoção. 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.1989.

SIQUEIRA, Liborni. Adoção. 10 ed. Rio de Janeiro: Folha Carioca. 2004.

VIOLÊNCIA infantil é pesquisada e estimula elaboração de manifesto. °
Globo, Rio de Janeiro, 20 de março de 2005. Informe Serra, p 23.

MÃES aparecem como principais agressoras. O Globo, Rio de Janeiro, 20 março 2005. Rio, p.23

PINTO, Pedro Braule. Auto-Retrato.2005. Entrevista concedida à Revista Veja n° 1894, de 02 de março de 2005, p 95.

O DANO MORAL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DE DIREITO DA PERSONALIDADE

Maria de Fátima Abreu Marques Dourado 1

"O dano pslquico é uma expressão com conotação psicológica. psicopatológica e jurídica". GJ Ballone

SUMARIO: Introdução - 1. A fundamentação legal evolutiva do dano moral. - 2. A repersonalização da pessoa - 3. O dano moral e a preservação dos direitos de personalidade. - 3.1 Obrigação e responsabilidade. - 3.2 O dever de reparar o dano. - 3.3 Dano moral e solidariedade social. - 4. A dor de Viviane. - 5. O direito à saúde psíquica. 6. - Aspectos psicofísicos do dano moral. - Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O presente artigo espera poder contribuir com o estudo do direito da personalidade, mais especificamente pela tutela deste direito, através da materialização do dano moral, trazendo à pesquisa sua fundamentação legal evolutiva, sua imperiosidade como instrumento garantidor deste direito, além de debater alguns de seus aspectos ainda controvertidos, como a avaliação do dano psíquico.

Da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 1948 até os dias atuais, o mundo evoluiu de forma magnífica na busca da preservação dos direitos do homem, mas ainda não é o bastante. Os horrores ocorridos em tempos não muito remotos ainda estão marcados e servem de fomento a novas conquistas:

Los desmanes y atrocidades que se han cometido durante ai siglo XX y Ia memoria dei horror que tenemos acerca de fenómenos tales como Ia esclavitud, los genocidios imperialistas o, por poner un ejemplo más cercano, Ia irracionalidad, el terror y Ia indiferencia hacia cualquier normativa internacional que se desprende dei campo de concentración de Guantánamo, nos induce a pensar que tal fundamentación es Ia adecuada, que hay esencias humanas abstractas que no pueden ser contrariadas ni siquiera par los propios seres humanos, que hay, en fin, como una especie de reserva espiritual intocable

1 Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Professa de Direito Civil e Processual Civil da graduação em Direito da UNIG. Mestranda em Direito da Universidade Iguaçu (UNIG).

que nos preserva dei mal desplegado en Ia historia. Presentándose como Ia fundamentación "humanista", Ias fundamentaciones abstractas de los derechos humanos 10 que en realidad defienden es un antihumanismo que postula que los derechos humanos son entidades que están -o deben estarai margen de nuestras acciones, ai margen de 10 humano y deben entenderse como si dependieran de una entidad trascendente a nuestras debilidades humanas que nos va a proteger en última instancia dei horror y de Ias violaciones. Los derechos supondrían, pues, una esfera "objetiva" de límites a Ia propia acción dei hombre, sobre todo cuando éste ostenta el poder sobre Ia vida y muerte de sus congéneres.2

O Brasil, signatário da referida Declaração, também acompanhou esta tendência, que se consolidou após a promulgação da Carta Magna de 1988, com a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão de respeito por parte das demais pessoas. Para garantir tal *status* o legislador pátrio criou uma teia de remédios jurídicos a socorrer o jurisdicionado, dentre eles destacamos a obrigatoriedade da indenização quando da existência de dano, seja ele material e/ou moral, através do instituto da responsabilidade civil.

O dano moral, como supedâneo à garantia dos direitos da personalidade tende a evoluir, já que com o advento do novo Código Civil, seguindo a semente lançada pelo constituinte de 1988, o legislador ordinário introduziu um capítulo próprio a tratar dos direitos da personalidade; tema sobre o qual passaremos a olhar mais de perto.

1. A fundamentação legal evolutiva do dano moral

O tema "dano moral" vive hoje uma fase de superação das discussões de outrora, tendo sua consagração efetivada definitivamente no ordenamento jurídico pátrio, o que não se deu, diga-se, desde logo, de forma fácil.

As teorias positivista e negativista de reparação por muito tempo duelaram, sendo defendidas por expoentes doutrinadores, sendo certo que, entre nós,

2 FLORES, Joaquín Herrera. Los derechos humanos en el contexto de Ia globalización: tres precisiones conceptuales. *Direitos humanos* e *G/obalizacão:* fundamentos e possibilidades desde a teoria critica. David Sánchez Rúbio, Joaquin Herrera Flores & Saio de Carvalho (Orgs). Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2004, p. 65-66.

a entrada em vigor do código civil de 1916, revelou-se como verdadeiro marco da teoria positivista, que, apesar de muitas resistências, acabou por ceder, como veremos a seguir, não só à evolução legislativa, mas primeiramente aos valores determinados pelo desenvolvimento cultural, social e político do País, mormente quando da valoração do ser humano como pessoa, *"ser moral por excelência,* cada vez mais ameaçada em sua integridade corporal e psíquica, no conflito de interesses que a vida lhe proporciona".3

Neste diapasão, o código civil de 1916 dispunha no artigo 159 que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violasse direito, ou causasse prejuízo a outrem, ficaria obrigado a reparar o dano.

Tal dispositivo fez com que, durante muito tempo, a doutrina majoritária defendesse que o código só previa reparação para os danos materiais; matéria por demais polêmica, mas que, desde aquele momento já encontrava opositores, tais como Clóvis Beviláqua4, que, com fundamento no artigo 765, abraçava tese do cabimento de reparação do dano moral.

Caio Mário da Silva Pereira6 em obra editada antes da entrada em vigor do atual Código Civil já sustentava que: "o artigo-chave da responsabilidade civil (159), aludindo ao dano, a cuja reparação está sujeito o agente, não lhe punha limite, podendo destarte abranger, na sua literalidade mesma, também o dano moral". Comuns eram os argumentos dos que relutavam em aceitar a reparação do dano moral, já que tinha-se como improvável que fosse possível compensar a dor com o pagamento à vítima de uma importância em dinheiro.

No entanto, a superação de tal "preconceito" se deu de forma gradativa, o que levou a então difícil caracterização do que seria dano patrimonial e o que se revelaria dano não patrimonial, ou seja, moral. Neste sentido, valiosa é a lição de José de Aguiar Dias:7

3 CAHALI. Yussef Said. Dano Moral. 2 ed. rev., atual. e amplo - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.18.
4 BEVILÁQUA,Clóvis. Código Civil. 11 ed.. voll, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. "Se o interesse moral justifica a ação para defendê-Io ou restaurá-Io, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral se não exprima em dinheiro. Este artigo, portanto, solveu a controvérsia existente na doutrina, e que, mais de uma vez, repercutiu em nossos julgados. Espínola, de acordo com Coviello, procura estabelecer que o interesse de agir difere do interesse, que forma o conteúdo do direito subjetivo. Mas o interesse de agir é o mesmo conteúdo do direito subjetivo considerado no momento. em que reage contra a lesão ou ameaça. E, se o dano moral é uma lesão do direito, forçosamente provoca a reação. cria a ratio agendi".
5 Art. 76 Código Civil de 1916: "Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral".
6 PEREIRA. Caio Mario da Silva. Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.120.
7 DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. n.226. p.812.

Quando ao dano não correspondem as características do *dano patrimonial,* dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado.

Yussef Cahali, por seu turno, assim caracterizou o dano moral: "tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral". [8]

O dano a que o legislador de 1916 se referiu era advindo de ato ilícito e, como tal, à época, estava calcado na "ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta ou indiretamente, um preceito jurídico do direito privado, causando-se dano a outrem"9, conceito que veremos mais adiante evoluiu para que sua existência passasse a ser admitida independentemente de culpa, conforme o caso concreto.

Não nos é permitido deixar de mencionar que, a despeito de toda a celeuma plantada pelos seguidores da teoria negativista, o próprio legislador de 1916 referiu-se, mesmo que se diga de forma transversa, a diversas hipóteses em que o dano moral seria reparável, como as previstas nos artigos 1.537 e seguintes do Código Civil, entre as quais destacava-se, exemplificativamente, o luto da família, a mulher agravada em sua honra, a violência sexual e a ofensa à liberdade, o que permitia, nas palavras de Cahali, deduzir, do sistema jurídico brasileiro a existência em nosso direito do *"principio geral da reparabílídade do dano moral"* .10

Com o advento da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, esta celeuma, já muito mitigada pelas decisões dos Tribunais, caiu de vez por terra, quando o legislador constituinte abençoou de forma definitiva a reparação do dano moral. Apesar de referir-se a casos especiais, tais como no "direito de resposta" e de "violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas"11, no dizer de Caio Mário, tal casuísmo é de somenos importância, já que "o que tem relevância é a circunstância

6 CAHALI, Yussef Saído op. cil., p.20.
9 GOMES, Orfando. Introdução ao direito civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 415. 10 CAHALI, Yussef Said. op.cit., p.53.
11 Constituição da República Federativa Brasileira ar!. 5°, V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Ar!. 5°, X - são invioláveis 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.

de haver um princípio geral estabelecendo a reparabilidade *do dano moral, independentemente do prejuízo material'* (grifo no original)12.

Muito embora ainda tímida ao prever a reparação do dano moral no Título 11 "Dos direitos e garantias fundamentais", a Constituição de 1988 abriu as portas para que o instituto se consolidasse de forma definitiva e ampla, ao introduzir dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, o da *dignidade da pessoa humana* (art.1°.,III), verdadeira fonte, de onde, desde então, o brasileiro vem saciar sua sede, provocada por uma demanda há muito reprimida.

Seguindo os rumos ditados pela Constituição, leis infra-constitucionais foram sendo editadas, aumentando a abrangência das hipóteses de reparação por dano moral, entre elas o Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/1990) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/1990).

Mesmo com todo este avanço, os operadores do direito ainda tiveram
que enfrentar resistências acerca da possibilidade de cumulação da condenação por dano material e moral, proveniente de um mesmo ato ilícito, óbice que, após reiteradas decisões, foi por fim superado com a edição, pelo Superior Tribunal de Justiça, Enunciado n° 37, publicado em março de 1992.13

2. A repersonalização da pessoa 14

Justiniano já dizia que *hominum causa imne jus constitum sit,* ou seja: todo o direito é constituído em razão do homem15. Sob esta ótica, estamos vivendo um momento no qual a pessoa humana representa a razão maior do direito, que tem seu foco centrado na defesa dos direitos fundamentais, que, sem dúvida, se sobrepõe ao interesse público, quando se trata de questionar sua dignidade.

A Carta Magna, nos já mencionados incisos do artigo 5°, atrelou a indenização por danos morais a algumas espécies de direitos de personalidade, quais sejam direito a imagem, a intimidade, a vida privada e a honra; direitos estes só conhecidos até então pelas decisões dos tribunais, pela lavra dos doutrinadores e pelo direito comparado, mas que vieram à lume, em toda sua completude, com a promulgação da lei 10.406/2002 (Código Civil). Esta nova ordem civilista pela primeira vez introduziu no ordenamento jurídi

12 PEREIRA, Caio Mario da Silva. op.cit., p. 127.

13 Enunciado 37 da Súmula do ST J - .São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato".

" A expressão é de CLAYTON REIS em palestra proferida no Seminário realizado em 15.2.2002 e publicada-na revista da EMERJ, Parte especial, 2002, p. 69, fev-jun.

" REIS, Clayton. op.cit., p.69

co pátrio um capítulo próprio, destinado à preservação dos direitos de personalidade. Até então, as decisões, por inúmeras vezes, exsurgiam fulcradas no artigo 4°. da Lei de Introdução ao Código Civil.

Seguindo os passos do legislador constituinte, o Código Civil atual, deu nova redação à disposição contida no artigo 159, agora numerado como artigo 18616, para considerar ato ilícito o dano causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, *ainda que exclusivamente moral* (g.n),

Pela nova sistemática do código, o artigo 186 não pode ser analisado sem que tenha por base a preservação dos direitos de personalidade, previstos nos artigos 11 *usque* 21, já que, a partir da entrada em vigor do novo código, o dano moral se transformou em verdadeiro e, como se pretende demonstrar, único remédio jurídico para a preservação dos direitos de personalidade.

A evolução experimentada pela humanidade no último século fez surgir novas vertentes oriundas das contemporâneas formas de relações entre as pessoas, que levou o legislador de toda a parte a rever não só as leis existentes, criando novos diplomas legais, como também adotou uma nova visão na interpretação da legislação existente, contudo, em muitos casos, teve que se render à necessidade de ampliar as hipóteses legais, para atender aos novos conflitos de interesses surgidos no mundo atual.

Neste diapasão, os direitos de personalidade vêm, ainda que timidamente, regular novas relações jurídicas surgidas com o desenvolvimento biotecnológico e científico, e, mais amplamente, como assim defende Ricardo Fiúza.17 todas as demais que venham a surgir:

Um Código Civil, na condição de lei geral, deve apresentar seus comandos de forma suficientemente aberta, de maneira a permitir a função criadora do intérprete. Tem de sair do positivismo exagerado que engessa o direito e atrasa as transformações. para alcançar o que chamo a fase pós-positivista do direito...a flexibilidade na interpretação das normas permitirá que o direito se modernize, sem que haja necessidade de estar, a cada instante, alterando seus textos legais.

Os argumentos de Ricardo Fiúza muito se assemelham à tese defendida pela corrente monista, que prega a existência de um direito geral de personalidade, abrigando a proteção de todos os bens jurídicos integrantes

,. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito",

11 Novo Código Civil Comentado. Coord. Ricardo Fiúza, São Paulo: Saraiva, 2002, p. XV e XVI,

da personalidade humana, ainda que não indicados expressamente pelo legislador. Cumpre ressaltar que esta tese não rejeita os direitos especiais de personalidade, explicitamente destacados na legislação, ao contrário, não só os abraça, como também a todos os demais não taxativamente previstos, contribuindo, assim, para uma proteção mais efetiva destes direitoS.18

Infelizmente, o legislador pátrio optou por adotar a técnica de identificação de alguns dos direitos específicos, lançando mão de um direito geral de personalidade19. No entanto, no dizer de Daniel Sarmento,

uma expressiva corrente doutrinária vem sustentando que, no ordenamento brasileiro, é possível extrair da Constituição um direito geral da personalidade, que poderia ser invocado nas relações privadas para coibir atos atentatórios contra outros bens jurídicos componentes da personalidade humana, não discriminados expressamente no Código ou em qualquer outra lei.20

A bem da verdade, apesar da Constituição de 1988 e do novo Código Civil não terem abraçado expressamente o chamado direito geral de personalidade, a primeira, no nosso entender fez muito mais, ao inserir na categoria dos princípios fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana, que, introduziu no nosso ordenamento jurídico de um modo geral a valorização da pessoa humana, como nunca antes se fez.

18 Em contra posição à corrente monista, temos a corrente pluralista que concebe a existência de diversos direitos de personalidade, desde que tipificados pela legislação. Esta posição é defendida por DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Trad. Afonso Celso Furtado Resende - Campinas: Romana, 2004, p. 38-39: "Já acentuamos com o Livro I do Código Civil Italiano deu aos direitos de personalidade uma parcial disciplina legislativa. Acrescentamos agora que tal disciplina é parcial, não só pelos elementos de que consta - tanto que os respectivos princípios reguladores continuam a extrairse em grande parte da estrutura intrínseca de tais direitos - , mas também pelo número dos direitos a que se refere. O art. 5° contém uma norma relativa aos atos de disposição do próprio corpo, a qual diz respeito ao direito à integridade física; os arts. 6° ao 9° disciplinam o direito ao nome; o art. 10 tende a reprimir o suo abusivo da imagem alheia, sabendo-se, no entanto, que o direito a esta não é outra coisa senão um aspecto particular do direito ao resguardo. É certo que os direitos da personalidade não muito mais numerosos do que aqueles de cuja disciplina se ocupou o legislador do direito privado. Mais quais são e onde estão as normas de direito objetivo aptas a completar a série? A este respeito, temos de recordar que a determinação da extensão tem sido uma das causas que contribuíram para desacreditar entre os estudiosos tal categoria de direitos".

19 Em vários países já se vive sob a égide de um direito geral da personalidade, entre eles a Alemanha, a Suíça e Portugal, sendo certo que neste último tal avanço se vê em sede constitucional- art. 26.1 "A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação", quanto no Código Civil, art. 70.1 "A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral".

20 SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.125.

A idéia a dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.21

Ingo Sarlet em sua obra "Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais" traça um paralelo sem precedentes acerca da incidência do princípio da dignidade sobre os direitos fundamentais previstos na Constituição, concluindo ter este princípio verdadeira função de servir como critério para a construção de um "conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional"22.

Tal característica, existente também nos demais princípios constitucionais, fez com que o ordenamento jurídico após a promulgação da Carta Magna, vivenciasse uma verdadeira constitucionalização do Direito Privado, já que, a partir de então, todas as relações privadas passaram a ser lidas e interpretadas à luz dos princípios constitucionais, o que trouxe à lume uma revolução no que tange ao encontro da sociedade brasileira com garantias legítimas de um genuíno Estado Democrático de Direito, como nunca antes experimentado.

Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana representa "o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado."23

Esta visão personalista introduzida pela Constituição, que elevou o homem ao patamar de centro das relações jurídicas, já que não é mais tido como meio, como outrora, mas sim como fim em si mesmo, como, aliás, o concebia Kant,24 refletiu nas mais diversas ramificações do direito privado, influenciando sobremodo o legislador do Código Civil de 2002 que introduziu na codificação atual conceitos como boa-fé objetiva, função social do contrato, função social da empresa, igualdade entre cônjuges, onerosidade excessiva, e, no campo da responsabilidade civil, caracteriza-se como alicerce para a estruturação dos direitos de personalidade, posto que será o

21 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 37.
22 A expressão é de Ingo Sarlet. op. cit., p.99.
23 SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 50-60.
24 Veja KANT, Emmanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Apud ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 276.

garantidor de sua observância, com a ampliação das hipóteses, sem precedentes, da reparação pelos danos morais.

3. O dano moral e a preservação dos direitos de personalidade

Na opinião de Paulo Luiz Netto Lobo, a interação entre danos morais e direitos de personalidade é tão estreita que se deve indagar da possibilidade da existência daqueles fora do âmbito destes25. Com esta assertiva, o mencionado doutrinador dá início a um artigo, no qual conclui que "não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos de personalidade"26, após realizar brilhante desenvolvimento sobre os institutos, suas características, dimensões constitucionais, espécies etc.

Na verdade, o que o mencionado autor faz é um paralelo entre o fato dos direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, encontrarem excelente campo de aplicação nos danos morais, que tem a mesma natureza não patrimonial, sendo que os primeiros, por oferecerem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, sua lesão faz incidir diretamente a pretensão ao segundo, sem qualquer necessidade de que se faça prova da dor ou do prejuízo. "A responsabilidade opera-se pelos simples fato da violação *(damnu in re ipsa)"27,* tanto que desnecessária a prova do prejuízo, bastando tão somente o nexo de causalidade.

Maria Celina Bodin de Moraes vai mais longe em sua análise sobre a estreita correlação entre dano moral e direito de personalidade, sustentando que, o direito civil, ao sofrer importante processo de constitucionalização, impregnou-se pelo fenômeno de ter como "objeto"28 primordial de tutela jurídica a pessoa humana, que se configura como "sujeito e ponto de referência objetivo da situação jurídica subjetiva que o envolve ou que lhe diz respeito".29

.. .para efetivar a defesa e a promoção integrais da personalidade humana, é preciso ter em mente que a pessoa não será protegida porque é titular de um direito, mas o contrário. A proteção surge primeiro e decorrente dela; em seguida, configura-se o direito subjetivo ou o direito potestativo, ou faculdade - em suma, o que quer que seja mais adequado,

25 LÓBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. Grandes Temas da Atualidade - Dano moral. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 347.
2. Ibidem, p. 364.
27 Ibidem, p. 349.
2. A expressão é de Maria Celina Bodin de Moraes. Danos à pessoa humana - uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.182.
29 MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit., p. 182.

como estrutura, para aquela determinada situação jurídica (isto é, para realizar aquela função). [30]

Dessa forma, sob essa análise mais ampla, segundo a autora, o dano moral não pode ser reduzido à "lesão a um direito da personalidade",31 nem tampouco "efeito extra-patrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial"32

Nesse diapasão temos que o dano moral é o meio próprio para se buscar a reparação a qualquer violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, mesmo que o direito violado ainda não seja reconhecido como parte de alguma categoria jurídica, o que amplia a incidência para além das fronteiras dos direitos da personalidade, numa forma de garantia ampla dos preceitos civis-constitucionais que norte iam o nosso ordenamento jurídico.

Mas como aferir a dor moral? Como caracterizar tal dor? O artigo 186 do Código civil diz que todo aquele que violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito. O nosso estudo, como já mencionado, passará ao largo do dano patrimonial e se concentrará no dano moral e, com este objetivo, passaremos a uma análise da reparação de tal dano.

3. 1 *Obrigação* e *responsabilidade*

O professor Sergio Cavalieri Filho faz a distinção entre obrigação e responsabilidade, afirmando que a primeira é sempre um dever jurídico originário, enquanto que a segunda é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro33, que gera o dever de indenizar. Segundo esta lição, surgiria um conceito envolvendo as duas idéias de ato ilícito e responsabilidade civil, de tal sorte que o ato ilícito em sentido estrito viria a ser "o conjunto de pressupostos da responsabilidade civil", ou em outros termos, "da obrigação de indenizar". [34]

Humberto Theodoro Junior faz uma análise mais ampla dos institutos, concluindo que:

[30] Ibidem, p. 183.
[31] Idem, p. 183, expressão aspeada pela autora que faz remissão em nota de rodapé ao artigo já citado neste trabalho de Paulo Luiz Netto Lôbo.
[32] Ibidem, p. 184, expressão aspeada pela autora que faz remissão em nota de rodapé a obra de J. Aguiar Dias, Da responsabilidade civil. v. 11.
[33] FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, n.1.2, p.26.
[34] THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao novo código civil - dos efeitos do negócio jurídico ao final do livro 111 - art. 185 a 232, v. 111, 1.11, Coord. Sávio Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.21.

hoje, a ótica da responsabilidade civil não é mais a que separava a norma primária da norma secundária, para submeter o dever de indenizar (obrigação de repara o dano) à violação do dever genérico de não lesar. Cada preceito em que se apóia a responsabilidade civil é, em si mesmo, norma primária, porque traz em seu próprio conteúdo a cláusula da "injustiça do dano". Para haver responsabilidade civil não é necessário que a conduta do agente seja sempre injusta, o que tem que ser necessariamente injusto é o dano.35

Delito, no dizer de Humberto Theodoro Junior, seja em direito penal ou civil, é o ato contrário ao direito, de modo absoluto. O art. 186 para o autor é a matriz do delito civil, ou seja, ato ilícito em sentido estrito, gerador da obrigação de indenizar o dano. "Trata-se de ato *ilícito absoluto* porque, ao lesar o ofendido, o agente não viola nenhum dever oriundo de vínculo jurídico negocial preexistente entre ele e o ofendido, nem contraria obrigação alguma nascida de negócio jurídico". [36]

O instituto da responsabilidade civil, vem sofrendo, desde o século XIX incursões de correntes que defendem sua evolução para o âmbito da objetividade, consubstanciada no ritmo imposto por uma sociedade industrializada, levando ao aprimoramento da teoria do risco social,37 e aquela que tradicionalmente defende a subjetividade do instituto, ou seja, calcado no elemento culpa.38

O novo Código Civil manteve como regra a responsabilidade subjetiva, mas adotou, tendo como parâmetros dispositivos constitucionais39, a teoria da responsabilidade civil objetiva, de forma genérica, deixando para a jurisprudência a tarefa de conceituar, mediante casos concretos, o que seja a atividade de risco.

Neste sentido, Humberto Theodoro Junior reafirma que o princípio nuclear da responsabilidade civil aquiliana no novo Código é o da responsabilida

35 Idem, p. 21 e 22.
36 Ibidem, p. 26.
37 A teoria do risco foi assim resumida por Sérgio Cavalieri: "Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa". CAVALIERI FILHO, Sergio. op cit., p. 146.
38 A noção de culpa se dá no momento em que, querendo ou não o dano, o agente voluntariamente adota um comportamento contrário aos padrões exigidos pelo direito e, em conseqüência disso, provoca um dano injusto a outrem. Essa conduta voluntária e danosa, em seu aspecto subjetivo, compreende o dolo e a culpa, embora não haja necessidade de distingui-los para a imputação do dever de indenizar, já que
a indenização é a mesma, tanto na conduta danosa intencional como na culposa.
39 A Constituição de 1988 inovou ao inserir no Capitulo referente a Administração Pública o art. 37 parágrafo 6° que prevê a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público pelos danos causados por seus agentes.

de subjetiva, fundada na culpa (art. 186 e 927 *caput).* "A responsabilidade *subjetiva,* que integra a definição legal de *ato ilícito* absoluto, recebe tal denominação justamente porque reclama o elemento culpa por parte do agente causador do dano a indenizar"40, opinião que é compartilhada com Sílvio Venosa: "A teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o novo aspecto enfocado pelo novo Código".41

3.2. O *dever de reparar* o *dano*

A admissão expressa da indenização por dano moral na Constituição de 1988 alargou o campo de incidência da responsabilidade civil no direito brasileiro, mormente quando a lesão provoca a dor psíquica, que fere a honra da pessoa; honra aí entendida não como uma espécie de direito de personalidade, mas em sentido amplo, que engloba dita espécie, mas ainda, toda a dor que faz com que a pessoa se sinta inferiorizada diante de si mesmo e do outro.

Honra é o sentimento da própria dignidade. Existe uma honra interna ou subjetiva, que "é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo ou em relação a tais atributos"; e uma honra externa ou objetiva, que "é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais, etc".42

Quando se cuida de reparação de dano, temos aquele que se limita a esfera patrimonial, o que faz da indenização uma recomposição do valor desfalcado, mas quando se permeia o universo do dano não patrimonial, ou moral, adentramos na seara íntima da personalidade, bem da vida que, quando lesionado, não admite recomposição, posto que estaremos diante de um dano irreversível, pelo que a reparação visa tão somente a atenuar o sofrimento injusto e a coibir a prática de tais ofensas.

Mas, qual o caráter da indenização imposta ao causador do dano moral? Há os que defendem que dita indenização deve ter não apenas o objetivo de compensar a vítima, mas também o intuito de punir o causador do dano, de modo a desestimulá-lo a reiterar atos ilícitos similares.

40 THEODORO JUNIOR, Humberto. op.cit., p. 29 e 101.
41 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil- Responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, v. IV, 2003, p. 16. 42 JESUS, Damásio de. Direito Penal- Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 12 ed. 2° v, São Paulo: Saraiva, 1990, , p. 175. Para o autor, a honra subjetiva divide-se em: honra dignidade que é o conjunto de atributos morais do cidadão e honra-decoro que é o conjunto de atributos físicos e intelectuais da pessoa.

Yussef Cahali, embasado em renomados doutrinadores estrangeiros, leciona que "o dever de indenizar representa por si a obrigação fundada na sanção do ato ilícito"43, e procura defender o caráter punitivo da referida indenização: "na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como, em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória é a pena".44 No entanto, este entendimento ainda encontra resistências na doutrina nacional e na jurisprudência, haja vista que fere princípios basilares como o da reserva legal esculpido no artigo 1°.do Código Penal [45], o da legalidade expresso no brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege,* e o que estabelece que a pena não pode passar da pessoa do agente causador do dano, cabendo ressaltar que a legislação ainda não o contempla expressamente.

Existem vários países que adotam oficialmente o caráter punitivo das indenizações civis, diante de algumas condutas gravosas, como os Estados Unidos, por exemplo, que contempla o instituto dos *punitive damages,* meio de reparação de danos próprios da *Common Law,* que tem o objetivo de punir o agente causador do dano, através de uma pena pecuniária que é paga à vítima.

Maria Celina Bodin de Moraes ressalta em sua obra que a tradição no direito brasileiro ainda é o de empregar o caráter meramente compensatório às indenizações por dano moral, mas que

é de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, sem sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, com relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der ao caso, não incomum, de prática danosa reiterada...é de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadores de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental.46

[43] CAHALI, Yussef Said. op.cit., p. 37.
[44] Ibidem, p. 41.
[45] Código Penal- ar!. 10 "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".
[46] MORAES, Maria Celina Bodin de. op.cit., p. 263.

Embora ainda pouco expressiva, já se vê em decisões dos tribunais superiores orientações acerca da aplicação da indenização como pena, como a extraída do Recurso Especial, de lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que, na decisão, emprega critérios, tais como o grau de culpa, o porte econômico das partes e o desestímulo ao ofensor; critérios estes de cunho punitivo-preventivo, que, em sendo reiterados, podem significar uma futura evolução do método hoje empregado.47

3.3 *Dano moral e solidariedade social*

Diz-se que a reparação do dano moral tornou-se uma forma de ganho fácil, e que se caminha para a banalização do instituto, já que não são poucos àqueles que recorrem ao Judiciário com pretensões descabidas, consubstanciadas em meros aborrecimentos, com o único propósito de obter uma vantagem qualquer. Tal parece ser o entendimento de Calmon de PassOS.48

Data venia a opinião do ilustre jurista, entendemos que o instituto do dano moral, sofre de um fenômeno absolutamente natural, causado por uma demanda reprimida por longos anos de ausência de uma legislação que protegesse tais pretensões, mas que tende, como o tempo, aprimorar-se e adequar-se a padrões de normalidade, caminho que certamente impregnará este ramo do direito do verdadeiro valor que este tem em prol de uma sociedade mais justa e, principalmente, mais solidária.

Solidária porque entendemos que o dano moral pode muito bem vir a servir de sustentáculo de imensurável valia a efetiva aplicação do princípio da solidariedade social, previsto no artigo 3°, I da Constituição Federal.

Mas o que significa ser solidário? A solidariedade decorre do fato social, na medida em que o homem não vive sozinho, ao contrário, sua existência só se realiza quando em contato com o outro, dividindo interesses comuns

47 Resp 246.258- 48 Turma do ST J, d.j. 18.04.00 - *Responsabilidade civil. Dano moral. Inscrição irregular. SPC. Emissão de duplicatas sem causa. Protesto indevido. Quantum indenizatório. Controle pelo Superior Tribunal de Justiça. Valor excessivo. Caso concreto. Recurso acolhido. Redução da condenação.*
I - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato.
11 - No caso, diante de suas circunstâncias, a condenação mostrou-se exagerada, devendo ser reduzida a patamar razoável.

48 Neste sentido: PASSOS, J.J.Calmon. O imoral nas indenizações por dano moral *in Grandes Temas da Atualidade* - Dano Moral - aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 251-263.

e, neste sentido, deve direcionar seu comportamento para que reconheça no outro a si próprio e assim, agir de forma solidária.

A solidariedade contida na norma constitucional pressupõe que exista, ou que se crie, um conjunto de instrumentos voltados a garantir uma vida digna e justa, evitando-se exclusão ou marginalização, que assegure a todos os meios de subsistência essenciais à sobrevivência sem que haja distinção.

Maria Celina Bodin de Morais questiona:

> Como seria possível obrigar alguém a ser solidário? Não seria o mesmo que querer exigir o sentimento de fraternidade entre as pessoas? A dificuldade está unicamente em se continuar atribuindo à solidariedade um caráter essencialmente beneficente. Não se quer exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se assim fosse.49

A referida autora traz em seu livro, em nota de rodapé, um exemplo no qual busca demonstrar que não se é difícil exigir, não apenas do poder público, mas também de particulares, o dever de solidariedade para com os outros. Ela conta que um determinado patrão que dava a seu empregado favorito, além do salário, uma gratificação às vésperas das festas natalícias foi, durante algum tempo, julgado bondoso, generoso ou solidário. Ocorre que em muitas outras empresas, os patrões não tinham o mesmo espírito solidário e bondoso, mas, de qualquer forma, os empregados de modo geral obtiverem a gratificação natalina, através das lutas de classes que levaram à promulgação, em 1962, da Lei 4.090 que criou a obrigação da solidariedade por ocasião do Natal, mediante o pagamento da gratificação natalina, hoje garantida constitucionalmente.

Muitas vezes as indenizações pagas a título de dano moral ou não são suficientes para amenizar a dor da vítima, ou sequer têm o condão de exercer sobre o ofensor diminuição patrimonial bastante para que ele aprenda com a condenação e iniba seu ímpeto de reincidência na prática do ato lesivo, ou seja, a condenação não serve nem mesmo como medida sócio educativa, já que o operador do direito está sempre atento ao fato de que o judiciário não pode servir como meio para o enriquecimento ilícito e, por isso, reduz drasticamente o valor das indenizações, tudo em prol da segurança das relações jurídicas.

Mas e se parte do dinheiro da condenação não fosse entregue às vítimas, mas sim administrado por um fundo organizado pelo Poder Público

'9 MORAIS. Maria Celina Bodin de. op.cil., p.115(nota de rOdapé 218).

que reverteria em prol daqueles que necessitam de ajuda para garantir o mínimo existencial50 e, assim, sua dignidade? Desta forma, estar-se-ia fomentando e tornando efetivo o princípio da solidariedade social e ainda, empregando um caráter sócioeducativo à condenação por dano moral, cujos efeitos só bons frutos trariam para a sociedade como um todo.

Demonstrada que está a importância do instituto, sua fundamentação legal seu campo de incidência, passaremos a análise de um caso concreto que nos levará à discussão dos aspectos psicofísicos do dano moral.

4. A **dor de** Viviane

É evidente a relação causal entre o acidente e os danos psicológicos observados, o que nos leva a afirmar que houve significativo prejuízo escolar, social e pessoal, em vários aspectos da vida de Viviane. Não só Viviane foi vítima de sofrimento psicológico: os familiares apresentam sinais de intenso sofrimento psíquico também.

A vítima apresenta sinais claros de sofrimento psíquico, inclusive
. com a presença de doenças psicossomáticas: TRANSTORNOS MENTAIS E DE COMPORTAMENTO, DE HUMOR E AJUSTAMENTO.

É provável que as seqüelas neurológicas ocasionadas pelo sarampo que acometeu a menor aos 18 meses de vida tenham sido agravadas com o acidente. A doutrina orienta que estresse agudo pode agravar doença de etiologia orgânica.

"Doença de etiologia orgânica associada a estresse agudo pode ser agravada".

Viviane e os familiares demonstram estar necessitando de acompanhamento psicoterapêutico. Além disso, Viviane necessita de acompanhamento psiquiátrico. [51]

O que aconteceu com Viviane poderia ser tão somente mais um caso de infeliz acidente ocorrido no interior de coletivo que, ao fazer uma curva acentuada, acabou por provocar a queda da vítima para fora do veículo, ocasionando-lhe lesões graves, passíveis de ser indenizadas, material e moralmente.

[50] Sobre mínimo existencial ver BARCELLOS. Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - O principio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
[51] Conclusão do laudo psicológico da lavra de GLICIA BARBOSA DE MATTOS BRAZIL, pSicóloga do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. extraído dos autos do processo n. 119684-0/1998 da 32" Vara Cível da Comarca da Capital, p.208.

o que difere este caso dos demais nada mais é do que uma feliz conjugação da visão do patrono da vítima e do Juiz que preside o processo, cuja sensibilidade, tão importante na aplicação do saber jurídico, fez com que ficasse demonstrado que a perícia psicológica não pode mais ser relevada a segundo plano, mormente quando da reparação do dano moral, sendo, por outro lado, instrumento de excelente ajuda ao magistrado que, muito além de cuidar para que o dano seja compensado, precisa fazê-Io de forma a que se alcance a justiça plena.

A obrigação de reparar o dano previsto no artigo 186 do Código Civil pode estar na esfera material e/ou moral, mas, sem sombra de dúvidas revela-se no ser humano como sentimento de dor; dor pela enfermidade, dor pela diminuição do poder aquisitivo, dor pela perda; dor pelo trauma.

5. O **direito à saúde psíquica**

O artigo 196 da Constituição da República afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Como direito à saúde, devemos entender tanto a saúde física, quanto a psíquica, já que para que se mantenha a integridade do homem, se faz necessária a conjugação harmônica destes dois aspectos da sua saúde.

Pontes de Miranda ao discorrer sobre o direito à integridade psíquica o define como direito absoluto, inato e que corresponde a um dever de todos de não causar danos à psique de outrem: "Direito absoluto de integridade não é só o de integridade física; também o é o de integridade psíquica".52

Ana Paula de Barcellos, ao tratar do mínimo existencial, ensina que no exame sistemático da Carta de 1988, este é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. No que tange à saúde básica, enfatiza a autora:

Falar de eficácia positiva ou simétrica do mínimo existencial na área de saúde significa dizer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do judiciário por força e em conseqüência da Constituição. Mais que isso, tal afirmação significa que os poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações, seja qual for o plano de governo ou a orientação política do grupo que, a cada momento, estiver no poder. Em resumo: as prestações que fazem parte do mínimo existencial- sem o que será violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso

52 MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. 1 ed., t.VII, Campinas-SP : Bookseller, 2000. p. 54.

fundamental do Estado brasileiro - são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos.53

Assim, se a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5°.XXXV da CRFB), a violação ao dever de não causar dano à integridade psíquica de alguém também está amparado e, muito mais do que isto, deve ser garantido pelo Estado.

O Direito à integridade psíquica importa na repressão Civil ou Penal contra qualquer atentado à condição psíquica do indivíduo, quer pela tranqüilidade rompida, quer pela estabilidade psíquica familiar, os prazeres da vida, a família como objetivo de vida, os fins almejados, projetos de vida, motivações da existência, o humor, e a paz de espíritos perturbados. 54

A despeito de todas estas garantias, e do fato de que o direito à integridade psicofísica fazer parte de uma das espécies de direito da personalidade, nele englobado, "além dos chamados danos corporais, os danos causados à imagem, à honra, à privacidade, entre outros, que consubstanciam a categoria de danos psíquicos",55 o que se vê nas decisões dos tribunais, diferentemente do que se narrou no caso de Viviane - que infelizmente ainda se configura exceção à regra56 - é o reconhecimento por parte do julgador da existência de danos psíquicos, sem que nenhuma perquirição técnica tenha sido realizada para delimitar a extensão do referido dano, vindo a condenação a, de forma genérica, fixar um *quantum* aleatório, a critério do julgador,57 o que revela verdadeira desatenção do Poder Judiciário quanto à verificação da extensão do dano psíquico sofrido pela vítima.

53 BARCELLOS, Ana Paula de. op.cit., p. 272 e 273.

54 BENASSE, Paulo Roberto. A personalidade, os danos morais e sua liquidação de forma múltipla. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29.

55 MORAES, Maria Celina Bodin de. op.cit., p.101.

56 outro caso que se destaca, este com grande repercussão na mídia, foi o do filho que pleiteou indenização por danos morais ao pai, processo que tramitou na Justiça do Estado de Minas Gerais, autuado sob o n. 024000624650, cujo laudo psicológico foi decisivo: "pode-se constatar que este afastamento transformou-se em uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem a sua própria identidade". Laudo elaborado por Hélio Cardoso de A. Junior, psicólogo judicial. Neste mesmo sentido: APEL. CÍVEL - Proc. 2004.001.11855 Órgão Julgador: 7° CAM. CÍVEL - Des. MARCO AURÉLIO FROES - Julgado em 28/0912004. APEL. CÍVEL - Número do Processo: 2004.001.11399 - Órgão Julgador: 11° CAM. CIVEL - Des. CLAUDIO DE MELLO TAVARES - Julgado em 22/09/2004. APEL. CIVEL - Proc. 2002.001.12649 - Órgão Julgador: 13° CAM. CIVEL - Des. PAULO SERGIO FABIÃO - Julgado em 29/0612004.

57 APEL. CIVEL - Proc. 2004.001.08051 - Órgão Julgador: 14° CAM. CIVEL - Des. MARIA HENRIQUETA LOBO - Julgado em 22/06/2004. Sumário. Ação de indenização. Contrato de transporte. Acidente sofrido por passageiro no interior do coletivo da empresa transportadora ré. Responsabilidade objetiva. Laudo pericial. Nexo causal. Cláusula de incolumidade. Em razão do contrato de transporte, tem o transportador a obrigação de zelar pela incolumidade do passageiro na extensão necessária a lhe evitar qualquer acontecimento funesto. A obrigação do transportador é de fim resultado, e não apenas de meio. Dor, angústia, transtomo psíquico que reclamam indenização. Danos morais e materiais comprovados. Recursos das partes objetivando a reforma do quantum indenizatório. Majoração do valor arbitrado em atendimento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Provimento parcial do recurso da vitima para aumentar para R$ 10.000,00 (dez mil reais) a verba fixada a titulo de dano moral, devendo os juros moratórios incidir a contar da data da citação e desprovimento do recurso do réu.

No que tange à necessidade de apuração técnica de tais danos, ensina Carlos Alberto Sittar:

Tem-se, a propósito, recomendado a máxima cautela aos profissionais, que devem ser especializados, compelindo-lhes sob pena de responsabilização, realizar prévio e completo exame do interessado para a detecção do nível do problema, a fim de ministrar-lhe o tratamento adequado, valendo-se de expedientes coadjuvantes na estrita medida do necessário e em conseqüência com o estado presente da técnica. 58

6. Aspectos psicofísicos do dano moral

"A integridade psíquica é bem em si, - razão por que se há de prestar o necessário à cura mais os prejuízos".59 Esta lição de Pontes de Miranda nos remete a análise da utilidade imperiosa da perícia técnica na apuração do dano psicológico, com vistas a se obter uma indenização que efetivamente venha a ressarcir a vítima.

O dano psicológico, ou psíquico, como muitos assim o entendem, pode ser definido como "a seqüela emocional ou psicológica, de um fato particular traumatizante."60 A perícia psicológica busca determinar o grau desta seqüela, como também vinculá-la ao fato traumatizante, para que se apure o nexo causal, que é o pressuposto indispensável para existir o dever de indenizar:

Conocemos que el dario psíquico puede probarse únicamente mediante prueba pericial, a diferencia dei *dano moral* que se prueba "in re ipsa", esta es: la sola existencia dei hecho lesivo presupone *sufrimiento para la víctima* como consecuencia de aquel.61

O artigo 145 do Código de Processo Civil dispõe que quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo disposto no art. 421. A despeito de tal determinação legal, ainda são raras na seara cíl,al, as intervenções dos peritos na apura

58 SITIAR. Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro; Forense Universitária, 2001. p. 116-117.
59 MIRANDA, Pontes. op.cit.. p.55.
60 EVANGELISTA, Roberto e MENEZES, Ivani Valarelli. Avaliação do dano psicológico em perícias acidentárias. Disponível em <http://www.mackenzie.com.br/universidade/psico/publicacao/livro09.htm> . Acesso em: 17 dez. 2004.
., SRITO. Carolina. Consideraciones acerca dei dano psíquico. el dictamen pericial pSicológico Y la sentencia. Disponlvel em <htpp://www.mackenzie.com.br/universidade/psico/publicação/livro09.htm> . Acesso em 17 dez. 2004.

ção do dano moral, quando envolve seqüelas psíquicas, o que faz com que as indenizações arbitradas fiquem muito aquém do dano sofrido pela vítima.

Apurar o dano psíquico não é fácil. Estudos mostram que as variáveis que podem ocorrer na psique humana diante de um determinado fato da vida são muito grandes, e a análise do caso concreto por um leigo, neste caso, o julgador, poderá conduzir a uma solução divorciada da realidade, o que fatalmente implicará numa prestação jurisidicional incompleta, o que só contribui para o descrédito, não do judiciário como prestado r da tutela, ma sim da capacidade deste de promover a justiça.

Como a violência urbana e a agressão interpessoal constituem ameaça à vida, à integridade física e à sensação de segurança das pessoas de forma cotidiana, a resposta emocional das pessoas sob a forma de Transtorno por Estresse PósTraumático começa a se tomar uma ocorrência freqüente. Tratase dos transtornos emocionais desencadeados pelo esforço adaptativo do indivíduo ao seu meio e, quanto mais hostil for esse meio, maiores as probabilidades de transtornos emocionais.62

O dano como trauma psíquico pode se revelar de diversas maneiras tais como, neuroses de ansiedade e transtorno situacional transitório, mas, é o transtorno de estresse pós-traumático a patologia mais comum na atualidade,63 tendo em vista as condições de exposição que está constantemente afeita à população a um evento que pode ser considerado traumático.54

Certos eventos são tão estressantes que caracterizam uma situação de trauma, com inegável dano psíquico. Recentemente as ciências mentais reconheceram uma síndrome, classificada nos mecanismos internacionais de discrição de transtornos mentais (CID. 10 e DSM. IV) denominada de Transtorno de Estresse Pós-Traumático. Essa classificação começou a ser

62 BALLONE, GJ. -Dano psíquico. Disponível em <http://www.psiqweb.med.br/forense/danopsi.html>. Acesso em 03 ou!. 2004.

63 ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. Dano psíquico em mulheres vítimas de violência. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004, p. 48.

64 "A empresária Regina Dourado viveu uma das piores tragédias que um ser humano pode suportar. Em maio de 2003, sua filha Maria Eduarda, de apenas 16 anos, foi brutalmente assassinada. A menina desapareceu durante uma viagem e seu corpo só foi encontrado dez dias depois, num canavial. Acometida de stress pós-traumático, Regina passou meses alimentando-se mal e dormindo pouco, Começou a ter pesadelos, e as imagens da filha morta não saíam de sua cabeça. Hoje vive à base de calmantes e antidepressivos. Acha que a psicoterapia a ajuda a lidar coma dor da perda, ainda muito presente. "mantive o quarto como ela deixou. Às vezes passo pela porta e tenho a impressão de vêla deitada na cama, mas logo percebo que são apenas almofadas. Quem perde um filho não o enterra nunca". LIMA, João Gabriel de. O equilíbrio do cérebro. Revista Veja, ano 37, n. 48, 01/12/04, p.121.

mais bem sistematizada a partir da volta do,s veteranos do Vietnam. Ela ocorre com quadros agudos de angústia, grave e até invalidante, normalmente quando a vítima é exposta a situações similares, tornando a desencadear os mesmos sintomas ansiosos severos do momento do trauma, revivências constantes, medo, fobias e limitação severa da vida de relação.65

Lembremos, agora, a dor de Viviane. Naquele feito o dano material foi demonstrado sem maiores dificuldades, através da perícia médica que apurou os danos físicos sofridos pela vítima e, conseqüentemente, apurar o *quantum debeatur* é questão de mera liquidação. No entanto, neste caso especificamente, o julgador, atendendo solicitação da vítima, determinou a realização de perícia psicológica, tendo, para tanto, que se valer do corpo de psicólogos do Tribunal de Justiça que atuam nas causas de família, já que o Tribunal não possui um grupo de psicólogos para as demandas cíveis, tendo o laudo pericial concluído pela necessidade da vítima de obter acompanhamento psiquiátrico, como conseqüência do acidente ocorrido no interior do coletivo.

Neste sentido, o trabalho de avaliação da gravidade do dano sofrido pela vítima produz nela uma relavorização de seu papel, tornando-a sujeito do processo, no qual pode vir reivindicar seus direitos amplamente, tendo sua dignidade respeitada, através de um trabalho conjunto entre juizes e psicólogos, psiquiatras, psicoterapeutas, enfim, profissionais com especialidade na referida área do conhecimento, para que a avaliação do dano psíquico possa fornecer subsídios para a fixação de um *quantum* indenizatório adequado.

Para analizar la importancia que tiene en la sentencia la pericia psicológica sobre dano psíquico, se da cuenta dei concepto Dano Psíquico desde el entrecruzamiento de diversos discursos: el psicológico forense, el jurídico, el psiquiátrico y el psicoanalítico.

El concepto "dano psíquico" importa, ante todo, por centrar la mirada en la víctima.

En el *discurso jurídico* el *dano psíquico,* en sentido amplio, es una cierta clase de lesión, inferida a la persona que constituye fuente de dano resarcible. Este supone una *perlurbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico* o *agrava algún desequilibrio precedente.*

55 BALLONE, GJ. op.cit.

Com prende tanto Ias enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero ya sea como situación estable o bien accidental o transito ria implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba Ia normalidad dei sujeto y trasciende en su vida individual y de relación.

En el discurso psicológico forense el dano psíquico es una reacción psicológica frente a un evento que altera y perturba el funcionamiento con el que se venía desenvolviendo el sujeto.

Esta alteración tiene que ver con Ia ruptura de un acaecer vital en el que transcurría su existencia, y esta interrupción produce un corte que tiene resultados muy distintos. EI dano psíquico puede provenir de distintas situaciones: un accidente de tránsito, mala praxis médica, haber sido víctima de un delito, de un accidente laboral etc. EI enfrentamiento con Ia muerte (propia o de alguien significativo) altera Ia homeostasis.

Para el discurso psicológico el dano psíquico es trauma, se rompe Ia ligazón, no puede ser simbolizado verbalmente; el trauma engancha así con 10 que no tiene palabras. La imposibilidad de tramitar Ia cantidad de exitación implica a un quantum que no puede transformarse en cualidad psíquica.

Cada persona responde con su estructura personal, estado dei yo y Ia calidad dei bagaje defensivo con que disponga en el momento dei trauma. Interesa evaluar Ia complementariedad entre Ia *estructura de personalidad* preexistente y el hecho acaecido (si éste movilizó ai examinado, cuál es el significado simbólico individual).

EI dano psíquico es un fenómeno que se desencadena de manera multifactorial y multipotencial. Através dei *diagnóstico psicológico forense* se busca remitir aios puntos de ensamble entre el traumatismo, Ia historia singular y Ia sintomatología actual.66

Como enfatiza o texto acima epigrafado, cada pessoa reage de forma única diante de um evento traumático, podendo sofrer dano em maior ou menor grau diante do fato concreto, desta forma, tornam-se relevantes as contribuições das ciências voltadas para os aspectos biológicos, sociais,

66 BRITO. Carolina. *op.cit.*

legais e, em particular, os psicológicos, oferecendo aos juristas inúmeras oportunidades de se amparar nos conhecimentos desta natureza nas diferentes áreas da Justiça, o que demonstra a importância da avaliação psicofísica na apuração do dano moral, na busca por uma análise apurada do comportamento humano e no compromisso por uma Justiça mais eficaz.

Considerações finais

Os novos tempos exigem que o homem seja visto como um ser integral. Nas palavras de Roberto Crema, psicólogo e antropólogo do Colégio Internacional de Terapeutas, significa dizer que é necessário que se retome a visão de "inteireza do projeto humano: um composto somático, psíquico e noético, atravessado pelo Sopro da Vida". [67]

Vivemos uma fase do desenvolvimento no qual a humanidade está a mercê de uma era globalizada na qual cada um preocupa-se apenas com seu próprio bem estar, relegando a segundo plano o conceito de bem estar social, ou seja, vivemos uma verdadeira guerra diária, na busca pela sobrevivência na selva de concreto que nos acolhe.

Como fazer para que as belas palavras do legislador constituinte, os princípios fundamentais, os institutos garantidores e todas a dialéticas dos estudiosos saiam do âmbito da retórica e se transforme em ação, em ganhos efetivos para o cidadão e o ser humano como um todo? Este é o nosso grande desafio.

Fazer valer as leis, trabalhar para o aprimoramento dos institutos jurídicos existentes é a grande saída. Não ter medo de reconhecer o dano, quer material, quer moral, este último principalmente, posto que ainda caminha a passos lentos. Legitimar os aspectos psicológicos, além dos danos físicos é, no mínimo, comprometer-se com o respeito, a proteção e a promoção dos direitos humanos.

Reconhecer a importância da implantação de um corpo de psicólogos para atuação em causas que digam respeito a indenizações por dano moral é trabalhar para consolidar em parte a justiça social, sem a qual a dignidade da pessoa não se realiza por completo, fazendo com que o acesso à justiça não se caracterize apenas pela oportunidade de se estar em juízo, mas também contar com uma estrutura hábil a atender os pleitos de forma eficiente.

[67] CREMA, Roberto. Ser humano integral; justiça integral. Entrevista publicada "no Mérito"da Ass.dos Magistrados do Justiça do Trabalho da 18 Região. Ano X, n. 33, 2004, p.3. set-oul.

Referências Bibliográficas

BALLONE, GJ. *Dano psíquíco*. Disponível em <http://www.psiaweb.med.br/forense/danopsLhtml>. Acesso em 03 out. 2004.

BARCELLOS,Ana Paula de. A *eficácia jurídíca dos princípios constitucionais*- O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio *de* Janeiro: Reno
var, 2002.

BENASSE, Paulo *Roberto.* A *personalidade,* os *danos morais e sua liquidação de forma múltipla.* Rio de Janeiro: *Forense,* 2003.

BEvILÃauA,clóvis. *Código Civil.* 113. ed., voll, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

BITIAR, Carlos Alberto. Os *direitos da personalidade.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRITO, Carolina. *Consideraciones acerca deI dano psíquico, el dictamen pericial psicológico* y *Ia sentencia.* Disponível em <htpp:/I www.mackenzie.com.br/universidade/psico/publicaçãollivro09.htm>. Acesso em 17 dez. 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral.* 23. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo:
Revista dos Tribunais, 1998.

CREMA, Roberto. *Ser humano integral; justiça integral.* Entrevista concedida a publicação "no Mérito"da Ass.dos Magistrados do Justiça do Trabalho da 13. Região. Ano X, n. 33, set-out de 2004.

DIAS, José de Aguiar. Da *responsabilidade civil.* 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

EVANGELISTA, Roberto e MENEZES, Ivani Valarelli. *Avaliação do dano psícológico em perícias acidentárias.* Disponível em <*!:111Q.JL* www.mackenzie.com.br/universidade/psico/publicacaollivro09.htm>. Acesso em: 17 dez. 2004.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil.* 4.ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

FLORES, Joaquín Herrera. Los derechos humanos en el contexto de Ia globalización: tres precisiones conceptuales. *Díreitos humanos e G/obalização:* fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. David Sánchez Rúbio, Joaquín Herrera Flores & Saio de Carvalho (Orgs). Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução* ao *direito civil.* 83. ed. Rio de Janeiro: Foren se, 1986.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal* - Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 12a. ed. 2°.v, São Paulo: Saraiva, 1990.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes.* Apud ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, João Gabriel de. O *equilíbrio do cérebro.* Revista Veja, ano 37, n. 48, 01/12/04.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Grandes Temas da Atualidade* - Dano moral. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado.* Atual. por Vilson Rodrigues Alves. 1 ed., Tomo VII, Campinas-SP : Bookseller, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos* à *pessoa humana* - uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Novo Código Civil Comentado. Coord. Ricardo Fiúza, São Paulo: Saraiva, 2002, p. XV e XVI.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Direito Civil:* alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. *Dano psíquico* em *mulheres vítimas de violência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana* e *direitos fundamentais* na *Constituição de* 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais* e *relações privadas.* Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

A *ponderação de interesses* na *Constituição Federal.* Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários* ao *novo código civil*- dos efeitos do negócio jurídico ao final do livro 111- art. 185 a 232, v. 111, t.II, Coord. Sávio Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*- Responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, v. IV, 2003.

A SUBJETIVIDADE COLETIVA COMO EXPRESSÃO DA CIDADANIA - O PENSAMENTO POLÍTICO DE ANTONIO NEGRI [1]

Paulo Cesar Ribeiro Galliez 2
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

O pensamento político-filosófico de Antonio Negri introduz profundas modificações na estrutura do estado contemporâneo, onde é possível se buscar diretrizes para superar o impasse da ideologia do neoliberalismo implantada a partir dos anos noventa. .

A obra fundamental de Negri nesse sentido é o magistral "Poder Constituinte - Ensaio sobre as alternativas da modernidade"3, onde critica o conceito de poder constituinte sob o ponto de vista do constitucionalismo jurídico.

Nesse sentido, afirma que "o constitucionalismo é *uma doutrina jurídica que conhece somente* o *passado,* é *uma referência contínua* ao *tempo transcorrido,* às *potências consolidadas* e à sua *inércia,* ao *espírito que* se *dobra sobre si* mesmo - ao *passo que* o *poder constituinte,* ao *contrário,* é sem*pre tempo forte* e *futuro".4*

Abordando a questão do estado sob a ótica de Maquiavel, de James Harrington (Inglaterra), da Constituinte Americana, de Jean Jacques Rousseau, de Marx:Lênin e o Estado Soviético, Negri conclui que *"a filosofia política moderna não nasce da administração, mas do medo.* Sua *racionalidade só é instrumento de ordenação* se *também for instrumento de repressão."5*

A relevância da obra de Negri consiste justamente na transferência que é feita da titularidade do poder constituinte, ou seja, da iniciativa do estado passa para o domínio da multidão. Na sua concepção, o *poder constituinte* é um *sujeito,* isto é, *subjetividade coletiva.* Aduz ainda o filósofo que o *poder constituinte* e a *subjetividade coletiva que* o *formam* são, *acima de tudo, uma realidade social. Uma realidade social produtiva, que não pode ser negada.* [6]

Desse modo, a partir da nova concepção introduzida pelo pensamento político de Antonio Negri, o exercício dos direitos constitucionais essenci

1 Estudo contido na obra "A Defensoria Pública, o Estado e a Cidadania", editora *Lumen Juris.* 3" *edição.* 2 Autor *de* "A Defensoria, o Estado e a Cidadania", "Princípios Institucionais da Defensoria Pública" e "Defensoria Pública - Legislação", todos editados pela Editora *Lumen Juris.*
3 DP&A EDITORA, 2002, tradução *de* Adriano Pilatti. 4 Obro cil.
5 Idem, obro cil.
6 Idem, obro cil.

ais deverão ser repensados, diante da necessidade de ruptura com o constitucionalismo tradicional que, por ser conservador, nega a possibilidade de a multidão vir a deter o poder constituinte e praticar a democracia. Por conseqüência, valores pertinentes aos direitos da cidadania modificar-se-ão para alcançar os verdadeiros titulares da sociedade democrática, que em maior número do que os detentores do capital, mantêm a realidade social produtiva brasileira.

****

Desde o primeiro escrito sobre o Estado e a Defensoria Pública (1986), havia a preocupação de delinear a natureza do estado, suas contradições e as dificuldades por que passou o principal órgão público que presta assistência jurídica integral à classe social alijada do poder econômico. Posteriormente, foi destacada a necessidade de o defensor público agir como instrumento de transformação social, não se limitando ao atuar meramente técnico-jurídico. Por último houve a tentativa de conciliar posturas entre o Poder Judiciário e a Defensoria Pública, no que concerne ao acesso à justiça, aproveitando inclusive discursos de cunho democrático por parte de alguns magistrados.

Ocorre, que passados cinco anos desde a primeira edição de "A Defensoria, o Estado e a Cidadania", não só a realidade se modificou como também o pensamento deste autor, ainda mais que os efeitos da globalização, delineados pelo neoliberalismo, mostram sinais de descontrole e de indefinição.

Hoje, a estrutura administrativa da Defensoria Pública é outra, tendo avançado consideravelmente nos últimos anos, o que permite aos defensores públicos agirem com autonomia e independência em relação aos demais poderes.

No entanto, pOderes como o Judiciário e o Ministério Público vêm, há muito, trilhando seus próprios rumos, tendo a Defensoria Pública se iludido ao tentar acompanhar suas trajetórias, as quais nada têm a ver com a instituição que recebe os excluídos. De fato, são posturas distintas, posto que o Ministério Público é o guardião da sociedade, denunciando aqueles que a subvertem, e o Poder Judiciário exerce a função punitiva, processando, julgando e condenando esses infratores para posterior segregamento e controle. Em recente entrevista, o Desembargador Presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, José Renato Nalini, declarou que "a *forma*ção *jurídica é* a *mais conservadora entre aquelas confiadas* à *universidade. E* o *Judiciário recruta seus integrantes entre os egressos dessa faculdade. Então não espere que* o *juiz seja criativo, inovador* e *que venha para balançar as estruturas.* O *juiz é um mantenedor do status quo."*[7]

[7] Juiz reflete a sociedade - Folha de São Paulo, Cotidiano, 01/09/2004.

o Poder Judiciário, ao implantar e difundir os juizados especiais, deixa claro que pretende, sozinho, facilitar o acesso á justiça que promove, independentemente, inclusive, da interferência de advogado na maioria dos casos. Por outro lado, na justiça comum, os juizes vêm impondo inúmeras restrições aos pedidos de gratuidade de custas e honorários advocatícios, indeferindo-os em diversas situações, elitizando sobremodo o seu acesso. Nesse particular, a própria Organização das Nações Unidas (ONU), ao realizar inspeção no Judiciário Brasileiro, concluiu pela posição conservadora, tendo o relator Jean Ziegler salientado que "a *fraqueza estrutural* e a *corrupção ocasional dentro do sistema legal significa que aqueles que têm conexões políticas* se *beneficiam por vezes da impunidade.* Os *pobres temem* o *Poder Judiciário conservador* e *relutam* em *usar* os *tribunais* (...)."8

Tais órgãos, utilizando-se da concepção de Antônio Negri, compõem a *racionalidade instrumental,* impedindo que a multidão *possa* se *exprimir como subjetividade,* já que o poder constituinte formal acha-se por eles controlado.

Por outro lado, a Defensoria Pública, apesar de fazer parte da estrutura do estado, possibilita aos excluídos o acesso à cidadania, aos direitos fundamentais e à conscientização da condição social em que se acham inseridos.

Por muito se alimentou a ilusão de que o acesso à justiça fosse o principal objetivo da Defensoria Pública. Ledo engano, pois a justiça lá praticada nem sempre pacifica os objetivos sociais dos litígios que lhe são submetidos.

Ademais, a Defensoria Pública exerce inúmeras atribuições fora do âmbito do Judiciário, não dependendo deste para se impor como instituição, ainda mais que vem se submetendo à permanente renovação, permitindo assim usufruir sua autonomia e liberdade. Nesse particular, a *liberdade pode viver somente enquanto* se *renova* - a *liberdade é* o *primeiro produto da potência.* [9]

E a Defensoria Pública é a expressão mais pungente dessa potência, captando no protesto da multidão forças para o enfrentamento da intolerância e da discriminação.

Nesse particular, a Defensoria Pública, como órgão autônomo dentro da estrutura do poder estatal, deve acompanhar os movimentos da ordem internacional, sobretudo diante do recente estudo da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre os efeitos da globalização, divulgado em 24/02/2004 após dois anos de pesquisa. [10]

8 Relatores da ONU: Judiciário brasileiro é conservador, Jornal do Commércio, 18/10/2003. 9 Antônio Negri, obro cit.

10 Globalização aumenta desigualdade, diz ONU - Folha de São Paulo, 8-1, de 25/0212004).

Relata o estudo que apesar de a globalização ter beneficiado maior liberdade para o intercâmbio de bens, idéias e conhecimento, trouxe como conseqüência o aumento da desigualdade, fazendo com que haja no momento 185 milhões de pessoas desempregadas em todo mundo e, que a pobreza cresceu na mesma extensão, assim considerados aqueles que vivem com US$1 (um dólar) ou menos por dia.

Conclui a ONU que *existe uma inquietação crescente acerca do rumo que está tomando* a *globalização, sendo que suas vantagens estão fora do alcance de muitos, enquanto os riscos de sua aplicação são reais.* Destaca ainda, que a *corrupção aumentou e* o *futuro dos mercados está cada vez mais incerto.* Finaliza, ressaltando que a *governança global está em crise.11*

Adepto da globalização, a partir de 1995, o Brasil não *está* fora do contexto descrito pela ONU, refletindo igualmente nossa realidade, notadamente na violação dos direitos humanos os quais, considerados em toda sua extensão, desde a tortura até à deficiência ou inexistência da assistência jurídica.

Na esteira dessa crise, o império americano, que exerce forte influência econômica, política e cultural no Brasil, vem massacrando e subjulgando povos de outras etnias e crenças religiosas, impondo o caos e a desordem e, nesse particular, *quando* a *cultura ocidental vê se apagarem, um* a *um, todos os seus valores ela involui para* o *pior.* [12]

Recentemente, o filósofo francês Jean-Luc Nancy, ao lançar sua obra "La Création du Monde ou la Mondialisation" (A Criação do Mundo ou a Mundialização)13, ainda não traduzida no Brasil, após fazer digressões sobre o significado de criação, da criação como desnaturação e como tecnologia metafísica, aborda ainda aspectos da biopolítica e da soberania, propondo a final que *existe uma justiça para* o *mundo, e há um mundo para* a *justiça. Essas finalidades porém, ou essas intenções reciprocas, pouco informari*am a *respeito da situação atual.* O *mundo* é *em si mesmo* a *lei suprema de sua justiça: não* o *mundo dado "tal como é", mas sim* o *fato de* o *mundo surgir, congruência propriamente incongruente.* A *única obra de justiça* é *pois criar, incansavelmente, um mundo,* o *espaço de uma inextinguível e sempre inquieta soberania do sentido.*

Recentemente o sociólogo Emir Sader afirmou taxativamente que *"uma reforma democrática da política supõe* a *refundação do Estado brasileiro,*

11 Idem, Folha de São Paulo.

12 Jean Baudrillard, Hipóteses sobre o Terrorismo - Power Inferno, Editora Sulina, 2003. 13 2002, !:ditions Galilée, Paris.

que precisa deixar de ser privatizado, para se articular em tomo da esfera pública, aquela responsável pela universalização dos direitos. [14]

Desse modo, há completa harmonia entre a proposição de Jean-Luc Nancye o pensamento de Emir Sader, demonstrando a necessidade de se implantar nova ordem para se restabelecer a cidadania. Atualmente a exclusão social incentiva a desigualdade que por sua vez fomenta a violência. Exemplo típico da prática dessa violência é o comércio do narcotráfico, conseqüência direta da política neoliberal cuja lógica do mercado não tem escrúpulos nem ética. Suas principais vítimas são os jovens cada vez mais alijados da educação, do emprego e da saúde. Na observação da economista Sônia Rocha, "é *uma atração enorme para* o *jovens, principalmente* os *que não têm acesso* à *educação, que não têm possibilidades de inserção na sociedade, que não têm futuro15.* De fato, a partir do controle exercido pelos "Chefões" do tráfico de drogas dentro das comunidades carentes, há inegável ruptura com o Estado, permanecendo os moradores alijados de qualquer perspectiva futura, já que esse controle é mantido pelo poder das armas *e* pelo medo. Ocorre exatamente o que almeja o neoliberalismo, isto é, o esvaziamento do Estado e sua conseqüente redução ao mínimo.

Assim, o caos se instala a partir da falta de acesso à educação. ao emprego, à saúde, à moradia, e ao controle da natalidade, tudo agravado pela completa ausência do exercício de direitos, pois os excluídos submetidos ao jugo do tráfico de drogas ignoram o que seja a prática da cidadania e muito menos o acesso à justiça, por eles intitulada como "justiça do asfalto", a qual não tem, para eles, a eficiência e a celeridade daquela justiça praticada em sua comunidade.

Desse modo, a atuação da Defensoria Pública deve ir ao encontro dessa subjetividade coletiva (cf. A. Negri), representada pela significativa legião de excluídos que a compõem, principalmente daqueles que estão marginalizados pelo controle estatal do sistema carcerário.

Essa subjetividade coletiva é a verdadeira detentora do pOder constituinte, estando assim investida da legitimidade para questionar o poder público a implantar políticas que venham reinserí-los na sociedade para que possam ser considerados efetivamente - e não só formalmente - cidadãos.

Pela autonomia administrativa e financeira já conquistadas pela Defensoria Pública há muito caminho a percorrer, percurso que deve ser trilhado com paciência e cautela, pois obstáculos sempre irão surgir para impedir ou

[14] Reforma política e democracia - Folha de São Paulo, 19/4/2004.

[15] Desigualdade, e não a pobreza, aciona a violência - entrevista dada à Folha de São Paulo, de 18/04/2004.

dificultar esse avanço, notadamente aqueles originados de instituições paralelas, afins, ou de conotação político-partidária. A conscientização a ser exercida junto aos parlamentares é essencial nesse sentido, posto que por intermédio de leis inovadoras torna-se possível modificar a realidade. Aliar-se às minorias é fundamental a esse desiderato, ainda mais que os grupos sociais constituídos por afro-brasileiros, mulheres, homossexuais, lésbicas, transexuais, favelados e moradores de comunidades carentes, vêm se organizando após a normalização democrática do país, contribuindo para que leis inovadoras venham surgir, para serem assegurados e respeitados seus direitos.

Em recente obra de autoria de Andrée Lajoie, professora da Faculdade de Direito da Universidade de Montreal, denominada "Quand les minorités font la loi" (Quando as minorias fazem as leis), é frisado que *"as minorias necessitam do Estado* e *de sua força obrigatória (erga omnes) para fazer avançar seus interesses e.}nserir seus valores nas relações governamentais. Enquanto minorias ou marginalizados, sua posição de dominados* se *reverterá para que* o *Estado indispensável lhes seja restituído. Seja qual for* o *nome que* se *der, nenhum outro aparelho coletivo, capaz de orientar* o *comportamento social dos cidadãos, permitirá* a *esses grupos alcançar* os *objetivos da representação de suas identidades e/ou interesses materiais.16*

Desse modo, o pensamento de Negri, que revoluciona a estrutura do poder constituinte, passando pela reflexão de Jean-Luc Nanci , no sentido de se criar no mundo uma inextinguível soberania do sentido, culmina-se com a proposição de Andrée Lajoie, que defende o direito de as minorias participarem da elaboração das leis e impor suas identidades como cidadãos e seres sociais.

A guisa de conclusão, há urgência na transformação da estrutura do Estado, com a participação ativa das minorias representadas por todos seus segmentos, não cabendo à Defensoria Pública limitar-se à assistência meramente jurídica, ou de veiculo de acesso à Justiça, pois suas funções extrapolam essa igualdade formal preconizada pelos cânones tradicionais do constitucionalismo. Assim, cumpre conscientizar e orientar ideologicamente as minorias sociais para que possam participar do Estado e desenvolvê-Io democraticamente, pois o neoliberalismo ainda é presente, com seu propósitos indisfarçáveis de redução do espaço público, para que a lógica perversa do mercado prevaleça. Excelente a critica de Emir Sader nesse particular quando afirma que "o *mercado não reconhece direitos, reconhece apenas* o *poder do dinheiro."17*

16 Presses Universitaires de France - PUF - Les voies du droit. 17 .Mercado contra democracia., Jornal do Brasil, 04/07/2004.

Portanto, a missão primordial da Defensoria Pública, dentre outras, é a de fazer inserir as minorias dentro de seu próprio universo, titulando-as como legitimadas para o exercício do poder constituinte, uma vez que são a personificação da multidão.

269

A "ADMINISTRACIONALIZAÇÃO" DA EXECUÇÃO PENAL

Rodrigo Duque Estrada Roig 1

1. Introdução

No dia 10 de novembro de 2005, o Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária (CONSEJ) aprovou uma proposta até agora ignorada pela maior parte da comunidade jurídica brasileira, mas de extrema gravidade, uma vez que representa mais um impiedoso ataque à Lei de Execuções Penais, à Constituição de 1988 e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito.

A proposta, firmada pelo ex-Secretário de Estado da Administração Penitenciária de São Paulo, Senhor Nagashi Furukawa, modifica o artigo 73 da Lei de Execução Penal, estabelecendo que, se o juiz da execução penal exceder o prazo de trinta dias sem proferir sentença, os pedidos de progressão e regressão de regime, livramento condicional, indulto e remoção para estabelecimento em local distante da condenação serão decididos pela autoridade administrativa. A iniciativa prevê ainda que caberá às autoridades administrativas das unidades federativas - em último caso os diretores de presídios - decidir e promover, de comum acordo, a remoção do preso condenado ou provisório.

Assim, o artigo 73 da Lei de Execução Penal, acrescido de dois parágrafos, passaria a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 73 - A legislação local poderá criar Departamento Penitenciário ou órgão similar, com as atribuições que estabelecer.

"§1°. Se o juiz da execução exceder o prazo de trinta dias, sem proferir sentença, os pedidos previstos nos artigos 66, inciso III, letras "b" e "e", inciso V,letra h, e 193 desta Lei serão decididos pela autoridade administrativa, com posterior revisão judicial e ouvidas as partes.

§2°. Caberá às autoridades administrativas das unidades federativas decidir e promover, de comum acordo, a remoção

1 Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Penal da Escola de Gestão Penitenciária - RJ. Professor de Direito Penal e Execução Penal do curso de pós-graduação em Direito da UNISUAM/RJ. Mestre em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Cândido Mendes - RJ. Membro da Sociedade Internacional de Criminologia. Autor do Livro 'Direito Penal 2 - Parte Especial' (Ed. Saraiva). Graduado pelo LXIX Curso Internacional de Criminologia - Buenos Aires. Autor do livro "Direito e prática histórica da execução penal no Brasil" - Ed. Revan. Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Especialista em Processo Penal (Investigação e Prova) pela Universidad Castilla-La Mancha (UCLM) - Toledo - Espanha.

do preso condenado ou provisório, sem prejuízo da indicação do estabelecimento penal adequado para abrigá-lo, a cargo do juiz competente receptor, na hipótese de remoção interestadual (artigo 86, §3°, desta Lei)".

Esse é o teor da proposta. Vejamos as razões pelas quais não deve prosperar:

2. Dados históricos acerca da regulamentação penitenciária brasileira

Os diversos regulamentos penitenciários do império e da república (Decreto n° 678 de 1850, Decreto n° 1774 de 1856, Decreto n° 8386 de 1882, Decreto n° 3647 de 1900, Decreto n° 8296 de 1910, Decreto n° 10.873 de 1914, entre outros) foram erigidos tendo como premissa a necessidade de construção de um modelo penitenciário administrativista e totalizante. Dentre as inúmeras iniqüidades admitidas pela legislação então vigente, destacam-se o poder conferido ao diretor do estabelecimento de examinar, e eventualmente reter, a correspondência recebida e remetida pelos sentenciados, de observar atentamente os "comportamentos, maneiras, índoles e propensões", de punir os apenados que descumprissem os deveres de "obediência sem observações nem murmúrios", de "compenetração de sua posição", de "transitar pelo estabelecimento de braços cruzados, marchando uns após os outros, sem estrépito e de forma regular e acelerada", entre outras obrigações.

Era extremamente amplo o rol de atribuições do diretor da Casa de Correção, a quem competia a faculdade de designar a cela que cada preso deveria ocupar, o lugar de fruição do recreio e até mesmo o assento a ser preenchido na capela e na escola. Como se não bastasse, há no Decreto n° 8.386 de 1882 (regulamento da casa de correção do Rio de Janeiro) expressa previsão de que todos os benefícios gozados pelos presos são, na verdade, faculdades atribuídas ao exclusivo arbítrio do diretor, a quem compete decidir quais presos são merecedores e quando serão deferidas (art.116).

O Decreto n° 3647 de 1900, por sua vez, estabelecia a possibilidade de imposição de ferros "a *arbítrio do díretor",* ao recluso que ameaçasse ou atentasse contra algum empregado (art. 109). Esta transformação tornou ainda mais vasta a intromissão do diretor da Casa de Correção na sorte dos apenados, consolidando definitivamente o quadro de total submissão e insegurança jurídica na referida unidade prisional.

A normatização penitenciária atual, a despeito de consideráveis progressos, não logra estabelecer uma contundente ruptura paradigmática, sendo constantemente importunada pela "tradição" brasileira de discricionarismo administrativo, positivismo e cientificismo etiológico. O sistema penal, as

sim, continua a determinar o penitenciário. A falta de reformas lúcidas e não emergenciais, capazes de adequar a legislação penitenciária aos preceitos fundamentais da Carta de 1988, impede o estabelecimento de limites racionais ao poder executivo estatal, inviabilizando por completo uma perspectiva reducionista de danos penitenciários2.

Com efeito, o viés totalitário do sistema penitenciário continua a ser alimentado por um modelo administrativista e meritocrático que rege todo o aparato normativo em sede de execução penal e que pretende fazer do preso um refém e do Poder Judiciário um servo.

A primeira implicação consiste na total submissão do preso ao exclusivo arbítrio da autoridade custodiante, que se vale da vagueza da norma para manejar utilitariamente a aplicação de sanções disciplinares, muitas vezes motivadas por desavenças pessoais, conveniência ou por necessidade de manutenção de respeito e "ordem".

Assevera Luigi Ferrajoli, nesse sentido, que o preso que pretenda aproveitar os benefícios deverá oferecer cotidianamente provas de sua sensibilidade e disponibilidade ao tratamento, até que sua personalidade seja julgada meritória. O sinalagma permanente entre interiorização da pessoa e perspectiva de libertação antecipada transforma-se, assim, num instrumento de governo da prisão, graças ao controle disciplinar e ao submetimento moral dos presos às autoridades que o mesmo assegura.3

Essa realidade nos conduz à segunda das nefastas conseqüências deflagradas pelo modelo de execução penal pretendido pelo projeto de administracionalização: o engessamento do Poder Judiciário pelo obscurantismo administrativista do cárcere. Em outras palavras: assumindo o papel de mero espectador da execução penal, o Poder Judiciário certamente se curvará diante da preeminência do direito penitenciário (informal) sobre o direito processual penal (formal).

esse contexto, cumpre-nos trazer à colação as lições de Foucault:

Mas o efeito mais importante talvez do sistema carcerário e de sua extensão bem além da prisão legal é que ele consegue tornar natural e legítimo o poder de punir, baixar pelo menos o limite de tolerância à penalidade. Tende a apagar o que possa haver de exorbitante no exercício do castigo, fazendo funcionar um em relação ao outro os dois registros, em que se divide: um, legal, da justiça, outro extralegal, da disciplina.4

2 ROIG. Rodrigo Duque Estrada. *Direito* e *prática histórica da execução penal no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan. 2005. p.14.
3 FERRAJOLI, Luigi. *Direito* e *Razão: Teoria do Garantismo Penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002, p.327.
4 FOUCAULT, Michel, *Vigiar* e *Punir.* 268 ed. Petrôpolis: ed. Vozes, 2002. p.249.

Vale ressaltar, por oportuno, que a posição servil da jurisdição frente ao poder disciplinar da autoridade administrativa, pretendida pelo projeto, torna-se ainda mais grave, nos dias de hoje, se considerarmos como autênticas penas (em um sentido material) a manutenção do apenado em regime mais rigoroso e a postergação do deferimento de Livramento Condicional e Indulto.

Frise-se, ainda, que o destino dos apenados, uma vez materializada a proposta de alteração da LEP, dependerá do completo juízo da autoridade penitenciária, a quem competirá a interpretação acerca do que desestabiliza ou não a ordem e disciplina carcerárias, gerando infindável incerteza jurídica. Confiar a fruição de certos direitos ao alvedrio da autoridade penitenciária demonstrou ter conferido uma perigosa indeterminação temporal e qualitativa à pena privativa de liberdade, em um sentido verdadeiramente angustiante ao preso, já que o mesmo perde o senso de posteridade e se revolta, deixando de acreditar no compromisso legal de que a adoção de uma conduta conforme a norma garantirá uma perspectiva concreta e segura de fruição de direitos.

Como se vê, o arrefecimento ditatorial no Brasil não surtiu grandes efeitos em nossa realidade penitenciária, preterida pela tendência neoliberalizante da sociedade brasileira. A Lei de Execução Penal, já tão combalida, continua a sofrer constantes ataques por parte das mais variadas propostas, inexoravelmente tendentes à perpetuação de uma estrutura correcional autoritária e inquisitiva.

A adequada compreensão da história penitenciária brasileira teria, por si só, o condão de afastar prontamente a proposta de alteração do artigo 73 da LEP, ora formulada. Lamentável, portanto, que, passados 156 anos da edição de nossa matriz regulamentar penitenciária (Decreto n° 678 de 1850), ainda estejamos ventilando a ampliação dos poderes da administração prisional.

3. Da necessidade de otimização judicial em sede de execução penal e da incompatibilidade constitucional do projeto

Não é efêmera a preocupação brasileira e mundial com a celeridade judicial, especialmente quando se encontra em jogo a liberdade individual. O inciso LXXVIII do artigo 5° da CRFB, incluído pela Emenda Constitucional n° 45 de 2004, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A própria Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que remonta ao ano de 1969, já previa, em seu artigo 7°, item 5, o direito que *toda pessoa possui de ser julga da* em *prazo razoá.*

velou de ser posta em *liberdade, sem prejuízo de que prossiga* o *processo.* Outra garantia oriunda da Convenção Americana reside em seu artigo 8°, que assevera:

Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Para sepultar qualquer interpretação deletéria, nunca é demais frisar que os referidos dispositivos, ante sua magnitude protetiva, devem ser aplicados da maneira mais ampla possível, ultrapassando as fronteiras do processo penal "cognitivo" e ingressando, com todo vigor, no processo de execução penal. .

Recentemente, dentre as conclusões do III Seminário de Execução Penal (em que se formulou a Carta de São Luís do Maranhão), figura a de *alertar para* a *necessidade de celeridade na atuação dos operadores do direito, sobretudo da esfera do Judiciário, para garantir aos encarcerados(as) os seus direitos na execução penal* (número VII).

A proposta de administracionalização, na esteira de muitos dos recentes desenhos legislativos, se apresenta com um impecável discurso humanizador (a premência da celeridade processual), mascarando, no entanto, sua real essência antidemocrática. Ilustrando tal assertiva, cumpre-nos transcrever um fragmento da defesa do projeto, formulada pelo ouvidor da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária de São Paulo durante audiência pública convocada pela Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa de São Paulo para debater o assunto: "Nós queremos proteger a quem? Comungamos em torno da figura do preso, em como atendê-lo. A Lei de Execução Penal foi feita para o preso, e se houver a necessidade de sacrificar algum princípio de execução penal para a garantia do preso, isso não é um problema. Vamos colocar a lei acima da pessoa?".

A merecida resposta a esse discurso não tardou. Na mesma audiência pública, o insigne jurista Miguel Reale Jr (com razão consternado, já que participou dos trabalhos de elaboração da Lei de Execução Penal), adjetivou o projeto de a "marca da delegação do indelegável" e proferiu brilhante exposição:

"Lamento que os secretários de Justiça se reúnam e resolvam legislar com base na celeridade da Justiça, para dizer que, se

o juiz não decidir em 30 dias, o *nosso subordinado,* o diretor da prisão. vai decidir julgando seus próprios atos. Então, se o juiz não decidir a tempo, as partes decidem? Porque a administração penitenciária é parte. É ela que estabelece a punição, que avalia o comportamento do preso. Ela não é imparcial. Que independência terá o administrativo penitenciário para conceder progressão ou não ao preso que tem antipatia ou simpatia? (n.) Pensem na insegurança que vai se estabelecer. Pior uma injustiça rápida do que a justiça lenta. Essa é uma visão pragmática que rasga a Constituição Federal e a garantia jurídica, e que não pode ser admitida por nós, pois tenta solucionar os problemas práticos por via de uma Constituição rasgada".

Reforçando os argumentos do ilustre jurista, cumpre-nos tecer algumas considerações: o projeto de administracionalização, nos moldes formulados, apresenta como solução uma medida (transferência do poder judicial para o administrativo) de duvidoso êxito, mas de segura violação à Constituição da República, em função do manifesto desrespeito aos axiomas constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional (por excluir da apreciação judicial eventuais lesões ou ameaças de lesões aos direitos dos presos), do contraditório (sempre preterido em sede penitenciária) e da igualdade (presos em semelhante situação seriam julgados por autoridades absolutamente diversas: uns estariam vinculados ao juízo da execução, enquanto outros, em razão da demora processual, estariam submetidos ao império da administração).

Trata-se de uma aberração jurídica, de uma precipitada tentativa de criação de um curioso instituto para o direito penal: a "inconstitucionalidade a termo". Isso porque, passados trinta dias sem a apreciação judicial, o processo de execução criminal cruzaria as fronteiras do Estado Democrático de Direito, ingressando no nebuloso "Estado Democrático de Diretor". Em outras palavras, o início do prazo representaria metaforicamente um "aviso prévio" (trinta dias) à constitucionalidade da LEP e, conseqüentemente, à democracia.

O projeto ora combatido ainda se encontra eivado de um vício inafastável: o desprezo pelo basilar direito do apenado de, no âmbito do processo de execução, estar atrelado às determinações e cuidados de um juiz (regularmente investido e provedor de maior transparência e imparcialidade) e não de um juízo de exceção (autoridade penitenciária), conforme pretendido. Juízo de exceção este que, na realidade carcerária, ostenta a autêntica condição de parte, eis que necessita dar foro de legitimidade a todos os seus atos.

Inolvidáveis também a garantia do devido processo legal (que deve permear o processo de execução penal) e o fato de que todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição têm por suporte o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art.1°, III da CF) e é pelo processo - e o de execução da pena não pode fugir à regra - que se garantem aqueles, quando se trata de proteger o status libertatis do cidadão.5 Prevalece, nesse sentido, o entendimento universal no sentido de que "Ias *penas de privación de libertad deben ser organizadas sobre una amplia base de humanidad eliminando en* su *ejecución cuanto sea ofensivo para Ia dignidad humana, teniendo siempre muy en cuenta aI hombre que hay en todo delincuente".6*

Não é diferente a conclusão de Saio de Carvalho quando assevera que, se o processo penal é o instrumento através do qual o Estado se apropria do conflito do sujeito lesado para resguardar a racionalidade da resposta ao delito, deve operar de maneira otimizada na execução, controlando os atos administrativos de forma a resguardar a dignidade e a humanidade dos apenados.7

A ampla intervenção do Poder Judiciário na execução penal traduz o meio mais eficaz de tutela do princípio da legalidade *(nulla poena sine lege).* Se esse princípio vincula estreitamente a caracterização do delito (garantia criminal) e a aplicação da pena (garantia penal), não há razão para ser esquecido no curso da execução (garantia executiva). Desse modo, todas as fases do curso penal estariam resguardadas pela *efetiva* jurisdicionalidade e pelas formas, modalidades e circunstâncias previstas na lei.8

Mister ressaltar que a disponibilidade do exercício da atividade jurisdicional, diante de seu caráter atípico e em nome do princípio constitucional da separação das funções do Poder, somente deveria se justificar nas hipóteses expressamente previstas no Diploma Maior. No caso em apreço, a atribuição do diretor seria decorrente não da Constituição, mas da Lei de Execução Penal, fulminando o projeto.

A judiciarização da execução penal, ora postulada, traduz não apenas um imperativo de validade, mas também a preocupação com a tutela do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sistematicamente olvidados pelo inquisitorialismo totalizante das instituições penitenciárias, mesmo diante do disposto no art. 5°, incisos LIV e LV, de nossa Cons

5 CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar. A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal: O contraditório e a Ampla Defesa. Revista Brasileira de Ciências Criminais. N° 9. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1995,pp.119.
6 CALON, Eugenio Cuello, *Oerecho Penal,* vol l.Barcelona:Bosch,1956, pp.258-259.
7 CARVALHO. Saio de. Pena e Garantias. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003,p.171. 8 Nesse sentido, conferir CALÓN, op. cit.,p.185.

tituição. Nesse sentido, na esteira dos ensinamentos de Jason Albergaria, devemos concluir que o princípio da jurisdicionalidade traduz a busca, para a fase executiva das sanções penais, da transposição do esquema processual típico do juízo de conhecimento, com ênfase no contraditório, ampla defesa e recorribilidade da decisão, reduzindo-se o domínio da discricionariedade da administração penitenciária.9

Desse modo, antes de um poder-dever do Estado, a Jurisdição traduz um direito público subjetivo do jurisdicionado, que encontra na procedimentalização judicial um meio formal e, portanto, mais seguro, de conter a potestade punitiva do Estado em sede de execução penal.

Pelas razões ora aduzidas, é imperioso que busquemos soluções efetivas para a problemática da morosidade judicial, mas que não sejam atentatórias aos direitos elementares dos presos jurisdicionados. Somente dessa forma pode ser concebida uma teoria da pena conformada ao Estado Constitucional Democrático de Direito, segundo um modelo reducionista de danos.

4. Conclusões e propostas

Partindo-se da premissa de que o enclausuramento deve ser visto como *ultima ratio,* limitando-se às hipóteses de extrema necessidade, não se justifica a inversão do ônus da prova do Estado para o indivíduo, no tocante à resolução de sua situação jurídica. A partir do momento que o apenado cumpre absolutamente todos os pressupostos legais necessários à fruição de um determinado direito em sede de execução penal, o ônus da prova de qualquer *fato* obstativo desse direito deve pertencer exclusivamente ao Estado-Administração, sob pena de violação do axioma *Presunção de Inocência,* sistematicamente olvidado em sede de execução penal, não obstante sua capital importância.

Atentando para a necessidade de celeridade no processo de execução e acreditando que a minimização da intervenção judicial (pelo retardo de mais de trinta dias no reconhecimento de direitos na execução penal) não é a solução adequada para o problema da morosidade judicial e da superpopulação carcerária, em razão do flagrante desrespeito à Constituição Federal de 1988, tornam-se indispensáveis as seguintes medidas 1°:

1) O incremento das penas alternativas e a adoção de política criminal efetivamente alinhada com a teoria da intervenção mínima do Direito Penal,

9 ALBERGARIA, Jason. *Manual de Direito Penitenciário,* Rio de Janeiro: Aidê, 1993, p.210.

'o De ressaltar, com o agradecimento do autor, a brilhante e valiosíssima participação do ilustre Defensor Público, Dr. Leandro Barboza, na formulação das proposições.

segundo as diretrizes traçadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;

2) A criação e valorização das Defensorias Públicas em todos os Estados e o fortalecimento da assistência jurídica integral e gratuita aos presos provisórios e condenados, internados e egressos, prestada pela Defensoria Pública, com a criação de núcleos especializadós (sistema penitenciário e sistema carcerário das delegacias de polícia judiciária);

3) O significativo incremento da estrutura e do número de Juízes, funcionários e Defensores Públicos nas Varas de Execuções Criminais em todos os Estados;

4) A Criação de uma "FORÇA TAREFA NACIONAL" com integrantes de diversos órgãos (Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, CNPCP, Conselhos Penitenciários e da Comunidade) para auxiliar os Estados na busca de soluções para os problemas relacionados à superpopulação carcerária;

5) A adoção de medida similar ao instituto da Resolução Ficta [11], adotada pelo *Código Procesal Penal* paraguaio, que em seu artigo 141 preceitua:

Artículo 141. DEMORA EN lAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES. RESOLUCION FICTA.

Cuando se haya planteado la revisión de una medida cautelar privativa de libertad o se haya apelado la resolución que deniega la libertad y el juez o tribunal no resuelva dentro de las plazos establecidos en este código, el imputado podrá urgir pronto despacho y si dentro de las veinticuatro horas no obtiene resolución se entenderá que se ha concedido la libertad. En

[11] Cumpre ressaltar que Saio de Carvalho, na obra *Pena* e *Garantias.* também defende a adoção do instituto da *Resolução Fie/a.* Afirma o ilustre doutrinador: "Um dos fatores de maior inconstância na execução da pena no Brasil é a demora do Poder Judiciário em atender aos pedidos dos presos, fundamentalmente àqueles destinados a alterar a qualidade (regime) da pena - *v.g.,* progressão de regime e livramento condicional. A morosidade da magistratura em responder aos incidentes executivos é tamanha que chegou a ser nominada, em diversas ocasiões. como uma das causas de inúmeros motins e rebeliões.lnegável que a falta de estrutura (pessoal e administrativa) colabora com tamanha omissão estatal. No entanto, a incapacidade administrativa do Poder Judiciário em nenhum caso pode justificar lesões aos direitos fundamentais.O Código de Processo Penal Paraguaio, p.ex., ao incorporar o Pacto de São José, estabeleceu uma série de sanções processuais decorrentes do não cumprimento. pelos agentes públicos, dos 'prazos razoáveis' das decisões penais (..,) Parece, pois. salutar, não apenas que a legislação seja aperfeiçoada no sentido do estabelecimento de prazos razoáveis às decisões judiciais em sede executiva, mas, apreendendo os valores insitos ao Pacto de São José, sejam criadas técnicas judiciais idôneas a uma célere decisão sobre os incidentes de execução penal. O exemplo da resolução ficta fornecido pela legislação paraguaia pOde perfeitamente direcionar projetos no sentido da concessão automática dos direitos pleiteados em caso de omissão dos poderes jurisdicionais" .

este caso, el juez o tribunal que le siga en el orden de turno ordenará Ia libertad.

Efetuando o aporte desse dispositivo para a execução penal no Brasil, passaríamos a adotar, em linhas gerais, o seguinte procedimento: se o juiz da execução exceder o prazo de trinta dias, contados do preenchimento dos lapsos temporais previstos na legislação para progressão de regime, livramento condicional, comutação de pena ou indulto, sem proferir sentença, o preso poderá requerer pronta decisão àquele. Se dentro de vinte e quatro horas não obtiver resolução, entender-se-á que se deferiu o pedido formulado, devendo ser imediatamente expedida a respectiva ordem judicial.

A medida ora defendida está perfeitamente adequada aos preceitos fundamentais da Carta de 1988, sendo instrumento eficiente e hábil a impor um limite racional ao "poder executivo estatal", segundo uma perspectiva reducionista de danos.

Com as proposições ora apresentadas, percebemos que muitas das supostas vantagens enunciadas pelo famigerado projeto de "administracionalizar os benefícios da Execução Penal" - diminuição da morosidade do Judiciário, redução da tensão carcerária (convivência pacífica), certeza jurídica da situação prisional e na prestação de informação ao encarcerado, aumento do fluxo de entrada e saída de presos no sistema (diminuição da superpopulação e a geração de vagas) - podem ser alcançadas sem o sacrifício (supressão *e l ou* mitigação) de direitos e garantias fundamentais. Aliás, algumas das soluções para minimizar tais problemas são encontradas no próprio texto constitucional. Apropriada, portanto, a conclusão de que quanto mais nos afastamos do lume constitucional, mais cegos nos tornamos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. *Manual de Direito Penitenciário,* Rio de Janeiro: Aidê, 1993.

BACIGALUPO ZAPATER, E. *Princípios de Derecho Penal. Parte General,* 48 ed. Madrid: Akallure, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica* e *Crítica do Direito Penal,* 38ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica* ao *Direito Penal Brasileiro,* 58 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BUSTOS RAMIREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte General,* 48 ed. Barcelona: PPU, 1994.

CALON, Eugenio Cuello, *Derecho Penal,* vol. I. Barcelona:Bosch,1956.

CARVALHO, Amilton Bueno, CARVALHO, Saio. *Aplicação da Pena e Garantismo,* 28 ed. Rio de Janeiro: *Lumen luris,* 2002.

CARVALHO. Saio de. *Pena* e *Garantias.* 28 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar. A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal: O contraditório e a Ampla Defesa. Revista Brasileira de Ciências Criminais. N° 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERRAJOLI, *Direito* e Razão: *Teoria do Garantismo Penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel, *Vigiare Punir.* 268 ed. Petrópolis: ed. Vozes, 2002.

FRAGOSO, Heleno. *Direito Penal* e *Direitos Humanos,* Rio de Janeiro, Forense, 1987.

MONREAL, Eduardo Novoa. *EI Derecho como obstáculo al cambio social.*

México: Siglo XXI Editores, 1975.

MORAES FILHO, Benjamin. *Projeto* e *Anteprojetos de Código Penitenciário.* Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1978.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito* e *prática histórica da execução penal no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ZAFFARONI , Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal,* Buenos Aires: Ediar, 2005.

SOLUÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA O DESCUMPRIMENTO DA SANÇÃO RESULTANTE DA TRANSAÇÃO PENAL

Rômulo Souza de Araujo
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro
Professor universitário

§1° - Prólogo

Realizando a proposta constitucional de uma resposta não encarcerizadora para a pequena e média criminalidade, a lei que instituiu os juizados especiais criminais valeu-se de institutos eminentemente processuais como solução para questões de fundo.

Exemplo disso é ter trazido o legislador à ação penal pública, antes movida sob o pálio inolvidável da obrigatoriedade, o princípio da oportunidade, até então próprio da ação penal de iniciativa privada.

O princípio da oportunidade – de acordo com o qual o *dominus lítis* está autorizado, sob o estrito balizamento legal, a deixar de propor a ação penal pública condenatória ou de com ela prosseguir - põe-se como um instrumento de caráter processual a servir de alternativa não-repressiva à resposta penal tradicional ao fenômeno criminal1, qual seja a de que a severidade da pena *in abstracto* é suficiente para a contenção do delito.

O reconhecimento da insuficiência da pena privativa de liberdade para a tarefa da contenção do fenômeno criminal conduz a um novo paradigma de política criminal, ressocializador e integrador2, descrente na pena privativa de liberdade como panacéia do fenômeno criminal. A sanção penal privativa da liberdade de locomoção é encarada como a *ultima ratio,* conseqüência da adoção do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, segundo o qual "o *direito penal* só *deve intervir nos casos de ataques muito graves* aos *bens jurídicos mais importantes,* e as *perturbações mais leves da ordem jurídica* são *objeto de outros ramos do direito."3.*

A flexibilização do *jus persequendi* possibilitada pelo princípio da oportunidade, faz da transação penal uma das principais *medidas processuais de despenalização,* na medida em que pela obstação da persecução criminal busca à descriminalização secundária de certas condutas infracionais,

1 Cf. GOMES, Luiz Flávio. Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais sob a perspectiva do novo modelo consensual de Justiça Criminal. RT. 28 edição. p.71.
2 Cf. MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. Criminologia. Trad. Luiz Flávio Gomes. RT. 48 ed. pp.515/517. 3 Muiioz Conde. */introducción, apud. Introdução critica* ao *direito penal brasileiro.* Batista, Nilo. Revan. P. 85.

evitando a privação da liberdade do infrator *não pela remoção da tipicidade penal, mas sim pela adoção de medidas de índole eminentemente processual.*

Tal medida, reservou-a a Constituição da República àquelas condutas de reprovabilidade escassa, de pouca lesividade ou que correspondam a uma decisão político-criminal de renunciar à pena de prisão4, e que são, hoje, definidas pelo art.2° da Lei n° 10.259/01.

Não obstante, a despeito do significado da sua introdução no sistema criminal pátrio, a disciplina legislativa em torno da transação penal revelouse por demais lacônica, deixando de endereçar questões importantes, como, *v.g.,* como proceder quando o acusado deixa descumprir a pena homologada. Será este o tema deste brevíssimo trabalho, que visa a encontrar soluções compatíveis não somente com o lineamento constitucional do instituto, mas também com as diretrizes político-criminais que o informam.

§2º - Da transação penal como ato de postulação e aplicação de uma pena

Este fator de discricionariedade regrada5 que passa a integrar a resposta estatal ao fenômeno criminal de pouca lesividade, evidencia que, pela transação penal, passou a adotar, em relação a estas infrações, um modelo de justiça criminal consensual, na medida em que, a teor do art.76 da Lei n° 9.099/95, o órgão do Ministério Público, na audiência preliminar, em vez de oferecer a denúncia contra o suposto "autor do fato" pela conduta típica, ilícita e culpável praticada, propõe-lhe a aplicação imediata de uma pena menos severa, necessariamente não-privativa de liberdade. Cede o Ministério Público, que, detendo justa causa, deixa de apresentar a denúncia; cede o acusado às garantias do devido processo legal substancial6.

Entretanto, não basta o simples consenso entre as partes para a aplicação imediata da pena. É preciso que os termos do consenso sejam submetidos ao juiz *(ut* art.76, §3°), que poderá ou não acolhê-los. Assim, a transação, para produzir efeitos penais, requer um "consenso qualificado", havendo de unir-se à vontade das partes a do Estado-juiz, como exigência do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional *(ut* art.5°, XXXV da Constituição da República).

Este consenso qualificado quanto à transação penal é impreterível e impostergável - a homologação pelo juiz do acordo, como dispõe o

4 GOMES. Luiz Flávio. *Ob. cit.* p.48.
5 GRINOVER. Ada Pellegrini; Antônio Magalhães Gomes Filho. Antônio Scarance e Luiz Flávio Gomes. *in Juizados especiais criminais. Comentários* à *Lei* n° *9.099/95.* RT. 3" ed.. p.42.
6 cf. BATISTA. Weber Martins et Luiz Fux. *Juizados Especiais Civeis* e *criminais e suspensão condicional do processo.* Forense. p.319

art.76, §4° da Lei n° 9.099/95. Sem o pronunciamento jurisdicional, não se pode considerar exigível a sanção penal não privativa de liberdade acordada, em decorrência princípio do devido processo legal substancial.7

Do pronunciamento judicial positivo não se podendo prescindir, conclui-se que antes que um ato processual de causação - em que o acordo das partes produz efeito diretamente na relação processual, sem a interferência decisória do juiz - a transação para a aplicação imediata da sanção penal não privativa da liberdade, nos termos do referido art.76, §4°, é ato de postulação, na medida em que as partes dependem de uma decisão judicial para alcançarem o que pretendem. É dizer, ante os atos meramente postulatórios ao juiz é reservado certo espaço de decisão, podendo rejeitar ou não os termos em que anuíram as partes; ante atos de causação a atividade jurisdicional é meramente burocrática.8

Este espaço decisório exsurge da própria redação do dispositivo em questão (art.76, §4°), segundo o qual a aplicação da pena não privativa da liberdade fica condicionada à aceitação pelo juiz da proposta de transação - observe-se que a lei não usa expressões desnecessárias. Não a aceitando, não aplicará a sanção.

Ademais, a decisão do juiz sobre a proposta de transação é passível de apelação, nos termos do §5° do art.76 da mesma Lei. Ora, fosse a atividade jurisdicional mero ato mecânico do juiz, despido de qualquer conteúdo decisório, não haveria necessidade (utilidade) do recurso. Como não há palavras inúteis na Lei, se há recurso é porque é possível a uma das partes, ou a ambas, situação tal em que possa pretender uma decisão que lhe seja mais favorável. Esse é, na definição de BARBOSA MOREIRA, o interesse de recorrer que não pode faltar à interposição recursal.

Dessarte, ao juiz cabe rejeitar a proposta seja pela ausência de um dos pressupostos legais (juízo de admissibilidade da proposta), seja para manter a razoabilidade e proporcionalidade da sanção penal não privativa de liberdade imposta (juízo de mérito da proposta). Neste caso, admite-se que o juiz rejeite os termos acordados por julgá-los excessivos, desproporcionais à conduta e a objetividade jurídica tutelada. Resta, *tout court,* assentado que a proposta é mero ato postulatório, sendo impostergável a decisão homologatória do juiz para tornar exeqüível a sanção penal acordada 9.

7 Dai ser inaceitável o condicionamento da homologação ao cumprimento da pena, prática malsinada que prolifera em juízos mais draconianos. Ora, aquela é pressuposto desta e não o contrário.

8 cf. GOMES, Luiz Flávio. Ob.cit. p.131.

8 A possibilidade de indeferimento da transação penal, ou seja, da negativa judicial em homologar o acordo nos temos em que é proposto é admitido até mesmo pela doutrina que não considera tal decisão ser passível do recurso de apelação previsto pela própria lei n° 9.099/95. É o que se infere da doutrina de Ada Pellegrini Grinover e outros, em obra já clássica sobre o tema. (cf. ob.cit. pp. 156/157).

Em suma, a transação penal, nos limites traçados pelo art.76 e seus parágrafos da Lei n° 9.099/95, consiste num ato postulatório do órgão acusador de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade sem o processo penal de conhecimento, condicionado à aceitação do acusado e seu defensor técnico e à homologação do juiz.

E sendo assim, resulta da transação a aplicação *in concreto* e *inter partes* de uma pena. Há, na transação penal, uma sanção penal concreta e individualizada, muito embora dê o rótulo de medida despenalizadora a entender que esta inexiste.

Entende-se, pois, a preocupação do legislador, ao delimitar as coordenadas de aplicação deste espaço de consenso, em afastar a possibilidade de aplicação imediata da pena privativa de liberdade, permitindo apenas no art.76, *caput* e seu §4° da Lei na 9.099/95 a adoção imediata de "penas restritivas de direitos", ou a pena de multa, à luz do princípio da desnecessidade da pena de prisão.

§3°. Alternatividade da pena restritiva de direitos em relação à privativa de liberdade na sistemática da Lei na 9.099/95

Ao contrário do que se dá em relação aos crimes ambientais, cuja lei de regência (Lei n° 9.605/98) alberga um acervo próprio de penas não privativas de liberdade, inaplicável a delitos de outra ordem, às infrações de menor potencial ofensivo não prevê a Lei na 9.099/95 penas restritivas de direitos próprias, remetendo à disciplina comum da Parte Geral do Código Penal, aplicável subsidiariamente (art.92 da Lei n° 9099/95).

Desta disciplina, porém, somente se pode valer para encampar as mesmas modalidades de pena, e só. Isso porque as penas restritivas de direitos, colocam-se na sistemática do Código Penal como substituição à pena privativa de liberdade - *ex vi* do *art.44* do CP: "A*s penas restritivas de direitos são autônomas* e *substituem* as *privativas de liberdade* (...)" -, ao passo que, na sistemática da Lei n° 9.099/95, estas sanções se apresentam exclusivamente como alternativas à privativa de liberdade.

Esta diferenciação é bem identificada na doutrina de CEZAR ROBERTO BITENCOURT, segundo o qual, *verbis:*

"Na verdade, as ditas penas alternativas, definidas como 'restritivas de direitos', foram utilizadas, inicialmente, pela Reforma Penal de 1984, tão-somente em 'caráter substitutivo'. Posteriormente, a Lei na 9.099/95, com sua política criminal consensual descarcerizadora, dotou as penas restritivas em 'caráter alternativo', e, finalmente, o Código de Trânsito Brasileiro adota 'penas restritivas de direitos' na condição de 'pena

principal', se assim se pode falar, na ausência de pena acessória ou secundária, mas enfim, as utiliza, em regra, cumulativamente com a pena privativa de liberdade." (in *Novas penas alternativas. Análise político-criminal das alterações da Lei n°* 9. 714/98. Ed. saraiva. 28 edição. p.68)

A afirmação deste caráter alternativo das penas restritivas de direitos à privativa de liberdade importa necessariamente em reconhecer serem reciprocamente excludentes. A opção legislativa aqui é clara: a pena de prisão é desnecessária e não se põe, nem direta, muito menos indiretamente, à disposição das partes na transação penal.

Opõe-se, destarte, ao papel das penas restritivas de direitos impostas na sentença condenatória ao cabo da instrução criminal exauriente. Nesta hipótese, figura ela como um substitutivo da privativa de liberdade. Descumprida aquela, esta a sucede, toma o seu lugar como resposta estatal à infração à norma penal incriminadora.

§4° - Das modalidades da penas restritivas de direitos possíveis na transação penal. Soluções constitucionais para seu descumprimento

De acordo com o art.43 do Código Penal, com redação emprestada pela Lei n° 9.714/98, colocam-se à disposição dos acordantes as seguintes espécies de penas restritivas de direitos: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas; interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana 10.

Classificam-se, pois, em: *restritivas da liberdade* (prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana); *restritivas de direitos propriamente ditas* (interdições temporárias ou proibições) e *pecuniárias* (perda de bens e valores e prestação pecuniária), além da pena de multa, também possível na transação penal.

Em relação às penas pecuniárias, soluciona-se a questão de seu inadimplemento pela analogia ao art.51 do Código Penal, com a redação conferida pela Lei n° 9.268/96, que dispõe sobre a inadmissibilidade de conversão da pena de multa, também de cunho pecuniário, em qualquer outra espécie sancionatória penal, mas tão-somente em débito patrimonial.

Ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio: em sendo acordada a aplicação imediata da pena de multa entre o Ministério Público e o autor do fato, a

10 Objeta-se, na doutrina, à nomenclatura "penas restritivas de direitos", pois sob esta rubrica estariam modalidades de sanções em que não há propriamente uma restrição de direitos, pois que teriam natureza pecuniária ou mais especificamente levariam à restrição da liberdade (cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob.cit. pp.72/73).

sentença homologatória da transação penal tem força de título executivo, estando legitimado, a teor do art.164 da LEP, o Ministério Público para promover a ação executiva, sob o rito a Lei n° 6.830/80 (lei de execução fiscal) eis que equiparada à dívida ativa em favor da Fazenda Pública.

Homologada a aplicação imediata da pena de prestação pecuniária, surge, a teor do art.45, §1° do Código Penal com redação dada pela Lei n°9.714/98, um direito de crédito não para o Estado, mas sim para o beneficiário desta prestação, que poderá perquiri-lo de acordo com a legislação processual civil (*ut* art.584, III do Código de Processo Civil com redação determinada pela Lei n° 10.358/01). Cessa, por completo, a pretensão punitiva do Estado, que zelará, no campo extrapenal, pela eficácia de seu pronunciamento, qual seja, a sentença homologatória da transação penal.

Ademais, a Lei n° 9.099/95 dá extraordinária importância à reparação civil do dano *ex delícto,* possibilitando à vítima não só a composição civil como também que da transação penal (de que não participa) possa se beneficiar, inclusive pela excepcional reunião de jurisdições (cf. art. 74). Tanto é assim que, de eventual indenização fixada por Juízo Cível deduzir-se-á o valor pago pelo autor do fato à guisa de prestação pecuniária.

De toda sorte, dado o caráter alternativo e descarcerizador de sua aplicação, afigura-nos impossível a conversão, imediata ou por via oblíqua (através do prosseguimento do processo), da pena pecuniária em privativa de liberdade ou mesmo outra pena restritiva de direitos 11, sob pena de infração ao princípio da reserva legal.

Da mesma forma, homologada a transação penal para a aplicação direta da pena de perda de bens e valores, também de natureza pecuniária, vedada outra solução que não a sua executoriedade no campo extrapenal. É dizer, homologada a transação penal, mune-se o beneficiário, que, nos termos do art.45, §3° do Código Penal, será o Fundo Penitenciário Nacional, de um título executivo judicial (art.584, III do Código de Processo Civil em sua nova redação), a ser executado na forma da lei adjetiva civil, se necessário for, já que, nesta modalidade, muito mais fácil e o seu cumprimento que se dará por meio de mandado de averbação junto ao RGI, se imóvel, ou pela simples tradição, se móvel.

As controvérsias aumentam, entretanto, quando do descumprimento de penas restritivas da liberdade e penas restritivas de direitos propriamente ditas ante o silêncio legislativo em relação às medidas para sua solução. Que fazer, *v.g.,* diante do sujeito que após cumprir metade do período já homologado para a prestação de serviços à comunidade deixa de fazê-lo.

11 Neste sentido. CEZAR ROBERTO BITENCOURT (cf. ob.cit. p.173).

Valer-se analogicamente da regra da conversão em pena privativa de liberdade, vertida no art.44, §4° do Código Penal ê totalmente inaceitável: não só pela afronta ao postulado do *nullum crimen, nulla peona sine iudicio,* como também pela agressão frontal ao dogma de assento constitucional da reserva legal. A analogia em matéria penal, mesmo se cuidando de instituto em seu nascedouro processual, somente prevalece se *in bonam partem,* o que não se vislumbra nesta solução.

Lembre-se que na transação penal a pena é alternativamente aplicada e não substitutivamente.

Esta alternatividade na efetiva aplicação da pena impede qualquer medida que resulte direta ou indiretamente na aplicação da pena privativa de liberdade, seja por sua conversão seja pelo propalado "prosseguimento da ação penal".

Ora, se a transação penal deve ser homologada pelo juiz para ter aí força cogente e poder ser executada sem que haja constrangimento ilegal do sancionado, o oferecimento a *posteriori* de denúncia importaria, do ponto de vista constitucional-processual, em violação direta da autoridade da coisa julgada da sentença homologatória e, na ótica penal, em inegável *bis in idem,* duplo sancionamento pelo mesmo fato.

Neste sentido, preleciona ADA PELLEGRINI GRINOVER et *alli, verbis:*

"Mas é inquestionável que a homologação da transação penal configure sentença, passível de fazer coisa julgada material, dela derivando o título executivo penal. Por isso, se não houver cumprimento da obrigação assumida pelo autor do fato, nada se poderá fazer, a não ser executá-la, nos expressos termos da lei." (ob.cit. p.155)

Não por acaso que, na práxis forense, não raro tem-se observado uma verdadeira chicana judicial, qual seja, condicionar a homologação da transação penal ao cumprimento das "condições" impostas pelo Ministério Público. Caso não cumpra totalmente o que na realidade é uma pena restritiva da liberdade ou restritiva de direitos propriamente dita transacionada, o juiz não homologa a transação, remetendo os autos ao membro Ministério Público para o oferecimento da denúncia, dando azo ao "prosseguimento da transação penal".

Tal prática é absolutamente inconstitucional. Somente com o trânsito em julgado da sentença homologatória da transação penal forma-se o título executivo penal a embasar a exigibilidade do cumprimento da sanção penal, caso contrário cairia por terra o princípio constitucional da *nulla poena sine iudicio.*

A inafastabilidade da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, princípio inserto no art.5°, XXXV da Constituição da República, e a presunção

de não-culpabilidade do acusado, também de jazigo constitucional, seriam soterradas pelo arbítrio. Qual a garantia de que, ao final do cumprimento do previamente acordado, o membro do Ministério Público pudesse impor novas condições para a homologação? Qual o impeço para a retratação do membro do Ministério Público neste ínterim? A transação penal perde, por completo, sua razão de existir 12.

Não há confundir transação penal com a suspensão condicional da pena ou sursis processual prevista no art.89 da mesma lei n 9.099/95. São institutos distintos, com casuísticas diferenciadas: enquanto naquela não há a instauração da ação penal condenatória, neste há o oferecimento da denúncia, condicionando-se o prosseguimento do procedimento ao cumprimento da sanção penal prévia. Qualquer analogia ao art.89, §§ 3° e 4° da referida lei implicará a violação ao princípio da legalidade e acometerá a medida de insanável inconstitucionalidade.

De outro lado, tem-se que o oferecimento da denúncia importará, ainda que obliquamente, numa nova sanção penal para o mesmo fato, violando-se assim o princípio *ne bis in idem,* na medida que ao oferecer a denúncia dá-se azo a uma sentença condenatória, cuja pena aplicada certamente será uma pena restritiva da liberdade ou restritiva de direitos propriamente dita, porém com o diferencial de ser conversível em privativa de liberdade caso descumprida.

Por todo o exposto, esta solução não se afigura constitucional.

Face a lacuna legal, pode-se invocar por analogia a norma do art.147 da lei de Execuções Penais, segundo o qual: *'Transitada* em *julgado* a *sentença que aplicou* a *pena restritiva de direitos,* o *juiz da execução, de ofício ou* a *requerimento do Ministério Público, promoverá* a *execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário,* a *colaboração de entidades públicas ou solicitá-las* a *particulares.* [11]

Tal dispositivo, reservado aos casos de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pode ser, com prudência, ser ampliado

[12] Esta prática é repudiada pela própria jurisprudência, senão vejamos o seguinte aresto à guisa de exemplo: "TRANSAÇÃO PENAL HOMOLOGADA ANTES DE SEU CUMPRIMENTO - CASSAÇÃO DA SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE. Transação penal homologada antes de seu cumprimento. Recurso do Ministério Público buscando a cassação da sentença. Impossibilidade. 1. A transação penal só se toma exigível após homologada. 2. A exigência de seu cumprimento antes da homologação, embora tenha o cunho prático de evitar o seu descumprimento, e também uma execução. quase sempre fadada ao fracasso, não encontra amparo legal. 3. Na hipótese presente. o autor do fato aceitou e já cumpriu a transação penal. 4. Recurso do Ministério Público conhecido. mas ao qual se nega provimento, mantendo-se a sentença homologatória, devendo o juiz da 18 instância aplicar as disposições do art.84, parágrafo único da Lei n 9.099/95: (Proc. N. 2003.700.025996. Turma Recursal Criminal. Rei. Juiz Cairo halo França David. Julg. 17.11.03 apud Cadernos de jurisprudência - Juizados Especiais voI.11).

aos casos em que a pena não privativa da liberdade é aplicada alternativamente à pena de prisão.

Note-se que o próprio legislador, no item 138 da Exposição de Motivos da lei de Execuções Penais, está consciente da nova fronteira criminal que está cruzando ao asseverar que *"como* se *trata de inovação absoluta, inexistem parâmetros rigorosos para guiá-la."* Mas tal flexibilidade jamais poderá violar direitos e garantias constitucionais fundamentais.

E, sendo assim, constrói-se a partir desse dispositivo, uma espécie de ação executiva criminal, valendo-se subsidiariamente do regramento da execução das obrigações civis de fazer ou não-fazer.

legitimado estaria o Ministério Público, como está na hipótese do art.147 da lEP, A deflagrar uma via executiva, visando a compelir o apenado a cumprir a pena homologada, inclusive pela comi nação de uma multa, a reverter-se em favor do Estado, cerceada apenas pelo prazo prescricional, como decorre do art.1 09, Parágrafo único do Código Penal.

Certo é que essa ação executiva penal não poderá render os frutos esperados, ultimando-se em mais uma pena pecuniária. Porém, dentre os cenários de solução possíveis é o menos gravoso e, portanto, mais razoável para dirimir a lacuna legislativa.

§5° - Conclusão

Em suma, não há negar que, pela transação penal, aplica-se alternativamente uma pena, estipulada pelas partes e homologada por uma sentença, que produz coisa julgada formal e material.

Eventual descumprimento desta pena, em que pese a exigência de efetividade da medida, não poderá jamais, direta ou indiretamente, na conversão desta pena restritiva de direitos e privativa de liberdade, ante o vigor constitucional das garantias da *res iudicata* e da proibição do *bis in idem.*

Dúvida não há de que o aspecto mais revolucionário de tais institutos está em admitir a voluntariedade do apenado no cumprimento de pena, tornando menos traumatizante a expiação penal sem despi-la do necessário papel sancionador. E a chave da efetividade reside num princípio de confiança a ser salvaguardado também por medidas não-penalizantes; do contrário, fenece, em sua infância, este novo instrumento de contenção do delito que, mesmo assim, oferece melhores expectativas que a usual e falida pena de prisão.

"BANDIDO BOM É BANDIDO MORTO"

Ronaldo Leite Pedrosa1

O COMEÇO DA CONFUSÃO

- Doutor, o meu caso é que a polícia está toda hora me intimando, e o Inspetor diz que estou envolvido com o tráfico de drogas. Mas eu nunca sequer usei, eu nem cigarro fumo, disse o assistido (que, por óbvio, doravante será chamado de ZÉ).

- Sim, mas, o que aconteceu, perguntou o Defensor Público (que, por óbvio, doravante será chamado de RUY).

- Ele disse que me viu em um lugar suspeito, numa hora suspeita e, ainda por cima, em atitude suspeita. Disse que tirou fotos e que o Delegado tá querendo me enquadrar como "associado" de traficantes. Um tal de 14 da lei de *tóchico* (é assim que ZÉ pronuncia mesmo).

- Mas era você mesmo que estava lá? Indagou o Dr. RUY.

- Era, Doutor, mas eu *num tava* ali, quer dizer, *num tava* envolvido com ninguém, não fui falar com ninguém, *num* conheço ninguém desse meio. O que o senhor pode fazer por mim? Vou ser preso?

- Qual era sua atitude *suspeita?* O Inspetor disse?

- Sim, ele disse que eu tentava esconder meu corpo e meu rosto atrás de uma esquina, e olhava desconfiado para a rua. Disse que eu era *olheiro. Incrusive* (é essa a pronúncia) que na foto se via bem que eu tava com os olhos vermelhos, da erva.

- E você *fez* isso?

- Sim, mas era por outros motivos, disse ZÉ, inteiramente desconfortável com a pergunta e, pior ainda, com a resposta que devia dar, mas silenciou.

RUY notou que ZÉ não se enquadrava no perfil de traficantes. Mas, o que fazer? Havia fotos dele no local *suspeito,* e com *atitudes suspeitas.* Ficou de pesquisar sobre o assunto, ir na Delegacia ver o inquérito e uns três dias depois era para o ZÉ voltar, na parte da tarde. Não precisava pegar senha.

O MEIO DA CONFUSÃO

- E essa é a história do ZÉ. Fui na Delegacia e o Inspetor não me mostrou os autos, disse que estavam com o Delegado, mas fez aquela cara

, Mestre em Direito Público. Especialista em Docência do Ensino Superior. Juiz de Direito.

de quem está com vários trunfos na manga, confirmou alguns fatos e inclusive com a frase final lapidar: é, Doutor, seu cliente está enrolado, contou RUY para sua colega, Defensora Pública (que, por óbvio, doravante será chamada de FADA).

- Caramba, que situação! Uma atitude suspeita pela primeira vez confirmada. E com fotos! Um local onde, pelo menos uma vez por semana a polícia faz prisões de traficantes e de usuários, com cópias dos registros de ocorrência. Um horário que não permite qualquer álibi. Meia-noite o ZÉ não estaria trabalhando na marcenaria, que fecha às 18hs. É, está complicado.

- Mas FADA, ao que eu saiba, foi apenas isso que está registrado. Não há qualquer notícia do envolvimento do ZÉ com alguém, especificamente. Para estar *associado,* é evidente, deve-se estar associado *com alguém.* Não lhe parece frágil para um indiciamento?

- RUY, até parece que você não conhece como as investigações criminais se concretizam. Por muito menos já vimos processos não apenas envolvendo os *associados,* mas também condenando-os.

- Sim, mas e a presunção de inocência, prevista no artigo 5°, LVII da Constituição da República? Insistiu RUY.

- É, está lá escrito. Mas entre a letra e a realidade há uma distância enorme. A doutrina e a jurisprudência não estabelecem uma interpretação muito elástica a esse dispositivo. Basta conferir os repertórios do Supremo Tribunal Federal.

- Eu sei, FADA, mas o caso do ZÉ é simples. Além do mais, existe o princípio maior, da dignidade da pessoa humana, do artigo 1°, 111, da Lei Maior. E, sobre esse tema, Carmem Lúcia2, em um de seus textos mais belos, afirmou: "O *direito* à *existência digna abrange* o *direito de viver com dignidade, de ter todas as condições para uma vida que se possa experimentar segundo os próprios ideais* e *vocação, de não ter* a *vida atingida ou desrespeitada por comportamentos públicos ou privados, de fazer as opções na vida que melhor assegurem* à *pessoa* a *sua realização plena.* O *direito de viver* é *também* o *direito de ser; ser* o *que melhor pareça* à *pessoa* a *sua escolha para* a *vida, quer façam as opções* a *própria pessoa ou quem* a *represente (pais, responsáveis, etc)".*

- Sim, mas como transportar isso para o fato concreto que estamos analisando? Como retirar a conotação de *associado,* e dizer que é do livre arbítrio do ZÉ fazer a opção que fez? Indagou FADA.

2 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Vida digna: direito. ética* e *ciência.* In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord). O *direito* à *vida digna.* Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.26.

- Não é bem isso que estou dizendo. Lógico que não se pode defender ser opção de qualquer um a prática de atos ilícitos, sem que deva sofrer as conseqüências. No caso do ZÉ, todavia, não consigo ver o próprio enquadramento legal de seu comportamento com a norma proibida. A associação para o tráfico requer liame subjetivo, demonstração segura do grupo constituído, da distribuição de tarefas. A denúncia deverá descrever o fato, com *todas as suas circunstâncias,* determina o artigo 43 do Código de Processo Penal. A acusação tem muito pouco para enquadrar ZÉ. Afinal, o local não deixa de ser público. Ali pode estar qualquer do povo.

- *Quem é* o *povo?* Perguntou Friedrich Müller em uma de suas fantásticas obras, disse FADA. E ele mesmo propôs, numa passagem, a resposta: "O *mero fato de que as pessoas se encontram no território de um Estado é tudo, menos irrelevante. Compete-lhes, juridicamente,* a *qualidade do ser humano,* a *dignidade humana,* a *personalidade jurídica. Elas são protegidas pelo direito constitucional* e *pelo direito infraconstitucional vigente, i.é, gozam da proteção jurídica, têm direito* à *oitiva perante* os *tribunais, são protegidas pelos direitos humanos que inibem* a *ação ilegal do Estado, por prescrições de direito da polícia* e *por muito mais. Funcionários públicos, que violam nas suas posições garantidas, não podem ficar impunes"3.* Com isso, RUY, estou querendo dizer que é claro que as garantias constitucionais têm força e importância. Mas, no caso concreto, insisto, como retirar da conduta do ZÉ a moldura legal do artigo 14?

- Por uma questão de justiça, disse RUY. ZÉ pertence a um grupo social excluído. Nada recebe do Estado, a não ser a descrença em suas narrativas. Quando elas são solicitadas.

- Aproxima-se da lição de Foucault sobre os procedimentos de exclusão do discurso: *"Eis* a *hipótese que gostaria de apresentar esta noite, para fixar* o *lugar - ou talvez* o *teatro muito provisório - do trabalho que faço: suponho que* em *toda sociedade* a *produção do discurso é* ao *mesmo tempo controlada, selecionada, organizada* e *redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes* e *perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada* e *temível materialidade. Em uma sociedade como* a *nossa, conhecemos, é certo, procedimentos de exclusão.* O *mais evidente,* o *mais familiar também, é* a *interdição. Sabe-se bem que não* se *tem* o *direito de dizer tudo, que não* se *pode falar de tudo* em *qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa"4.*

3 MÜLLER, Friedrich. *Quem* é o *povo?* Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.75.
4 FOUCAULT. Michel. A *ordem do discurso.* Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 12. ed.. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p.8-9.

- Não se pode, assim, excluir do conhecimento judiciário os argumentos de ZÉ, continuou RUY, sob a prática oculta da interdição. Ou, no jargão policial: o réu sempre mente, porque a lei permite.

- RUY, eu entendo o que você quer dizer. Ocorre que Foucault deve ser lido com muita atenção, pois é extremamente complexo, e suas idéias, se não corretamente adequadas às situações concretas, podem ser desvirtuadas.

- Lembre-se, por exemplo, que a polícia quer ainda, mesmo passados séculos da Inquisição, a *infalível confissão.* Quer demonstrar ao Ministério Público, ao Poder Judiciário, à mídia (principalmente a esta) que descobriu a *verdade.* E Foucault tem uma passagem incrível sobre o tema, você sabe muito bem. Quando usou por base o texto de *Antigona,* de Sófocles, saiu, por conseguinte, de uma simples realidade histórica de Atenas, e deixou a lição para a posteridade: *"Este direito de opor uma verdade sem poder* a *um poder sem verdade deu lugar* a *uma série de grandes formas culturais caracteristicas da sociedade grega"5*

- Logo, entre a verdade de ZÉ, e o poder da polícia, em qual estará a efetiva solução prática, RUY?

- Aqui, FADA, você ignorou, *data venia,* a experiência da Escola dos Annales. Até então, ou seja, por volta dos anos 1920, somente se conhecia a história dos vitoriosos. Dos príncipes, dos reis, dos generais. Biografias, atos políticos, cronologia mecânica, esses eram os elementos de que se valiam os historiadores, tendo Toynbee como ícone, para contar os fatos. A partir de 1929, você sabe muito bem, Bloch e Fébvre lançaram a famosa revista *Annales,* que chocava o método anterior com o que propunha, em outras palavras, aproximava a história da sociologia, da geografia, da economia, da psicologia, canalizando a atenção não mais para acontecimentos e fatos espetaculares, tragédias, guerras, eleições, mas para as silenciosas transformações que se operavam de verdade.

-ZÉ pode, agora, ser investigado nessa perspectiva, com esses cuidados. Seu mundo, sua realidade, suas possibilidades, suas crenças, suas interpretações. É para ele que a lei comanda, por exemplo, a individualização. O ser, singular, deve receber do Estado a atenção específica. Não pode ser ignorado.

- RUY, ainda tenho uma certa dificuldade sobre o tema que estamos discutindo. Tudo bem que as teorizações podem passar longe da sorte es

. FOUCAULT, Michel. A *verdade* e as *formas jurídicas.* Tradução de Roberto Cabral de Meio Machado e Eduardo Jardim Morais Raquel Ramalhete. 2. ed.. Rio de Janeiro: Nau Ed, 2001. 28 reimpressão, p.54.

pecífica em cada processo, e o ZÉ é um exemplo concreto e atual, de agora. Mas você falou que admite sustentar a tese defensiva com base na justiça. Ora, não é à toa que Rawls, para compreender a justiça distributiva, assim equacionou: "O *problema na justiça distributiva* como *eqüidade* é *sempre este:* como *ordenar* as *instituições da estrutura básica num esque*ma *unificado de instituições para que um sistema de cooperação social eqüitativo, eficiente* e *produtivo possa* se *manter no transcurso do tempo, de uma geração para* a *outra?"e*

- Portanto, sem a colaboração do ZÉ - disse FADA - com um comportamento adequado às regras vigentes, como exigir a justiça distributiva para ele?

- Com Voltaire, respondeu RUY: "A *primeira prova* é o *flagrante delito. Ela atesta* o *fato, mas nem sempre atesta que essa ação flagrante* é *um crime. Vemos um homem matar outro homem, mas,* se *ele estiver matando* o *assassino de seu pai* ao *persegui-lo na hora do assassinato,* só *merecerá aplausos;* se *estiver matando seu agressor, nada haverá para censurar-lhe;* se *estiver matando por uma afronta cruenta, num primeiro ímpeto de cólera,* a *própria lei deverá perdoá-lo indenizando* a *família do morto. Em suma, toda ação pode ter diversas facetas"7*

O FIM (?) DA CONFUSÃO

Enquanto RUY e FADA discutiam, chegou a notícia: prisão em flagrante, de ZÉ, e mais quatro *"elementos",* estes, com posse de entorpecentes acondicionados para a venda; aquele, com a atitude suspeita de olheiro, quando chegou a polícia. Local e hora idênticos aos das diligências anteriores, registradas e fotografadas.

Recebida a denúncia, e requisitado para o interrogatório, ZÉ pôde entrevistar-se com RUY, conforme dita o artigo 185 § 2° do Código de Processo Penal.

- ZÉ, o que houve? Por que você estava de novo ali, já tendo a polícia alertado você?

Aquela pergunta que o Defensor Público havia feito na primeira entrevista, e cuja resposta ZÉ evitara, agora não podia ser calada.

- Doutor, é meu filho. De uns tempos para cá ele começou a se com portar diferente. As notas na escola começaram a piorar. Os amigos que ele

6 RAWLS, John. *Justiça* como *eqüidade: uma reformuJação.* Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.. (Coleção Justiça e Direito), p.70.
7 VOLTAIRE (Antoine Marie Arouet). O *preço da justiça.* Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Clássicos), p.87.

levava em casa não voltavam mais. Passou a andar com um grupo esquisito. Agente nunca conversou muito (nesse momento ZÉ não agüentou e começou a chorar, comportamento digno dos que têm dignidade a preservar), mas eu sempre dizia que a única coisa que o pobre tem é o nome. E o nome dele não devia ser manchado. Os calos de minhas mãos deviam servir de prova. Mas ele não enxergava.

Aí eu passei a segui-lo, desesperado, e, para que ele não me visse, eu me escondia nas esquinas, olhava desconfiado para as ruas.

Ah, doutor, se eu visse meu filho comprando coisa de alguém, eu matava o traficante, confesso pro senhor.

Mas eu vi meu filho uma noite, sair de um beco, tonto, fora de si, e eu chorei muito. Meus olhos devem ter ficado vermelhos, como agora.

É a dor, doutor. É mais forte que minhas pernas. Eu não consegui me mexer.

A polícia chegou. Prendeu uns caras que não conheço, e que estavam na outra esquina. Eu gritei pro meu filho: vai embora que eu te pego em casa. Ele correu. Ninguém viu.

Doutor, se eu contar isso pro Juiz, ele manda prender meu filho? A polícia vai atrás dele? Se assim for, eu fico calado. Não quero meu filho perto do xadrez, onde eu durmo tem quinze dias.

Você, se estivesse no lugar de RUY, como agiria?

A CHAMADA DE cO-RÉU E A NOVA DISCIPLINA LEGAL DO INTERROGATÓRIO

Sergio Demoro Hamilton*

1. Quando da abordagem do tratamento conferido ao interrogatório do réu através da Lei 10.792, de 1° de dezembro de 20031, embora tenha estudado numerosos aspectos que o novo diploma legal emprestou àquele relevante ato processual, não tive a oportunidade de examinar um ponto especialmente delicado e que pode vir a suscitar dúvidas quando se faça presente, tanto mais que não se cogita de hipótese de rara ocorrência. Refiro-me ao caso em que haja dois (ou mais) acusados integrando o pólo passivo da relação processual e que um deles venha a imputar a outro (ou a outros) a autoria da infração penal.

Como se fará o interrogatório?

É na busca de uma solução para o impasse surgido que se tentará esboçar algumas considerações, tendo em conta que, agora, o interrogatório fica sujeito ao contraditório, deixando de ser, como antes, um mero diálogo havido entre o juiz e o réu.

2. Como sabido, a partir da Lei 10.792/2003, foi determinada a participação das partes (Ministério Público ou querelante e réu, os últimos através de advogado) formulando perguntas ao imputado. As inovações vêm anotadas no art. 188 do CPP, ao ditar que, quando o juiz der por encerrada a sua participação no interrogatório, isto é, quando ele concluir suas perguntas, ensejará às partes, acusação e defesa, que formulem as suas, se as entender "pertinentes e relevantes".

Tal inovação do legislador buscou encontrar compasso com o art. 212 do CPP, que versa a respeito da inquirição das testemunhas, que, como o interrogatório, integra a chamada prova oral. Da leitura do texto, percebe-se, com tranqüilidade, que fica mantido o sistema presidencial, ou seja, que as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que, se admiti-las, as formulará ao réu.

Infeliz, sem sombra de dúvida, a observação contida ao final do art. 188 da lei processual penal, porque ínsita ao sistema presidencial, segundo a qual o juiz só deferirá as perguntas caso as entenda "pertinentes e relevan

'SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.
1.0 novo regime legal do interrogatório., in *"Revista da EMERJ"* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), vol. 8, n° 30, 2005, pp. 62 e seguintes.

tes". Adotou-se, de forma imperfeita, o modelo cogitado para a prova testemunhal, no art. 212 do CPP, sem, no entanto, assinalar, como acertadamente consta daquele dispositivo, que o juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo quando não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida. A fórmula do art. 212 do CPP é, não há negar, mais precisa pois indica, expressamente, o que é pertinente e/ou relevante, afastando o excessivo subjetivismo contido no art. 188. Faltou também registrar que, no termo respectivo, deverão constar a pergunta formulada e a razão do seu indeferimento. Limitar-se-ia, assim, o arbítrio judicial de forma mais precisa e adequada2.

3. Chega-se, agora, ao motivo do presente acréscimo ao estudo anterior3.

Sabe-se que, por força de lei (art. 191 do CPP), havendo mais de um
réu, serão eles interrogados separadamente, resguardando-se, desse modo, a pureza da prova. Esta, por sinal, é uma regra posta em relevo, mais de uma vez, pela lei processual *(vide* arts. 210 e 228 do CPP).

A questão que se põe reside em saber se os defensores dos demais réus deverão atuar formulando perguntas a cada acusado, participando, assim, do interrogatório.

Aqui, no entanto, impõe-se fazer uma distinção.

O art. 185 do CPP, no particular, faz alusão somente ao acusado e a seu defensor, constituído ou nomeado, além do juiz, como é óbvio, como participantes do interrogatório; o primeiro exercendo sua defesa material ao passo que o segundo atuando por força da inafastável defesa técnica.

Se compulsarmos o Capítulo 111, do Título VII, do Livro I do CPP, que se ocupa da Prova (Título VII) e Do Interrogatório do Acusado (Capítulo 111), veremos, com facilidade, que os arts. 185 a 196 do CPP aludem, sempre, ao defensor do acusado, quando fazem referência à defesa técnica. Usam a palavra defensor no singular.

Pode-se concluir daí que cada réu será interrogado, separadamente, na presença somente de seu advogado, mesmo que, após a vigência da nova lei, vários sejam os acusados.

4. Mas a matéria não se apresenta de forma tão simples como parece neste primeiro enfoque.

Caso o réu, usando do direito a que se refere o art. 186 do CPP, permaneça calado, não respondendo às perguntas que lhe forem formuladas, tor

2 Ob. dl. em o n° 1 destas notas de rodapé. 3 Ob. cil. em o n° 1 destas notas de rodapé.

na-se evidente que não haverá qualquer problema, pois, como intuitivo, ele não poderá estar incriminando eventual co-réu.

Porém, caso ele, negando ou confessando a prática da infração penal, venha a delatar qualquer outro acusado, que, com ele, esteja respondendo ao processo, surge um fator complicador para o procedimento. Com efeito, assinala o art. 189 do CPP que se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá "prestar esclarecimentos e indicar provas". Ora, se assim é, dentre elas, eventualmente far-se-ia presente a incriminação de co-réu.

Pode ainda ocorrer que o imputado venha a confessar sua responsabilidade pelo crime mas que indique outras pessoas que concorreram para a infração penal e que estejam incluídas no mesmo pólo passivo da relação jurídica processual. Em suma: que sejam co-réus. A providência encontrase, expressamente, contemplada no art. 190, parte final, da lei processual penal. Caso estas pessoas não sejam co-réus no mesmo processo, deverá o juiz, para evitar o tumulto processual, proceder na forma do art. 40 do CPP, embora, dependendo das circunstâncias, pudesse o Ministério Público , desde logo, aditar a denúncia para incluí-las, se, evidentemente, a delação envolvesse infração penal de ação pública incondicionada. Seria hipótese de aditamento subjetivo da inicial. A providência a ser tomada vai depender do caso concreto em função do estado do processo. É medida de conveniência ditada pelo bom senso a escolha de uma ou outra via.

A experiência está a ditar que, em tal circunstância, melhor será aguardar o seguimento do processo, até porque a delação poderá ser destituída de fundamento, tendo como único objetivo retardar o andamento do feito criminal, gerando, como já mencionado, tumulto processual, para, ao empós, se for o caso, proceder na forma do art. 40 do CPP.

Tal situação processual, aliás, não caracteriza a chamada de co-réu, como comumente ocorre, indicando, apenas, mera delação efetivada pelo acusado por ocasião da autodefesa e que, se for o caso, será oportunamente objeto de apuração, até porque a pessoa acusada como co-autora ou partícipe não integra a relação processual em que o delator é réu.

Aqui, o problema que vimos de examinar não requer maior análise, pois, no presente estudo, estamos voltados para uma acusação em que já figuram no pólo passivo da mesma relação processual dois (ou mais) réus.

5. O chamamento de co-réu, também designado na doutrina como acusação de concurso, nomeação de sócio, delação ou chamamento de cúmplice, não mereceu regulamentação na lei processual, deixando-se, assim, à doutrina e à jurisprudência fixar-lhe os contornos em que deva ser valorado, tendo em conta o sistema da persuasão racional adotado em nossa lei

processual penal (art. 157 do CPP) bem como o princípio da verdade processual.

Dessa maneira, segundo ensinamento da doutrina, costuma-se exigir a concorrência de três elementos para que a nomeação de sócio possa ser valorada de maneira influente para o processo:

a) a confissão do delator;

b) inexistência de objetivo de vingança;

c) finalidade de atenuar ou até mesmo eliminar sua responsabilidade pela prática criminosa.

Esta a *communis opinio.*

Não me parece, *data venia,* que tais colocações encontradiças em grande parte da doutrina possam merecer aceitação dogmática. No meu entendimento, não há necessidade de que o réu confesse a prática da infração penal. Ele, segundo penso, pode negar a responsabilidade pela conduta criminosa, atribuindo-a somente ao co-réu.

Quanto às demais exigências, isto é, a ausência de motivo subalterno (ódio, vingança, cupidez ou outro assemelhado) para com o outro acusado, ou, ainda, a chamada feita com a finalidade de escapar da condenação ou a de atenuar sua responsabilidade, são colocações de ordem subjetiva a serem apreciadas pelo juiz de acordo com a sua livre convicção (art. 157 do CPP).

Com efeito, o art. 190 do CPP alude apenas à confissão do acusado, obrigando ao juiz indagar se "outras pessoas" concorreram para a infração, e quais sejam. Porém, o aludido dispositivo não pode ser dissociado de sistema de prova adotado em nossa lei processual como também do princípio da verdade real informador do nosso direito positivo.

Aliás, no caso de confissão, de nada valeria para o acusado a imputação de co-réu, pois se aceita a sua confissão pelo juiz, ele não se encontraria eximido de responsabilidade pela prática criminosa.

É de ressaltar que o próprio Código, ao versar sobre o interrogatório do réu, dispõe, expressamente, no art. 187, parágrafo 2°,11 a respeito da possibilidade de o acusado, ao negar a acusação, indicar a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam.

Portanto, mesmo à luz da lei processual, a chamada de co-réu pode dar se quando o delator negar a acusação.

Não obstante isso, a doutrina, voltada, quero crer, somente para o disposto no art. 190 do CPP, exige a confissão do delator. Nesse sentido,

podem ser registradas as opiniões ilustres de TOURINHO4, FERNANDO CAPEZ5, POLASTRI 6 e outras vozes de igual valor que preceituam que o chamamento de co-réu exige a confissão do delator.

Na doutrina estrangeira, FlORIAN7, em seu clássico Tratado, analisa a *vexa ta quaestio,* mostrando a antiga divergência a respeito do assunto.

6. Colocadas tais premissas, pode-se, no momento, esboçar algumas colocações básicas para que se possa aferir o valor da delação em função do novo tratamento legislativo que o interrogatório passou exibir a partir do advento da Lei 10.792, de 10 de dezembro de 2003.

Para tanto, torna-se necessário que se faça uma apreciação prévia da expressão "chamada de co-réu", bem assim se ela apresenta algum valor probatório, pois do contrário torna-se destituída de sentido qualquer discussão que o tema possa merecer.

7. Deve-se, mais uma vez, a TORNAGHI8, em um dos seus muitos momentos de grande inspiração, a correta observação que faz a propósito da expressão chamamento de co-réu, tão consagrada por toda a doutrina. Na realidade, como salienta o notável Mestre trata-se do uso impróprio feito pelos escritores de uma expressão originária do processo civil, pois, na verdade, aqui, no processo penal, não há qualquer chamamento, já que o chamamento à autoria nada mais é que uma modalidade de intervenção de terceiros, necessária para fixar os limites subjetivos da coisa julgada.

8. Qual então o valor como prova da chamada de co-réu?

TOURINHO9 fustiga de forma veemente o seu valor, partindo do princípio de que ela não passa pelo crivo do contraditório. É certo que o eminente processualista, na edição que tenho em meu poder de seu clássico "Processo Penal" (25ª, de 2003), não focaliza ainda o assunto voltado para a regência a que o interrogatório ficou submetido a partir da Lei 10.792/2003, agora sujeito a nova disciplina, que atende aos seus anseios.

4 TOURINHO FilHO, Fernando da Costa. *"Processo Penar,* vol. 111, pp. 276 e seguintes, São Paulo: Editora Saraiva, 258 edição, 2003.
5 CAPEZ, Fernando. *"Curso de Processo Penal",* p. 309. São Paulo: Editora Saraiva, 118 edição, 2004. 6 LIMA, Marcellus Polastri. "A *Prova Penal",* p. 122. Rio de Janeiro: Editora lumen Juris, 2002.
7 FlORIAN, Eugenio. *"Delle Prove Penali",* vol. li, p. 36. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Villardi, 1924. Com efeito, em passagem constante de nota de rodapé, registra Florian, um dos maiores tratadistas que-versou a respeito da prova penal: "Anche la questione se commetta calunnia l'imputato, il quale incolpi alti altri, che conosca innocente, dei reato alui ascritto, per esimerne sé medesimo, é antica e controversa."
8 TORNAGHI, Helio. *"Instituições de Processo Penal",* vol lV, p.36. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1978. 9 Apud op. cit. em o n° 4 dessas notas de rodapé. Em prol de sua opinião, traz à colação o pensamento de copiosa e respeitabilíssima doutrina nacional e estrangeira. Assim: Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Carmignani, Malatesta, Mittermayer, Manzini e Ada Pellegrini Grinover, todos fazendo sérias reservas à delação como meio de prova.

POLASTRI10, escrevendo antes da vigência da Lei 10.792/2003, não assume posição tão radical, assinalando que a chamada de co-réu, desde que ratificada por outras provas colhidas sob o crivo do contraditório, "é elemento válido para embasar o convencimento judicial".

Quero deixar claro que, mesmo antes da vigência da nova lei, sempre considerei a chamada de co-réu como indício, seguindo os critérios pelos quais devem ser valorados aquele meio de prova (art. 239 do CPP). Ele pode ou não encontrar ressonância no conjunto probatório, cabendo ao juiz emprestar-lhe o valor que entenda cabível diante do caso concreto, segundo o sistema da persuasão racional consagrado na lei (art. 157 do CPP).

9. E agora, com a nova lei, como fica a questão?

Já ressaltara, em trabalho anterior11, que o interrogatório diante do atual regime a que ficou submetido adquiriu novamente um nítido colorido de meio de prova, sem deixar de constituir o mais significativo ato de defesa material. No entanto, sempre assinalei que o *thema* apresentava mais interesse acadêmico que valor prático, pois, de acordo com o sistema do livre convencimento adotado em nossa lei processual (art. 157 do CPP) caberia ao juiz dar ao ato o valor que ele devesse merecer na hipótese em exame, motivando sua decisão.

Vale o registro de que, por força da Lei 10.792/2003, o assunto, agora, apresenta algum interesse prático pelo menos para a ordem a ser observada quando da formulação das perguntas ao réu pelas partes. Explico-me melhor, através da análise da matéria que empreendi em estudo específico sobre o assunto12:

"18.3. Qual a ordem das perguntas?

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

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

10 Ob. cit. em o n° 6 destas notas de rodapé. 11 Ob. cit. em o n° 1 destas notas de rodapé. 12 Ob. cit. em o n° 1 destas notas de rodapé.

favorece a defesa, deixando-se para ela a faculdade de perguntar por último.

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

Uma coisa é certa: agora não mais se poderá negar valor como meio de prova ao interrogatório do imputado, pois ele encontra-se sujeito ao crivo do contraditório.

Quando houver um só acusado ou ainda mesmo quando presentes dois ou mais réus mais inocorrendo a chamada, penso que não se fará presente qualquer motivo de perplexidade. O acusado será interrogado pelo juiz e perguntado pelas partes (acusação e defesa técnica), estando perfeito e acabado o ato do interrogatório.

O problema surge quando houver a chamada, isto é, o acusado, negando ou confessando a prática da infração penal, vem a inculpar co-réu.

Como posto em relevo (3, *supra),* o acusado, agora também acusador, é interrogado separadamente na presença de seu advogado. No entanto, com a chamada, vem a delatar co-réu, cuja defesa não participou do interrogatório respectivo, não tendo assim oportunidade de formular perguntas ao autor do chamamento.

Ora, a chamada de co-réu pode acarretar alteração no panorama probatório, com eventuais reflexos para o acusado que não participou da colheita daquela prova que, em tese, lhe pode trazer gravame.

Como resolver o impasse?

As "Mesas de Processo Penal da USP", através da Súmula de n° 65, conferiram à delação o valor de prova testemunhal na parte referente à imputação, admitindo reperguntas por parte de delatado13.

Parece-me, em tal situação, necessário que o interrogatório do delator terá que ser renovado, para que se renda ensejo a que a defesa técnica do delatado venha, caso deseje, a ofertar perguntas. Há, porém, uma limitação: a indagação deverá cingir-se somente à imputação feita pelo delator, já que os demais fatos constantes do interrogatório do delator não dizem respeito ao delatado. Caberá, assim, ao juiz limitar as perguntas somente ao fato motivador do chamamento.

Na verdade, se fará um novo interrogatório do delator, de que participarão o juiz, a acusação e as defesas técnicas do delator e do delatado. Caberá

13 *Apud op, cit.* em o n° 5 destas notas de rodapé,

ao juiz reperguntar por primeiro, seguindo-se a acusação e, por fim, a defesa do delator e a do delatado. Repito: este novo interrogatório deverá ater-se somente à imputação que motivou o chamamento.

Há um ponto em que, com o devido respeito, me afasto da posição assumida pela Súmula de n° 65 das "Mesas de Processo Penal da USP". Tal se dá quando conferem o valor de prova testemunhal à palavra do delator na parte referente à imputação. A razão do ousio reside no fato de que a testemunha é terceiro imparcial que vai ajuízo depor a respeito de fato objeto da acusação ou que, eventualmente, como ocorre no caso de testemunha instrumental ou instrumentária, comparece, apenas, com a finalidade de atestar a validade de um ato, como, por exemplo, acontece na hipótese contemplada no art. 226, IV do CPP.

Ora, o réu, ao contrário, é parte no processo e, como tal, sujeito parcial da demanda, havendo, dessa forma, distinção ontológica nas situações processuais dos dois personagens do processo: réu e testemunha.

Já assinalei que, mesmo antes da vigência da Lei 10.792/2003, entendia que a chamada de co-réu apresentava valor como meio de prova, subsistindo sempre como indício (art. 239 do CPP), a ser apreciado pelo juiz no momento oportuno de acordo com a sua livre convicção (art. 157 do CPP).

Li, em algum lugar, que os indícios são "testemunhas mudas" que apontam para o possível autor do fato criminoso. No manejo dos indícios, não se pode contestar, o juiz deve operar com extremo cuidado mas a cautela redobrada não deve ser motivo para que eles possam merecer excomunhão. Não se pode esquecer que o indício é meio de prova previsto em lei (consta do Título VII, do Livro I, do CPP, que se ocupa "Da Prova"). Portal razão seu valor, em tese, em nada difere daquele atribuído às chamadas provas diretas.

Na atualidade, diante da nova legislação, não haverá, sequer, necessidade de considerar a delação somente como prova indiciária e muito menos como prova testemunhal, como entendem as "Mesas de Processo Penal da USP".

Com efeito, seu valor decorrerá do próprio interrogatório do réu (delator), que voltou a assumir um caráter misto ou seja: meio de prova (Capítulo III **do** Título VII, do Livro I, arts. 185 a 196 do CPP) e, ao mesmo tempo. ato de autodefesa ou defesa material (arts. 185, § 2° e 186, parágrafo único, ambos, do CPP).

Este o valor probatório que o chamamento deverá assumir, desde que também submetido às perguntas por parte da defesa técnica do delatado na parte em que se relacione com a imputação.

10. Todas as considerações aqui feitas referem-se, evidentemente, ao interrogatório judicial (art. 185 a 196 do CPP), não guardando qualquer relação com a ouvida do indiciado na fase do inquérito policial (art. *6°,* V do CPP). Esta, juntamente com outras providências indicadas nos arts. 6° e 7° do CPP, servirá apenas de suporte fático para o ajuizamento da ação penal, dado o caráter inquisitivo daquela peça de informação ordinária.

11. Outra observação que se impõe fazer está voltada para a acareação dos co-réus (art. 229 do CPP). Entendo que, persistindo a divergência entre delator e delatado, após a realização das reperguntas a respeito da imputação, impossível será a acareação entre os acusados, embora prevista expressamente no art. 229 do CPP.

É que o interrogatório, por força da Constituição Federal e do próprio Código de Processo Penal, não perde seu valor como ato de defesa material, tendo o acusado direito ao silêncio (art. *5°,* LXIII da CF), que não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (art. 186, parágrafo único, do CPP). Aliás, o acusado pode até mentir sem que de tal atitude lhe advenha qualquer conseqüência penal, pois o crime contra a administração da justiça previsto no art. 342 do CP só pode ter como sujeito ativo a testemunha, o perito, o contador, o tradutor e o intérprete, jamais o réu. É lhe vedada, isto sim, a prática da auto-acusação falsa, envolvendo crime inexistente ou praticado por outrem (art. 341 do CPP), pela simples razão de que ao Estado somente interessa punir o verdadeiro culpado. Dessa maneira, a regra do art. 229 do CPP, no que respeita à acareação entre réus, não se viu recepcionada pela nova ordem constitucional.

12. Estendi-me, talvez, além do que pretendia na complementação do meu estudo anterior a respeito do novo tratamento legislativo que o interrogatório judicial veio a merecer por parte de Lei 10.792/2003.

É que sendo a lei bastante incompleta, deixando de abordar várias questões que não poderiam restar no olvido, acaba por obrigar o intérprete a realizar uma análise mais aprofundada a respeito de quase todo aquele diploma legislativo.

Fevereiro de 2006.

REFLEXOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO LEGALMENTE PREVISTO PARA OS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

Tiago Abud da Fonseca 1

SUMÁRIO: l-Introdução. 11- A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. 111- A concessão da liberdade provisória para os acusados por crimes hediondos ou equiparados. IV - O direito de apelar em liberdade. V - O regime de cumprimento de pena. VI- Conclusão.

1 -Introdução

A Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, em seu artigo 5°, inciso XLIII, determina que a lei infraconstitucional deve considerar inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

Deixou, portanto, a critério do legislador ordinário, a definição de quais crimes seriam considerados hediondos. Poderia a Carta Política ter deixado ao alvedrio do magistrado, em cada caso concreto, dizer quais seriam tais delitos ou até mesmo adotar critério misto, mas, ao revés, como dito, preferiu o poder constituinte originário incumbir o legislador de tal tarefa2.

Corolário de tal imposição constitucional, surgiu no mundo jurídico a famigerada Lei n° 8072 de 25 de julho de 1990, que estabeleceu em seu artigo 1 ° o rol dos crimes considerados hediondos. Entre outras aberrações, a lei em comento trouxe em seu artigo 2°, §1° a determinação de que o condenado por crime hediondo deveria cumprir a pena em regime integralmente fechado.

Ainda que tenha demorado, porquanto somente depois de aproximados dezesseis anos a Corte Suprema acordou para, em 23 de fevereiro de 2006, por seis votos contra cinco, no julgamento do hábeas corpus n° 82959 decidir por declarar, *incidenter tantum,* a inconstitucionalidade do disposto no

'O autor é Defensor Público titular do órgão de atuação da Defensoria Pública junto à 18 Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes. É professor de direito penal Universidade Estácio de Sá e professor da Faculdade de Direito de Campos. Mestrando pela Faculdade de Direito de Campos na área de concentração Políticas Públicas e Processo.

2 MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial.* 68 ed. São Paulo. Atlas, 2002, p. 52/53.

artigo 2°, § 1 ° da lei 8072/90 que fixava o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena para os condenados por crimes hediondos e assemelhados, com efeito *erga omnes* e ex *nunc.*

De plano, com a declaração de inconstitucionalidade alinhavada torna-se possível ao condenado por crime hediondo pleitear, cumpridos mais de 1/6 da pena imposta, a progressão de regime, se preencher os requisitos subjetivos para tanto, que deverão ser analisados pelo juiz da execução penal. .

A decisão do Supremo Tribunal Federal, digna de aplausos, prestigiou o direito constitucional fundamental da individualização da pena, vendo este não somente no momento do estabelecimento da resposta penal pelo legislador, quando se fixa a pena em abstrato, nem somente pelo magistrado quando da aplicação da pena na sentença, mas também na execução penal onde o sistema progressivo deve ser observado pelo juiz.

Obviamente que a decisão cotejada não abre as portas dos presídios país afora, como querem os arautos do direito penal do terror, mas permite ao juiz, fiscal da execução da pena, apreciar se cada condenado, no caso concreto, faz jus à progressão de regime.

Nestas singelas linhas, o que se pretende demonstrar são as conseqüências jurídicas geradas para os processados por crimes hediondos ou assemelhados com a decisão declaratória de inconstitucionalidade, uma vez que tal postura da Corte Suprema reflete na maneira de se interpretar, doravante, a lei 8072/90.

2 - A **possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos**

A discussão sobre a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado não era nova. Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal já tinha decidido em outras passagens no sentido da constitucionalidade de tal regime. No voto condutor do Ministro Francisco Rezek no *hábeas corpus* n°696573 ficou patenteado que inexistia

inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente a caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz

[3] STF. HC n° 69657. Disponível em www.stf.gov.br. Consulta em 06/03/2006.

como dar trato individual a fixação da pena, sobretudo no que se refere a intensidade da mesma.

Aliás, chegou o Pretório Excelso a editar o verbete n° 698 das súmulas de jurisprudência dominante, no sentido de que a possibilidade de progressão de regime para os crimes tipificados na lei 9455/97 não se estendia aos crimes hediondos e aos demais equiparados.

Diametralmente oposto do que decidiu agora o Supremo Tribunal Federal em sua maioria. O Ministro Marco Aurélio, relator da novel decisão em comento4, sinalizou na vertente de que a garantia da individualização da pena insculpida no Pacto Fundamental no rol do artigo 5° inclui também a fase de execução da pena. Em outras palavras, o momento do magistrado individualizar a sanção imposta não é somente na sentença, mas, sobretudo, na execução penal, oportunidade na qual o juiz deve decidir apegado às peculiaridades de cada caso concreto.

Todavia, a decisão que impõe a pecha de inconstitucional ao regime integralmente fechado para os delitos hediondos e equiparados gera efeito além desta órbita, refletindo em outras temáticas que estão a merecer justa revisão pela Corte Maior. A primeira delas refere-se a questão da possibilidade de aplicação de pena restritiva de direitos em substituição a pena privativa de liberdade nas hipóteses de condenação por crimes hediondos.

Da mesma forma, também o debate não é recente. Na doutrina, as opiniões divergem. A guisa de exemplo, Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior advogam que:

A parte Geral do Código Penal deve ser aplicada à legislação extraordinária, ressalvada a existência de disposições em contrário, segundo determina o art. 12 do CP. Com efeito, inexiste óbice à substituição da pena privativa de liberdade nos crimes hediondos ou àqueles previstos na lei de Tóxicos, desde que verificados os requisitos legais(art.44 do CP). O art.2°, §1°, da lei 8072/90, que impõe o cumprimento da pena de prisão integralmente em regime fechado, não impede a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois o regime fechado deve ser observado apenas se a pena privativa for efetivamente aplicada.

4 STF. HC n° 82959. Disponível em www.slf.gov.br. Consulta em 06/03/2006.
5 CORRÊA JUNIOR, Alceu e SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência* e *outros estudos de ciência criminal.* São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.2321233.

Na mesma toada, Alberto Silva Franco6 defende a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos apontando que:

é mister que se observe que a Lei 9714/98 não é um diploma legal solto no espaço: constitui modificação expressa de texto do Código Penal e, portanto, está nele incorporado. Se até a vigência da Lei 9714/98 era impossível a aplicação de pena restritiva de direitos em relação a condenado com pena igualou inferior a quatro anos, tal impossibilidade foi removida no tocante a qualquer delito, seja ele doloso ou culposo, desde que não tenha sido ele cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. A nova norma penal, por força do art.12 do Código Penal, é aplicável a fatos regidos por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. Ora, nem a Lei 6368/76 nem a Lei 8072/90, que equiparou o tráfico ilícito de entorpecente aos crimes hediondos, vedaram, de forma explícita, a aplicação de penas substitutivas à privativa de liberdade. Logo, não há repelir o regramento da Lei 9714/98 que, por ser norma geral do Código Penal, regula, por falta de disposição em contrário, as leis penais especiais.

Contudo, postura antagônica não é rara na doutrina sobre o assunto. A título de ilustração, no sentido da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, Jorge Assaf Maluly7 prega que a substituição falada somente é possível quando se tratar de crimes de menor gravidade como ditado na Exposição de Motivos do projeto de lei n° 689, de 18/12/1996(que se transformou na lei 9714/98), o que não é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, delito equiparado a crime hediondo pelo poder constituinte originário. Ademais, prossegue o autor, a Lei de Tóxicos é especial e, portanto, incide a vedação da parte final do artigo 12 do Código Penal. Por fim, narra ser incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa no caso do tráfico ilícito de entorpecentes porque a Lei 8072/90 reserva aos traficantes a restrição de benefícios processuais e de outros de natureza substitutiva, que vão até a execução da pena, não sendo válido concluir em sentido contrário quando se fala da pena, já que há determinação para que seu cumprimento se faça no regime integralmente fechado.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - até então majoritária se entedia ser impossível a substituição da pena privativa de liberdade por

6 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas* á *lei 8072/90.* 4" ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2000, *p.155/156.*
7 MALULY, Jorge Assaf. O *crime de tráfico de entorpecentes* e a *aplicação das penas restritivas de direitos.* Boletim IBCCrim n° 77. abr/1999. p. 5/6.

pena restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados, sob o argumento de que "o disposto no art. 2°, § 1°, da Lei 8.072/90, que, expressamente, determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado"8 é incompatível com a aplicação do artigo 44 do Código Penal.

Novos ventos sopram no órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. No hábeas corpus n° 84928, cuja relatoria coube ao Ministro Cezar Peluso, a Primeira Turma, em 11 de novembro de 2005, reconheceu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação por tráfico ilícito de entorpecente. Já no hábeas corpus n° 85894 a matéria foi *afeta* ao Pleno daquela Corte, por decisão do ministro relator Gilmar Mendes, para que todos os ministros deliberem sobre a possibilidade ou não da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Defende-se neste texto que como conseqüência lógica do reconhecimento da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, por questão de coerência, o Supremo Tribunal Federal deve reconhecer a possibilidade de substituição da sanção corporal pela restritiva de direitos. Ora, se o óbice para a aplicação do artigo 44 do Código Penal aos crimes hediondos e assemelhados era o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena imposto pela lei 8072/90, este já não mais subsiste, como fruto da declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, com tal votação reforçou a Corte Maior a necessidade de individualização da pena, quer no momento de fixação da pena em abstrato pelo legislador, seja no momento de prolação da sentença, seja na execução penal, o que corresponde a dizer que a proibição pura e simples da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito fere tal direito expresso no Pacto Fundamental, além de, no mais das vezes, igualar situações absolutamente desiguais, o que *afeta,* por via oblíqua, a isonomia constitucional.

Logo, este é o primeiro efeito da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, qual seja, permitir que o condenado por crime hediondo ou assemelhado, desde que preenchidos os requisitos elencados pelo artigo 44 do Código Penal, tenha a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, que, diga-se de passagem, já vem sendo reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro9, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça10.

8 STF. HC n° 85906. Disponível em www.stf.gov.br. Consulta em 06/03/2006.

9 TJRJ. Apelação n° 2005.050.02275 e Apelação n° 2005.050.04796. Disponlvel em www.tj.rj.gov.br. Consulta em 03/05/2006.

10 ST J. HC n° 45389/SP, Quinta Turma, reI. Arnaldo Esteves Lima: "Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de *23/212006* (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do ar!. 2°, § 1°, da lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal, quando atendidos os requisitos do ar!. 44 do Código Penal."

3 - A concessão da liberdade provisória para os acusados por crimes hediondos ou equiparados

A lei 8072/90 expressamente proibiu em seu artigo 2°, inciso 11, a concessão de fiança e liberdade provisória aos processados por crimes hediondos e equiparados. Tocante a inafiançabilidade, a lei 8072/90 nada mais fez do que repetir o comando constitucional estabelecido no artigo 5°, inciso XLIII.

Quanto à vedação da liberdade provisória, inovou o legislador infraconstitucional. inserindo restrição não prevista no Pacto Fundamental, razão pela qual foi enxovalhado por críticas da melhor doutrina pátria. Não sem razão.

Proibir por proibir significa a tradução do arbítrio.

O vértice reitor de todo o ordenamento jurídico pátrio é a Constituição da República de 1988 e nela está prevista que a regra é a liberdade, sendo certo que uma pessoa somente pode ser presa depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Como toda regra comporta exceção, com a prisão não é diferente, sendo certo que a regra constitucional abre espaço para as prisões cautelares, ou seja, aquelas decretadas antes da sentença penal contra a qual não caiba mais recurso.

Contudo, o arcabouço jurídico posto em nosso sistema constitucional e processual vigente deixa claro que a regra constitucional que é a liberdade somente pode ceder quando a prisão cautelar for necessária.

Aliás, como é próprio das cautelares, somente podem e devem ser deferidas quando necessárias a assegurar a efetividade do processo. Em outras palavras, sem necessidade não há cautelaridade, até porque as medidas cautelares nascem para morrer, ou seja, somente tem lugar quando persistirem os motivos que demonstrem a sua indispensabilidade.

Trocando em miúdos, as medidas cautelares - como é o caso das prisões processuais - somente podem sobreviver quando servir, para resguardar a efetividade do processo. Do contrário, as medidas cautelares se confundiriam com a antecipação de tutela, ou seja, com a antecipação do próprio direito pleiteado.

No processo penal pátrio, quando prisões são decretadas ou mantidas antes da decisão final da causa contra a qual não caiba mais recurso sem demonstrar a necessidade, em verdade, o que se está fazendo é antecipar pena, razão pela qual toda e qualquer prisão antes da sentença penal condenatória transitada em julgado deve estar baseada na sua estrita necessidade. Registre-se, por oportuno, que a antecipação de tutela no processo penal brasileiro não tem lugar.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 312, indica quais são as hipóteses em que se pretende assegurar a efetividade do processo. Neste compasso, a prisão cautelar somente guarda lugar quando for para assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a instrução processual e a aplicação da lei penal. Do contrário, a regra constitucional da liberdade deve ser prestigiada. Noutros termos, inexistindo necessidade da prisão cautelar deve ser prestigiada a liberdade ambulatorial do cidadão-processado.

Todavia, é preciso chamar à análise a regra do artigo 2°, inciso 11 da lei 8072/90 para, ao final, se atestar se tal norma cede a regra ou, ao revés, todo o esqueleto abre espaço para a proibição contida em tal diploma.

Certo é que a lei 8072/90 proíbe a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança. Entrementes, tal diploma legal está longe de ser um todo coeso e fechado, já que o próprio artigo 2°, §2° estabelece que o magistrado pode decidir fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

Não é preciso ir muito distante para se notar a contradição embutida na própria lei 8072/90. Constitui verdadeiro *non sense* negar ao réu o direito de responder ao processo em liberdade e após condenado poder lhe ser concedido tal benesse.

A bem da verdade, tal contra-senso não passou desapercebido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que já teve oportunidade de decidir no seguinte sentido:

Se é verdade que a Lei n. 8072/90, em seu artigo 2., inciso 11, afirma, ser insuscetível de fiança e liberdade provisória o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, também é verdade que o par. 2. do mesmo artigo estabelece que, "em caso de sentença condenatória, o Juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade". Esta regra do par. 2. evidencia a relatividade da vedação do inciso 11, motivo por que, em determinados casos, é possível abrir-se exceção àquela regra aparentemente taxativa.11

Assim, o que deve ser respondido é se a lei 8072/90 - que nada tem de lógica, como visto - excepciona a regra da cautelaridade das prisões processuais ou transmuda a natureza destas para antecipações de pena.

Por força do Pacto Fundamental, com base no princípio da presunção de inocência, não há antecipação de tutela no processo penal brasileiro, razão

11 TJRJ. HC n° 2005.059.03406. Disponível em www.tj.rj.gov.br. Consulta em 18/04/2006.

pela qual, mesmo em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, a prisão processual somente deve ser mantida quando necessária, ou seja, quando presentes os requisitos que autorizam a custódia cautelar12.

A toda evidência, de fato não poderia deixar de ser diferente com os crimes hediondos e assemelhados, pois se a natureza da prisão é cautelar, a necessidade do ergástulo deve ser auferida, a todo tempo, pelo Estado-Juiz, sob pena de se aceitar decretos de prisão advindos da autoridade policial ou dos policiais que prendem os indiciados, já que se o juiz é apenas a boca da lei, se ali está para repetir a fórmula genérica de que a lei 8072/90 veda a concessão da liberdade provisória, está afastado o requisito da judicialidade das decisões que decretam prisões.

Por pertinente, confira-se a lição de Norberto Flach13:

Veja-se que a própria competência judicial para decretar a privação da liberdade resta abalada pela legislação inconstitucional- é exemplo a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.8072/90) - que veda a concessão da liberdade provisória (art.2°, inciso 11): sendo o sujeito preso e autuado em flagrante por crime hediondo ou equiparado, que vem a ser homologado pelo juiz porque "atendidos os seus requisitos formais", sem que haja manifestação sobre eventual conversão da prisão em preventiva, pode ser eternizada a sua prisão em flagrante (como amiúde tem ocorrido em todo país, nas várias instâncias), deixando de ser apreciadas judicialmente a conveniência e a necessidade da prisão. Isto pode ocorrer - e tem ocorrido mesmo quando haja posterior requerimento de concessão de liberdade provisória, que se indefere de plano e abstratamente, de modo lacônico, como "legalmente inviável". Na verdade, quem determinou de fato a prisão processual, nessas circunstâncias, antes mesmo de haver processo e juízo preambular de admissibilidade da acusação-, foi tão-somente a autoridade policial, no preciso momento da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Em apertada síntese, mesmo em se tratando o caso concreto de crime hediondo ou equiparado, deve o magistrado se perguntar se, na hipótese

12 Veja-se, por todas, a decisão do EDcI no HC *47003/PA* proferida pelo Superior Tribunal de Justiça onde resta cristalizado o posicionamento jurisprudencial da Sexta Turma daquela Corte, *verbis:* "Tem-se por pacífico o entendimento desta Sexta Turma que, inobstante o caráter hediondo do crime, mister se faz a concreta presença dos requisitos autorizadores da medida restritiva, contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal". Disponível em www.stj.gov.br. Consulta em *18/04/2006.*

13 FLACH, Norberto. *Prisão Processual Penal: Discussão* à *Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade* e *da Segurança Jurídica.* Rio de Janeiro. Ed.Forense, 2000, p.78.

dos autos, com base em dados concretos e objetivos, se o réu estivesse solto seria decretada a sua prisão preventiva. Em caso afirmativo, é porque a prisão se faz necessária e, então, deve ser mantida. Ao contrário, se o réu estivesse solto, o juiz não decretaria a sua prisão preventiva é porque não estão presentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar, razão pela qual deve ser concedido ao réu o direito de responder a ação penal em liberdade, prestigiando a regra constitucional.

Com muito mais razão agora, depois do julgamento no Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, a problemática da liberdade provisória em crimes hediondos deve ser revista. Se for um daqueles crimes que, apesar de hediondo ou equiparado, não seja praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa e cuja pena mínima não extrapole a quatro anos, sendo o réu primário, impõe-se a concessão da liberdade provisória, uma vez que mesmo se condenado, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, terá direito a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, não fazendo qualquer sentido prender alguém provisoriamente para que aguarde o resultado final enclausurado, se ao cabo de tal processo ser-lhe-á aplicada uma pena que não resultará em prisão.

De outra forma, esta prisão processual não tem nada o que resguardar, perdendo o seu cunho cautelar.

A decisão alvo do presente artigo trouxe um debate histérico na opinião publicada(que difere-se claramente do conceito de opinião pública), fazendo com que juristas de ocasião alardeassem uma falsa impressão de insegurança.

O Ministro da Justiça, Márcia Thomaz Bastos, procurando adequar a lei 8072/90 à realidade jurisprudencial apresentou, em 09 de março de 2006, o Projeto de Lei n° 6973/200614, que entre outras alterações suprime do artigo 2°, inciso 11 da lei 8072/90 a expressão liberdade provisória, ou seja, somente passa a proibir a concessão da fiança e não mais da liberdade provisória sem fiança.

Na Exposição de Motivos n° 2315, onde justifica a proposta de alteração legislativa, o referido Ministro sobre a liberdade provisória alinhava da seguinte maneira:

2. O Projeto pretende modificar o artigo 2° da Lei n° 8.072, de 1990, com objetivo de adequá-la à evolução jurisprudencial

" Disponível em www.ibccrim.org.br. Consulta em 03/05/2006. 15 Disponível em www.ibccrim.org.br. Consulta em 03/05/2006.

ocorrida desde sua entrada em vigor, bem como de torná-la coerente com o sistema adotado pela Parte Especial do Código Penal e com os princípios gerais do Direito Penal.

3. A proposta de alteração do inciso 11 do artigo 2° busca estender o direito à liberdade provisória aos condenados por esses delitos, em consonância com o entendimento que já vem se tornando corrente nas instâncias superiores do Poder Judiciário (STF, *HC no 69.950; HC 77052/* MG; *HC no 79.204; HC no 82.903; HC-QO no* 83.173; *HC no* 84. *797-MC; HC no* 84.884; *HC no 85.036; HC no 85.900; HC* 87343 *MC; HC no* 87.424; *HC* 87438 *MC/SP. ST J, RHC 2556/SP; RHC* 2996/MG):

"A *gravidade do crime imputado, um dos malsinados 'crimes hediondos' (Lei no 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse dos interesses do desenvolvimento e do resultado do processo,* e *só se legitima quando* a *tanto se mostrar necessária: não serve* a *prisão preventiva, nem* a *Constituição permitiria que para isso fosse utilizada,* a *punir sem processo, em atenção* à *gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, 'ninguém será considerado culpado ate* o *trânsito em julgado de sentença penal condenatória'* (CF, art. 5., LVII)" (RHC no 68.631, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

4. Dessa forma, preserva-se o poder geral de cautela do juiz, que decidirá se os acusados dos crimes previstos na Lei n° 8.072, de 1990, poderão ou não responder ao processo em liberdade. Pretende-se, com isso, evitar os efeitos negativos da privação de liberdade quando, diante do exame das circunstâncias do caso concreto, a medida se mostrar eventualmente desnecessária.

Não resta dúvida, portanto, que a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado teve o condão de refletir na possibilidade de concessão de liberdade provisória para os réus acusados da prática de crimes hediondos, reforçando uma linha jurisprudencial que vinha se firmando, no sentindo de reconhecer o direito ao réu de responder ao processo em liberdade se a prisão cautelar se afigura desnecessária.

4 - O **direito de apelar em liberdade**

A lei *8072/90*, em seu artigo 2°, §3°, dispõe que na hipótese de sentença penal condenatória, o juiz deve decidir fundamentadamente se o réu pode apelar em liberdade.

A jurisprudência dos Tribunais pátrios foi vacilante por algum tempo no sentido de se perquirir da necessidade ou não de fundamentação da sentença condenatória sobre o direito do réu de recorrer em liberdade. Alguns julgados afirmavam que a regra, no caso dos crimes hediondos, é a do recolhimento à prisão para recorrer e a exceção, a da possibilidade da apelação em liberdade. Daí a desnecessidade de exprimir a motivação para o condenado por crime hediondo ter de recolher-se à prisão para recorrer, motivação essa que somente seria necessária se o juiz permitir a apelação em liberdade.16

Prevaleceu, entretanto, a exigência da motivação também nas sentenças que tratam sobre crimes hediondos, com muito mais razão no caso de denegação do direito de apelar em liberdade.17

Na análise do parágrafo segundo do artigo 2° da lei 8072/90, Gevan Almeida18 sintetiza o pensamento jurisprudencial apontando que

O Supremo Tribunal Federal geralmente tem adotado o entendimento de que em se tratando de crimes hediondos, bem como os equiparados, como é o caso dos crimes de tráfico de entorpecentes, a regra é a decretação da prisão por ocasião da prolação da sentença condenatória, permitindo-se, no entanto, em caráter excepcional que o réu apele em líberdade, no termos do art.2°, §2°, da Lei n° 8072/90.

Em verdade, o que se tem visto na jurisprudência é a reiteração do reconhecimento do direito de apelar em liberdade, mesmo na hipótese de crimes hediondos ou equiparados, se o réu respondeu ao processo em liberdade ou se por algum motivo conseguiu obter a liberdade no curso do processo antes da sentença condenatória, quer a título de liberdade provisória! revogação de preventiva, seja pelo relaxamento da prisão. Em sentido oposto, quando o réu responde ao processo preso, sendo condenado, na hipótese de se tratar de crime hediondo e equiparado, via de regra lhe é negado o direito de apelar em liberdade.

Tal entendimento deve mudar. Mesmo em se tratando de réu condenado, se for o caso de cabimento de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos lhe deve ser resguardado o direito de recorrer em liberdade. Não se pode perder de vista que a prisão decorrente de sentença condenatória

16 RAMOS. João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro.* Belo Horizonte, Editora Dei Rey, 1998, p. 475.
17 Op. cit., p. 477.
18 ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira.* 2" ed., Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2004, p. 183.

recorrível também guarda natureza cautelar, o que equivale a afirmar que deve estar presente sempre a necessidade da prisão para a sua manutenção.

Não há razão alguma a justificar que o réu fique preso durante o curso do processo e, ao final, seja substituída a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Em suma, a prisão processual nada estará resguardando, já que ao final o resultado do processo não será a privação da liberdade do condenado, servindo apenas de castigo, o que é inconcebível e injustificável à luz das normas constitucionais aplicáveis ao tema.

5 - O regime de cumprimento de pena

Declarado inconstitucional o regime integralmente fechado, fica a pergunta: qual regime deve o magistrado fixar no momento da sentença para o condenado por crime hediondo?

A primeira consideração a ser feita é no sentido de lembrar o teor dos enunciados n° 718 e 719 das súmulas de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Tais enunciados dispõem, respectivamente, que a opinião do julgador sobre a gravidade do crime não se presta a motivar imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada e que a imposição de regime mais severo exige motivação idônea.

O outro apontamento decorre do princípio da especialidade, segundo o qual a lei especial prevalece sobre a lei geral. Ocorre que, inexistindo lei especial (no caso, o regime integralmente fechado na lei 8072/90) deve prevalecer a regra geral. Conclui-se, portanto, que considerando a inconstitucionalidade do §1° do artigo 2° da lei 8072/90, o juiz deve ter como marco para fixar o regime de cumprimento da pena a regra geral, qual seja, o artigo 33, §2° do Código Penal.

Destarte, de início deve ser analisada pelo juiz a pena aplicada. Depois, as circunstâncias pessoais do agente. Uma vez que a gravidade do delito, só por só, não pode lastrear a fixação de regime de cumprimento de pena mais gravoso que o ditado pelo parágrafo 2° do artigo 33 do Código Penal, é possível ao condenado por crime hediondo ou equiparado, como, por exemplo, o tráfico ilícito de entorpecentes, na atualidade, iniciar o cumprimento da pena em regime aberto.

Já se tem visto muitos juízes fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena em caso de condenação por crime hediondo ou assemelhado como se esta fosse a decorrência lógica da inconstitucionalidade declarada. Não é verdade, já deve ser aplicada a regra geral do artigo 33, §2° do Código Penal.

Para sepultar vez por todas o assunto, é bom dizer que o Ministro da Justiça, Mareio Thomaz Bastos, no Projeto de Lei adredemente citado altera também o parágrafo primeiro do artigo 2°, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, passando a prever tal projeto que

a pena por crime hediondo será cumprida inicialmente em regime fechado (como faz a lei 9455/97).

Na exposição de motivos da lei19, o Ministro da Justiça justifica a proposta de mudança da lei ordinária como se segue:

Além de aumentar o prazo de cumprimento de pena para a progressão de regime prisional, o projeto ainda determina que a pena aplicada aos crimes hediondos seja inicialmente cumprida em regime fechado. A proposição pretende aumentar o rigor da administração da pena em casos considerados mais graves pela lei penal, seguindo os critérios estabelecidos pela Lei no 8.072, de 1990, mas de forma compatível com o princípio constitucional de individualização da pena, tal como interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, recentemente, no julgamento do hábeas Corpus no 82.959, em que se decidiu o seguinte: (..,)

Ora, se o Projeto de Lei da lavra do Ministro da Justiça, enviado ao Presidente da República depois da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o regime integralmente fechado para os crimes hediondos reconhece que é preciso aumentar o rigor da administração da pena em casos considerados mais graves pela lei penal e, para tanto, fixa o regime inicial fechado é porque, sem mais delongas, na atualidade prevalece a regra geral do artigo 33, §2° do Código Penal, que autoriza ao juiz fixar o regime aberto, sem i-aberto ou o fechado, conforme for o caso, inexistindo a obrigação da imposição do regime fechado por parte do juiz.

6 - **Conclusão**

É preciso admitir, com imensa satisfação, que o Supremo Tribunal Federal deu um passo adiante na questão do respeito aos direitos constitucionais do cidadão, quando em prestígio ao direito fundamental da individualização da pena declarou inconstitucional o regime integralmente fechado para o cumprimento das penas na hipótese de crimes hediondos e equiparados.

Melhor ainda é poder afirmar, que com a decisão apontada, o Supremo Tribunal Federal- se não levou à nocaute20 - deu um sério golpe no modelo

19 Disponível em www.ibccrim.org.br. Consulta em 03/05/2006.

20 Este artigo foi escrito antes da entrada em vigor da lei n° 11343/06. Permanece intacta a idéia defendida no texto, salvo para os novos tipos penais previstos na nova lei em questão, já que a lei regente no artigo 44 veda a liberdade provisória com e sem fiança, graça, anistia e indulto, o sursis e a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal. O próximo passo na luta contra o Movimento da lei e da Ordem é buscar a inconstitucionalidade da lei 11343/06 nos temas em que dá tratamento diferenciado ao tráfico de drogas, uma vez que aquilo que o Poder Constituinte Originário igualou não pode o legislador infraconstitucional tratar de maneira diversa (art. 5°, XLIII, CRFB). Quanto à imposição do regime para cumprimento da pena, permanecem inalteradas as observações mencionadas no artigo. inclusive para os crimes descritos na lei 11343/06.

de direito penal que se intitula como defensor da sociedade, mas que no fundo é garantidor de desigualdades sociais, representando o braço armado de um sistema econômico excludente.

Abordou-se no presente trabalho as conseqüências da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o regime integralmente fechado, uma vez que o *decisum* transborda do tema nele proposto, gerando conseqüências outras no direito penal e processual penal.

1- O primeiro consectário de tal decisão é fazer com que a partir dela se consolide o entendimento de que é possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, aplicando-se o artigo 44 do Código Penal aos crimes hediondos e equiparados, já que o empecilho anterior visto pela jurisprudência, qual seja, o regime integralmente fechado, não mais subsiste(mesmo se deve dizer em relação ao *sursis).*

2- Depois, a partir do momento em que se permite a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos é preciso rever a proibição à concessão da liberdade provisória, que já vinha sendo amainada pelos Tribunais Superiores, e agora com muito mais razão já que ao final do processo criminal o acusado não será submetido a privação da liberdade, nada havendo, em regra, para ser acautelado no curso da relação processual.

3- Outra conseqüência é a revisão que deve ser procedida no entendimento jurisprudencial, antes prevalente, no sentido de que se o réu respondesse preso ao processo deveria permanecer preso quando da sentença penal condenatória em se tratando de crime hediondo e equiparado. Se o condenado pode ter sua pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, não haverá razão para mantê-lo preso ate o trânsito em julgado da sentença e soltá-lo para cumprir a pena, mesmo que tenha respondido o processo criminal preso.

4- Em derradeiro, o último corolário da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado está na aplicação na aplicação da regra geral em relação ao regime a ser imposto na sentença condenatória. Presentes os requisitos objetivos e subjetivos, deve o magistrado fixar o regime aberto, sem i-aberto ou fechado como determina a regra do artigo 33, §2° do Código Penal, que deve ser interpretada em conjunto com os verbetes n° 718 e 719 das súmulas de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira.* 28 *ed.,* Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2004.

CORRÊA JUNIOR, Alceu e SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

.

FLACH, Norberto. *Prisão Processual Penal: Discussão* à *Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade* e *da Segurança Jurídica.* Rio de Janeiro, Ed.Forense, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas* à *lei 8072/90.48* ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MALULY, Jorge Assaf. O *crime de tráfico de entorpecentes* e a *aplicação das penas restritivas de direitos.* Boletim IBCCrim n° 77. abr/1999.

MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial.* 68 ed. São Paulo. Atlas, 2002.

RAMOS. João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro.* Belo Horizonte, Editora Dei Rey, 1998.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 378 VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL

Processo n° 2004.001.1247484-4

HOMERO CESAR FERREIRA, nos autos da ação penal que lhe move a Justiça Pública, vem, pela Defensora Pública infra-assinada, apresentar suas

ALEGAÇÕES FINAIS expondo o que se segue:

Homero César Ferreira e o co-acusado Leandro Santos Pontes foram denunciados pela suposta prática do delito previsto no art. 157, § 3°, 28 parte do Código Penal.

O acusado Homero César Ferreira interrogado em Juízo às fls. 132/133, confessa que aderiu a vontade do co-acusado em praticar o roubo na empresa de propriedade Vítima, sem, contudo ter prévio conhecimento de que Leandro Santos Pontes tinha a intenção de matar a Vítima e até mesmo que esta o conhecia em razão de vínculo empregatício mantido anteriormente.

Por seu turno Leandro Santos Pontes interrogado em Juízo às fls. 130/ 131 , confessa que trabalhou na empresa da infeliz Vítima e que a idéia da prática do delito surgiu do co-acusado Homero César e que somente aderiu a empreitada criminosa porque fora obrigado, eis que sofrera intimidação, ou seja, "se não aceitasse praticar o crime mataria sua família", ameaça esta ouvida pela testemunha Vera. Declarou ainda que quem teria obrigado a Jose Mario assinar os cheques, envolto o fio do computador e cortado com um estilete o pescoço da Vítima fora Homero César. Por fim afirmou que não procurou a polícia para denunciar Homero César, porque teve medo, por ter ele fama de homicida e de motorista de traficante, tendo então dormido na rua e que não retomou para sua residência, eis que foi avisado por sua genitora de que a polícia estava a sua procura, resolvendo então procurar um pastor que lhe orientou em entregar-se para facilitar achar o acusado Homero César.

Observa-se da FAC acostada às fls. 135/140, que o Acusado é primário, constando como única anotação o presente feito.

O ilustre representante do Ministério Público em suas alegações finais (fls. 237/245), apesar de pugnar pela condenação de ambos os Acusados nos termos da denúncia, ou seja, pela prática do delito de latrocínio, deu crédito a versão sustentada por Homero Cesar, considerando a prova coligida aos autos, como se depreende do trecho abaixo transcrito:

(...)"Tal versão restou confirmada pelas testemunhas arrolada pela acusação. conforme os depoimentos acima transcritos. não havendo qualquer dúvida quanto à sua veracidade" (destaquei - fls. 243 - último parágrafo).

Ora, o próprio Dr. Promotor de Justiça afirma o seguinte:

(..,) "Segundo a prova dos autos, a vítima foi enforcada pelo acusado Leandro, tendo sido encontradas manchas de sangue na camisa do mesmo, fato não ocorrido em relação aos trajes do acusado Homero. Além disso. a testemunha Vera é categórica em afirmar que este último. no momento da execução da vítima. encontrava-se junto aporta onde a mesma estava enclausurada. sendo impossível sua participação na morte da vítima dado a distância (foto, de fls. 91)" (destaquei - fls. 244 - segundo parágrafo).

Mesmo diante das conclusões acima o órgão Ministerial pugna pela condenação de Homero César na mesma sanção aplicada ao co-acusado Leandro, consubstanciando-se no art. 29, do Código Penal, alegando a existência de adesão e concordância para a ocorrência do resultado, abandonando assim os critérios que devem ser aferidos para se imputar a participação e os desvios subjetivos entre os partícipes do evento.

É certo que na co-delinqüência não há divergência alguma entre a doutrina e a jurisprudência que a reforma do Código Penal, adotou a teoria monística ou unitária, equiparando, em princípio, todos os agentes que de qualquer modo intervém para prática do crime. Entretanto, do mesmo modo, não há qualquer discrepância de que a Lei Penal tenha adotado teoria restritiva, distinguindo a pessoa do autor da do partícipe, como claramente se de deduz dos dois parágrafos insertos ao *caput* do art. 29, do Código Penal.

De sorte que, na hipótese dos autos, para aplicação da sanção penal justa, não obstante o MM. Dr. Juiz Sentenciante, destacar-se dentre os mais notáveis e respeitados Magistrados, faz-se necessário uma incursão ao instituto, não somente em razão de ser este o nosso mister, mas mormente porque no caso, aplica-se como luva.

Pois bem. Na co-delinqüência, não se pode deixar de lado os exames das contribuições: objetiva - causalidade física - e, subjetiva - vínculo psicológico que se traduz na convergência de vontades -.

Considerando o liame subjetivo entre os participantes do delito, no caso em tela ocorreu o que a doutrina denomina de DESVIO SUBJETIVO ENTRE OS PARTICIPANTES ou COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA ENTRE OS AGENTES.

Em decorrência do desvio subjetivo de conduta na execução do delito por parte de um dos agentes pode ocorrer o excesso QUALITATIVO ou o excesso QUANTITATIVO.

No caso vertente é cristalino que ocorreu o EXCESSO QUANTITAVO. O co-acusado LEANDRO, convidou Homero César para praticar um delito de roubo, sem, contudo dar-lhe conhecimento de que era ex-empregado da Vítima e que seu propósito era eliminá-Io. Do depoimento da testemunha VERA acostado à fls. 184/188, verifica-se que o co-acusado LEANDRO foi quem praticou todos os atos graves de execução, seja do roubo, seja da morte de JOSE MÁRIO FERNANDES. Comprovemos o aduzido pelos trechos abaixo transcrito do depoimento da testemunha Vera:

(...) "que antes, porém o réu HOMERO falou que queria ir ao banheiro; que após o réu HOMERO retornar do banheiro do escritório, o réu LEANDRO anunciou o assalto. dizendo: "é um assalto"'(destaquei - fls. 184/185).

(...) "que antes de HOMERO revistar a ante sala. o réu LEANDRO já havia encontrado cheques, cheques esses pertencentes não só a vítima Jose Mário, mas também à empresa da vítima; que LEANDRO obrigou Jose Mário a assinar cheques particular da vítima Jose Mario e dois cheques em branco..."(destaquei - fls. 185).

(...) "que LEANDRO chegou a conferir a assinatura da vítima nos cheques para saber se as mesmas estavam assinadas da forma que em que a vítima assinava os cheques; que HOMERO pediu para que a vítima Jose Fernandes lhe entregasse relógio e jóias; que a vítima Jose Fernandes lhe entregou o relógio de pulso; que a depoente esclareceu que o seu relógio era de camelô e não tinha jóias. apenas bijuterias: que por tal razão HOMERO não subtraiu nem relógio. nem as bijuterias da depoente..." (destaquei - fls. 185)

Verifica-se que não houve a mínima reação por parte da vítima JOSE MARIO FERNANDES e nem da testemunha VERA que foi retirada da sala e levada por HOMERO para copa existente na empresa. Logo, não poderia HOMERO CESAR, supor que LEANDRO conhecesse a Vítima e fosse ao final mata-la.

Dentro deste contexto, temos que a participação de HOMERO CESAR cingiu-se a de vigilância a testemunha Vera, sendo, pois perfeitamente aplicável o disposto na primeira parte do § 2° do art. 29, do Código Penal que preceitua: ~

"Art. 29..... .....

§ 1 °. ....., ...

§ 2°. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave. ser-Ihe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave" (destaquei).

Vale observar que, o Ministério Público, demonstrou em linhas gerais a participação do acusado Homero César no crime menos grave - roubo.

Por outro lado, o ajuste genérico para o crime de roubo, a participação negativa ou a mera conivência, sem que haja ato de execução, permanecendo, como permaneceu o acusado Homero César longe da cena delituosa, não demonstrando conhecimento ou adesão a conduta de Leandro em matar a Vítima, não pode caracterizar sua participação no crime de latrocínio.

Nosso entendimento acha-se em consonância com a jurisprudência, como se depreende das decisões abaixo, que trazemos a colação a título de exemplo:

"É que o modo como se deram os fatos justifica-se aplicar ao réu a norma do § 2°, do art. 29 do CP, já que tudo indica que o mesmo, na verdade, apenas e tão-somente tinha por escopo praticar assalto ao estabelecimento comercial, não devendo, portanto, ser responsabilizado pelos fatos posteriores, aos quais não aderiu. Assim, o roubo consumou-se com o apossamento dos valores por parte do apelante e dos menores, sendo que um deles foi quem apontou a arma e ameaçou a vítima"1 .

"Se o intuito do agente era participar tão-somente de roubo e se não foi ele o autor dos disparos letais, inviável a sua responsabilização pelo latrocínio. Nesta hipótese, impõe-se a desclassificação para o delito de menor gravidade com agravante da pena em razão da previsibilidade do resultado, conforme o art. 29, § 2° do CP"2.

A íntima convicção traduzida pela liberdade do convencimento do julgador não está absolutamente livre do imperativo legal, eis que deve ser exercida dentro de parâmetros racionais respaldadas na prova legalmente produzida pelas partes, sob pena de serem reformadas as decisões divorciadas da

1 T JSP - AC - REL. DANTE BUSANA - RT 7021324. 2 TJSP - AC - REL. RENATO NALINI- RT 6721309

prova. Como bem salienta o festejado Mestre Canotilho3, ao discorrer sobre o *due process* of *law* :

"uma pessoa tem não apenas direito a um processo legal, mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado".

Outra não é a lição de Enio Luiz Rossetto4:

"O convencimento é livre de regras e de amarras, mas há de ser motivado na conformidade das provas do processo. A operação judicial é realizada livremente; todavia, essa liberdade é feita necessariamente com a prova, e a motivação dela deflui. Vale dizer que a convicção do juiz fica condicionada às provas produzidas legalmente e admitidas segundo o permitido no ordenamento jurídico".

Por fim não é despiciendo a lição do Consagrado MALA TESTA, que há exatos cento e dez anos, com espetacular visão já advertia em sua clássica obra "A Lógica das Provas em Matéria Criminal", editada em 18955:

"O vulgar nos homens é a inocência, por isso ela presume-se, e é a acusação que compete a obrigação da prova".

"Se as provas da acusação, para terem conseqüências jurídicas, devem conduzir a certeza da criminalidade, as provas da defesa produzem o seu efeito quando alcançam simplesmente abalar aquela certeza: e alcançam esse fim fazendo admitir simplesmente credibilidade do próprio objeto".

Em matéria criminal tudo deve ser preciso e certo, sem que ocorra a possibilidade de desencontro na apreciação da prova. Desde que o elemento probante não se apresente com cunho de certeza, forçosa a aplicação do Princípio *in dubio pro reo,* impondo-se a absolvição.

Por todo o exposto, e ainda consubstanciado nos doutos suprimentos jurídicos de V. Exa. espera o acusado HOMERO CESAR FERREIRA, seja acolhida a tese defensiva e rejeitada a pretensão Ministerial, com a conseqüente aplicação da a sanção penal pelo delito de roubo.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2005. DARCI BURLANDI CARDOSO Defensora Pública Mat. 812.294-7

3 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 450, citado por Emir Duclerc, in, Prova Penal e Garantismo, p. 165.
. Coleção Temas Jurídicos, Editora Atlas, 2001, p. 125.
5 livraria Clássica Editora Lisboa, 2° ed. 1927, pp. 139 e 142

EXMO. SR. DR. 2° VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - RJ

RÔMULO SOUZA DE ARAUJO, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro em atuação no NÚCLEO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO fluminense, vem, no exercício de suas atribuições institucionais, com amparo no art.5°,XXXV, LIV, LV, LXVIII e LXXIV da Constituição da República e art. 4º, IV, VIII e IX da Lei Complementar *n. 80/94 ele* art.5°,§5° da Lei n° *1.060/50 ele* art.179,§2° da Constituição do Estado do Rio de Janeiro *ele* art.22, XII da Lei Complementar Estadual *nº 6/77* e art.1 ° da Lei Estadual n° *2.511/96* e art.647 et *seq.* do Código de Processo Penal, impetrar ação penal constitutiva de

HABEAS CORPUS *(com pedido de liminar)*

em favor de MANOEL LUIZ DA SILVA, brasileiro, nascido em *30/10/68,* RG nO: 08743159-9 IFP, ora custodiado na Penitenciária Alfredo Tranjan Bangu 11 , contra ato coativo ilegal do D. JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - RJ, pelos fundamentos de fato e de Direito que passa a articuladamente expor.

01. O presente *writ of habeas corpus* é ora veiculado de sorte a espancar constrangimento ilegal imposto ao paciente pela r. decisão proferida pelo D. Juízo da Vara de Execuções Penais, lançada às fls.21 O dos autos da carta de sentença n° *2001/00612-1,* em que restou indeferida a progressão do regime de cumprimento de pena do fechado ao semi-aberto, ao argumento de que, *verbis:*

"Não há decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de progressão, razão pela qual deve prevalecer o entendimento anterior pela constitucionalidade da norma proibitiva. Nada a prover."

02. Certo é que o paciente, de logo se esclareça, fora condenado por infração penal a que se reserva a pecha da hediondez e, portanto, a rigorosa disciplina da Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, inclusive a vedação inserta no seu art.2°, §1°. Este é, pois, o ceme da impetração.

03. Quanto à vedação à progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, pauta-se a r. decisão guerreada na orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal, então firmada no HC 69.957, DJ 18.06.1993com as sábias divergências dos eminentes Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio de Mello -, pela constitucionalidade da medida.

04. No centro da controvérsia, o princípio da individualização da pena, consagrado no art.5°, XLVI da Constituição da República. Entendeu a Excelsa Corte no precedente mencionado - e até pouco tempo atrás pacífico - que o impeço legislativo à progressividade no cumprimento da pena privativa da liberdade não violava o princípio constitucional, na medida em que este teria apenas aplicabilidade restrita, destinando-se apenas ao legislador.

05. Assim, ao legislador ordinário, destinatário do comando emergente do princípio em voga, caberia fixar *in abstracto,* a partir de um juízo discricionário e nos limites de sua competência legislativa, o *quantum* da sanção penal e a sua forma de cumprimento, em função da gravidade objetiva dos ilícitos penais selecionados.

06. Nesta linha de raciocínio, não seria dado à Corte Constitucional investir-se em legislador positivo, tomando para si um juízo de valor, é dizer, um espaço de decisão, que o constituinte originário não lhe havia reservado.

07. Entretanto, tal argumentação, que, naqueles dias já enfrentava profundas críticas, encontra, hoje, seu débâcle pela própria mão do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do HC *nº 82.959-7/SP,* anuncia formidável mutação constitucional para, finalmente, declarar a inconstitucionalidade da vedação contida no art.2°, §1° da Lei n° 8.072/90, mais uma vez volvendo ao princípio da individualização da pena e sob os auspícios do princípio da humanidade e da dignidade da pessoa humana (art.1°, 111 da CRFB).

08. A revisão jurisprudencial não é estranha ao constitucionalismo moderno, mesmo naqueles sistemas jurídicos em que o princípio do *stare decisis* tem maior vigor. Não se menospreza a necessidade de segurança em relação à hermenêutica constitucional; contudo, sobreleva a exigência de adequar a Constituição e as condições reais de seu tempo, como forma, em última análise, de preservar a própria estabilidade constitucional.

09. Nestes passos, oportuna a preleção de J.H. **MEIRELLES** TEIXEIRA, em memorável aula sobre a interpretação constitucional eternizada por seus alunos no seu *Curso de Direito Constitucional,* editora Forense Universitária, *verbis:*

"Deve-se advertir, entretanto, que essa permanência, esse respeito às interpretações firmadas, não envolve imutabilidade da Constituição, isto é, não pode prejudicar sua progressiva adaptação às necessidades de cada época, de acordo com as concepções vigentes, e as condições históricas de cada uma." (p.281).

10. Autorizados estão, portanto, os tribunais a "desdizerem-se", sem que com isso haja qualquer afronta a cânone da coisa julgada material, porquanto, em sede constitucional, a estabilidade sistêmica e constitucional depende aquilatamento da tensão entre as condições sociais e históricas e a provisão normativa estampada no texto constitucional ou legal.

11. Valendo-se dos conceitos de Constituição jurídica e Constituição real, esta dinâmica entre o real e o jurídico é demonstrada por KONRAD HESSE ao enfrentar a questão da eficácia e força normativa da constituição em face de sua interpretação, *litteris:*

"Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido *(sinn)* da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação." (in A força Normativa da Constituição. Sérgio Fabris editor. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Pp. 22/23).

12. Assentada a possibilidade de tal reforma jurisprudencial, a Corte Constitucional está a ajustar seu entendimento e refletir sobre o fracasso da proposta puramente retributivista encampada pela lei de crimes hediondos, como sempre alertou o MINISTRO MARCO AURÉLIO DE MELLO, senão vejamos:

'Tenho o regime de cumprimento de pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do mal pelo mal causado e que sabidamente é contrária aos objetivos do contrato social. a progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social." (voto vencido no HC 76.6179 - j. 23.06.98 - RT 759/535).

13. Deslegitimada a tese retributivista, diverso enfoque deve ser dado ao princípio da individualização da pena, não mais o restringindo-o apenas à atividade legislativa, mas reconhecendo, na esteira de ALBERTO DA SILVA FRANCO, um triplo campo de atuação: constitucional, legal e judicial 1.

1 In Crimes Hediondos - anotações sistemáticas à Lei n° 8.072/90. Ed. RT. 48 ed. p.165

14. A individualização da pena deve ser encarada como um **direito fundamental** do indivíduo em face do aparelho repressivo do Estado. Não se concebe, numa ordem constitucional regida pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art.1°, III da CRFB), que a pena cominada em lei, aplicada ou executada, não passe pelo crivo judicial de sorte a adaptá-la ao fato punido, ao delinqüente ou às circunstâncias específicas de seu cumprimento.

15. Bem notou o **MINISTRO CEZAR PELUZO,** em seu voto no HC 82.959-7/SP:

"Evidente, assim, que o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente comi nada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade da pessoa humana (art.1 °, 111), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art.5°, XLVIII)."

16. Não pode o mandato regulamentador outorgado pelo constituinte originário, representado pela expressão "a lei definirá", uma cláusula aberta de ampla discricionariedade do legislador ordinário que venha a tolhir a própria essência do direito individual fundamental assegurado pela Carta Política.

17. Daí falar-se na proteção do núcleo fundamental do direito fundamental garantido, havendo o legislador infraconstitucional que observar os limites substanciais do direito que pretende regular, de molde a não restringi-lo a ponto de negar-lhe eficácia.

18. E descansa aí a mácula da Lei n° 8.072/90, na medida em que tudo predispõe em relação ao cumprimento da pena, não permitindo que o juiz adequasse, particularizasse, distinguisse a pena de cada delinqüente proporcionalmente ao fato e à sua culpabilidade.

19. Neste compasso, leciona **ALBERTO DA SILVA FRANCO,** *verbís:*

"Destarte, lei ordinária que estabeleça pena fixamente determinada na sua quantidade, ou que impeça a discricionariedade vinculada do juiz na sua aplicação ou que não permita a atividade judicial concretizadora na sua execução é lei inaceitável, do ponto de vista constitucional. entendimento diverso consagraria, numa lei infraconstitucional, posição diametralmente oposta ao direito fundamental reconhecido pelo legislador constituinte." (ob. cit. p. 163).

20. Ademais, a exclusão do sistema progressivo ou sistema da individualização científica2, em que o apenado se prepara gradativamente ao retorno da sua liberdade nada mais significa senão a renúncia à racionalidade no cumprimento da pena, fundado num *mínimo ético3* manifestado em dois vetores: o princípio da atenuação ou da compensação e o princípio da *nihil nocere.*

21. O princípio da atenuação ou da compensação dispõe que à segregação obrigatória do apenado da vida em liberdade devem corresponder compensações que visem a estimulá-lo ao exercício de direitos não atingidos pela condenação penal, minorando, pois, os efeitos deletérios e, de outro lado, promovam a ressocialização.

22. O princípio do *nihil nocere* funda-se na idéia da diminuição dos efeitos da internação forçada de maneira a reduzir o perigo de dessocialização, manifestando-se em medidas que evitam a desidentificação do preso, a submissão a um controle rigoroso até nas decisões mais íntimas e, por fim, o processo de institucionalização do preso, agraciando o bom recluso e não o bom cidadão.

24. Isso em mente, arremata o saudoso Ministro FRANCISCO **DE** ASSIS TOLEDO, *in verbis:*

liA determinação contida no §1 o do art.2° é fruto - só pode ser isso - da mais completa ignorância a respeito do sistema progressivo de execução da pena adotado pela reforma penal de 1984, a respeito do qual salientei, na conferência proferida no encerramento do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária de 1981, o seguinte: 'Em relação á pena de prisão, instituiu-se um subsistema verdadeiramente progressivo, sem possibilidade de perpetuação da segregação social, para cumprir-se o mandamento constitucional do art.153,§11 da Carta Magna. E deu-se a essa discutida pena o caráter de 'pena programática', ou seja, de algo que se modifica dentro de certos limites e cartas garantias, no curso da execução, por atuação da Administração da Justiça e do próprio condenando, segundo o seu mérito ou demérito. Com isso, abre-se uma concreta esperança, para todo condenando, no sentido de poder conquistar, por seu próprio esforço, a liberdade, bem inalienável de todo ser humano. Essa esperança na liberdade que, para o

2 Bitencourt. Cezar Roberto. In Falência da pena de prisão. Causas e alternativas. Ed. Saraiva. 38 ed. p.95.
3 Franco. Alberto Silva. Ob.cit. p.168

preso, deve significar uma conquista, é o único ingrediente, de que se pode valer o aparelhamento penitenciário para impregnar a execução da pena de algum utilitarismo, de sorte a não transformá-la em mero castigo, dentro de um retributivismo kantiano, formal e desalmado. (...) É lamentável que um legislador desatento e mal-assessorado tenha retirado da Administração da Justiça esse preciso instrumento de manutenção da disciplina no interior dos estabelecimentos penais. Sim, porque, sem o benefício do sistema progressivo, o condenado sé terá um caminho para antecipar a liberdade: a rebelião ou a fuga.' (Crimes hediondos. Fascículos de Ciências criminais. V.5)" (apud Crimes Hediondos. Alberto Silva Franco. Ed. RT. 48 ed. 2000. pp.199-200).

25. Frustra também a vedação do sistema da individualização científica da pena ao princípio da proporcionalidade, cuja constitucionalidade imanente, conduz à declaração de inconstitucionalidade da norma sob ataque.

26. O princípio da proporcionalidade, relacionado que é ao postulado da razoabilidade, exige o atendimento de requisitos intrínsecos: a) a adequação ou idoneidade (ou seja, se a lei ou ato estatal é apto a realizar o fim por ele visado); b) da necessidade, da intervenção mínima ou da alternativa menos gravosa ou da subsidiariedade (não basta que seja o meio idôneo para atingir o fim, deve provocar a menor restrição possível aos direitos envolvidos); e c) o da proporcionalidade em sentido estrito, é dizer, o da ponderação de interesses4, de valores em conflito, determinando o que deverá prevalecer sem impor restrições desmedidas aos direitos fundamentais, se comparadas com os objetivos a serem alcançados.

27. Dessarte, a não-progressividade penal, afora a exigência ponderação razoável, a qual já foi demonstrado ser injustificada, não mais se afigura necessária, porquanto não ser a menos gravosa para atingir o fim colimado.

28. A desnecessidade é demonstrada pelo próprio art.1°. *§7*° da Lei n° 9.455/97, que dispõe sobre os crimes de tortura, também previsto pelo art.5°, XLIII da Constituição da República.

29. Ao prever aos crimes de tortura o regime inicialmente fechado, acolhendo o sistema progressivo de cumprimento da pena para crimes cuja repulsa social é igualou maior que aos crimes hediondos e que geminam constitucionalmente, indicou o legislador infraconstitucional não ser mais a

4 cf. Fernandes, Antônio Scarance. *In Processo Penal constitucional.* ed. RT. 38 ed. *pp.54/55.*

norma proibitiva necessária, isto é, não mais é a alternativa menos gravosa para atingir seu fim, qual seja, o combate a criminalidade.

30. Ademais, tem-se que, *de lege ferenda,* o Projeto de Lei nº 724-A de 1995, encaminhado pelo próprio Governo Federal, quando da gestão do então Ministro da Justiça Nelson Jobim, propunha nova disciplina para' os delitos denominados de maior gravidade, em que se afastava o regime integralmente fechado. Sua Exposição de Motivos deixava clara que:

"O Projeto, em resumo, estabelece como nítida orientação de Política Criminal, tratamento penal mais severo para os crimes nele referidos mas permite, por outro lado, que esse sistema progressivo do cumprimento de pena, instituído pela reforma de 1984, sem o qual torna-se impossível pensar-se em um razoável 'sistema penitenciário'. Se retiramos do condenado a esperança de antecipar a liberdade pelo seu próprio trabalho produtivo durante a execução da pena, estaremos seguramente acenando-lhe. Como única saída, a revolta, as rebeliões, a fuga, a corrupção." (Jobim, Nelson. Mensagem nº 783. Diário da Câmara dos deputados, 19.01.96, p.1898)

31. Como se vê o projeto, aprovado pela Câmara de Deputados, demonstra a ausência de necessidade do modelo da Lei n° 8.072/90, prevendo o cumprimento apenas de metade da pena, para estes crimes, em regime fechado.

32. Existe outra solução menos danosa ao direito fundamental à individualização da pena e à dignidade da pessoa humana, bem como ao princípio da humanização da pena, tornando-se a vedação da Lei n° 8.072/ 90 desnecessária e, por conseguinte, desproporcional.

33. Arremate-se que a Lei n° 8.072/90 contém uma incongruência grave, na medida em que ao mesmo tempo que veda a progressividade admite, na redação que dá ao art.83, V do Código Penal, livramento condicional após dois terços da pena cumpridos, devolvendo à vida social o apenado sem qualquer preparação, asseverando a inidoneidade da medida para os fins a que se dispõe. Enfim, ao arrepio total de um juízo de proporcionalidade.

DO PREQUESTIONAMENTO

34. Ao eventual propósito dos recurso de natureza extraordinária, requer, desde já, sejam atacadas as questões ventiladas no bojo do arrazoado e que são pertinentes à seara constitucional - *ut* art.1 °, 111 e art.5°, 'XXXV, XLIII, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L e LIV, LV, LVI e LVIII da Constituição da República - especialmente no que tange aos princípios da INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DA HUMANIZAÇÃO DA PENA. DA DIG

NIDADE DA PESSOA HUMANA, da inafastabilidade da tutela jurisdicional dos direitos individuais, da liberdade como regra, e do devido processo legal, bem como de seus corolários, ou seja, a garantia ao contraditório e da ampla defesa com todos os meios a ela inerentes.

35. Aventaram-se também questão no campo infraconstitucional (legislação federal), atinentes aos art.648, 11 todos do Código de Processo Penal; ao art.7° do Pacto de Direitos Civis e Políticos ratificado pelo Brasil em 24.01.92 e art.7°, nº 01 e 02 do Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Decreto nº 608/92),em especial no que atine ao direito de não ser privado de sua liberdade por normas contrárias à Constituição e ao ordenamento jurídico do Estado-parte destes tratados já ratificados.

DA MEDIDA LIMINAR

36. Diante do exposto, amparado no art.660,§2° do Código de Processo Penal, afiguram-se presentes os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora do provimento jurisdicional demandado, elementos necessários para a concessão de medida liminar *initio litis,* de maneira a determinar que o apenado cumpra sua pena em regime semi-aberto. eis já satisfeitos os requisitos objetivo e subjetivo da medida, expedindo-se carta de progressão de regime (fechado/semi-aberto), eis que padece o Paciente com constrangimento ilegal causado pela recusa do juízo coator em conceder-lhe a medida.

37. Vale lembrar que a concessão, *in limine,* não significa o imediato retorno do apenado à sociedade, mas sim a melhora significativa de regime e estabelecimento prisional.

DO PEDIDO

38. Isto posto, requer seja a VExas:

a) concedido liminarmente o *mandamus* de forma a autorizar a progressão para o regime semi-aberto, expedindo-se de imediato carta de progressão de regime em favor do Paciente;

b) seja deferida a ordem de *habeas corpus*, *determinando a progressão de regime do paciente para o semi-aberto;*

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2005 RÓMULO SOUZA DE ARAUJO Defensor Público *Matr.860.739-2*

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por intermédio de seu NÚCLEO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em especial por seus membros ao final subscritos, vem, com amparo no art.1°, 111 e art.5°, LV e LXXIV e art.134 da Constituição da República e art.2°, *caput* e Parágrafo único e art.185; arts.194 e 195 todos da Lei n° 7.210/84, aforar o presente

PROCEDIMENTO JUDICIAL ESPECIAL *com pedido de medida cautelar*

nos termos em que se seguem:

I. DOS FATOS

01. Os fatos que embasam a presente demanda, de larga notoriedade, ligam-se às condições inumanas a que a administração penitenciária estadual vem submetendo os presos, provisórios e condenados, na carceragem do estabelecimento prisional identificado como DC POLINTER - CENTRO.

02. Nas instalações da referida unidade prisional, administração penitenciária reserva tratamento cruel e indigno aos indivíduos lá mantidos, violando sistematicamente direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados não só pela Lei de Execuções Penais, mas também em tratados internacionais ratificados pelo Brasil e na própria Constituição da República.

03. Em primeiro lugar, é flagrante a superlotação das celas, insuficientes para acomodar um efetivo superior a mil e seiscentos presos, entre provisórios ou condenados, que são forçados a dormir amarrados a cordas nas grades que servem de paredes e teto da unidade celular.

04. A superlotação, cuja vedação é expressa no art.85 da Lei n° 7.210/ 84, conduz à violação de outros direitos assegurados aos presos, como o direito a um espaço mínimo de seis metros quadrados, à salubridade do ambiente carcerário não só com limpeza, mas também com fatores adequados de aeração, insolação e condicionamento térmico, inexistentes na carceragem da DC POLINTER CENTRO.

05. Pois o que se constata é um ambiente prisional imundo, prolífico em doenças infecto-contagiosas (como sarna etc.), sufocante que varia de um calor infernal e um frio úmido com cheiro insuportável.

06. Impensável também a possibilidade de insolação adequada numa masmorra em que se amontoam seres humanos em condições piores às reservas aos animais num zoológico.

07. Tais condições, já bem conhecidas da opinião pública, parece não constrangem as autoridades penitenciárias estaduais que se recusam a abandonar a prática sistemática de violação aos direitos humanos básicos dos indivíduos enclausurados nas masmorras da Gamboa.

08. Tome-se, a título meramente exemplificativo, algumas das matérias jornalísticas que buscam. De forma incansável, denunciar as atrocidades da administração penitenciária fluminense:

"POLINTER TEM 240 PRESOS QUE NÃO DEVERIAM ESTAR LÁ

Segundo direção do órgão, detentos já condenados teriam que estar cumprindo pena em penitenciárias Cerca de 240 dos 1.326 presos que ontem estavam em condições precárias na carceragem da Polinter da Gamboa deveriam, segundo a direção, estar cumprindo suas penas em penitenciárias por já estarem condenados pela Justiça."

Jornal O GLOBO 14/09/2005

"FAMíLIA DE PRESO VAI PROCESSAR ESTADO

Parentes acusam Polinter de não comunicar a morte de detento Até hoje a família de Josias Fernandes da Silva aguarda a visita de algum representante do governo do estado para prestar assistência e comunicar sua morte, aos 48 anos, ocorrida na carceragem da Polinter no dia 9 de abril."

Jornal O GLOBO 14/09/05

"ASSIM NOS PRESiDiaS COMO NA POLINTER.

Detentos também precisam assinar declaração de integridade física ao chegar a penitenciárias Assim como acontecia na carceragem da Polinter, da Polícia Civil, os presos que chegam ao sistema penitenciário são forçados a assinar uma declaração, com o brasão do Estado do Rio, responsabilizando-se por sua integridade física na prisão."

Jornal O GLOBO 13/09/2005

'"OS PRESOS VOLTAM MAIS AGRESSIVOS PARA A RUA' Jornal O GLOBO 11/09/2005

Inspetora Marina Maggessi defende a criação de uma lei orgânica que garanta autonomia para a Polícia Civil Na última segunda

feira, a equipe da Polinter foi afastada em razão da revelação, feita pelo GLOBO, de que os presos eram obrigados a assinar uma declaração (cujo texto constava de um carimbo), assumindo a responsabilidade por sua integridade física."

"POLINTER: MP PEDE MULTA PARA ITAGIBA **Jornal O GLOBO 09/09/2005**

.u punição também para estado caso superlotação na cadeia não acabe O Ministério Público estadual impetrou ontem no Tribunal de Justiça (T J) uma ação civil pública pedindo que a carceragem da Polinter seja esvaziada, até ficar com apenas 250 presos (hoje são 1.685). A ação pede ainda que, no caso de a medida não ser cumprida, o estado seja multado em cerca de R$110 mil e a pessoa física ..."

"CARCERAGEM LOTADA **Jornal O** GLOBO 06/09/2005

A Polinter agora na mira do MP Suprocurador pede que estado cumpra sentença e acabe com superlotação A superlotação na carceragem da Polinter e o fato de os presos serem obrigados a assinar uma declaração assumindo total responsabilidade por sua integridade física atingiram ontem o governo do estado. (...)"

09. Como se vê até mesmo o Ministério Público já envidou esforços na tentativa de solucionar o problema da superlotação e condições inumanas da DC POLINTER-CENTRO. Contudo, seus esforços restaram frustrados. A cominação de astreinte aos agentes administrativos pode criar um fato de cunho eminentemente político, mas não representa qualquer alteração do *status quo,* sobretudo quando se tem em mente o reiterado desrespeito do Poder Executivo estadual por ordens judiciais.

10. O Judiciário não pode esquivar-se de sua obrigação constitucional de tutelar os direitos fundamentais, ainda mais quando em sede de execução penal. Eventual excesso ou desvio de execução deve ser reparado pelo Estado-juiz, que jamais pode omitir-se ou aquiescer com a violação sistemática de direitos humanos fundamentais.

11. Confiando nisso, vem a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro cumprir seu papel constitucional de garantir o acesso à justiça de todo e qualquer indivíduo em situação de perigo, postulando, em prol dos presos, provisórios ou definitivos, a imediata interdição da carceragem da DC POLINTER CENTRO, localizada na Gamboa, e a conseguinte transferência de todos os preso lá custodiados.

12. *Prima facie*, o presente procedimento visa a apurar e coibir excesso ou desvio na execução que sistematicamente vem sendo perpetrado nas masmorras da DC POLlNTER CENTRO, ao arrepio de garantias constitucionais e legais dos presos lá mantidos.

13. Nesta medida, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por seu Núcleo do Sistema Penitenciário e cujos membros ora subscrevem este petitório, logra legitimidade à propositura, na forma do art.186, IV e art.195 da lei n° 7.210/84 (lei de Execuções Penais).

14. Órgão ativo e indispensável na execução penal como dispõe o art.179. §2°. 111 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, à DEFENSORIA PÚBLICA não pode ser negado a pertinência subjetiva de garantir a dignidade da pessoa humana e todos os direitos a ele inerentes promovendo-lhe o acesso à justiça e a efetiva proteção desses direitos.

15. Tanto é assim que dispõe a lei Complementar nº 80/94:

"Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...) .....

VIII. atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias. o exercício dos direitos e garantias individuais."

16. Desta forma. legitima-se a Defensoria Pública para ajuizar a presente demanda.

17. O excesso ou desvio da execução, diante dos fatos supra narrados, é patente. restando violadas garantias legais e constitucionais.

18. Há excesso ou desvio, ensina Mirabete, quando houver, *verbis:*

"a prática de qualquer ato fora dos limites fixados pela sentença, por normas legais ou regulamentares. Extravasados esses limites, atinge-se o status jurídico do sentenciado, com violação de seus direitos, ou se compromete a normalidade de execução, que é um imperativo de defesa social. Prevê-se, então, na lei de Execução Penal. o controle jurisdicional a fim de evitar-se o arbítrio da administração pela hipertorfia e abuso de poder que levam à desproporcionalidade entre o crime e sua punição." (in Execução penal. 5 ed. Atlas. 1995, p.444)

19. Cabe ao Estado-juiz, portanto, tutelar os direitos daqueles indivíduos submetidos ao aparelho penitenciário do Estado-administração. É inegá-

vel que, mesmo na condição de preso, o indivíduo não é despojado dos direitos e garantias inerentes à sua condição humana e que legal e constitucionalmente tutelados, restando sempre presente o imperativo da dignidade da pessoa humana (art.1 °, 111 da Constituição da República).

20. Nesta linha de racicínio, é de se reconhcer que as condições da carceragem da DC POLINTER afrontam ao princípio da humanidade, pelo qual, nas palavras de NILO BATISTA, se postula da *"pena uma racionalidade* e *uma proporcionalidade que anteriormente não* se *viam"* (in Introdução crítica do direito penal brasileiro. ed. Revan. P. 99).

21. O princípio da humanidade conta com status constitucional, estando previsto no art.5°, incisos 111, XLVI e XLVII do Texto Magno, na medida em que veda a tortura e qualquer tratamento desumano ou degradante: em que determina a individualização da pena e veda em qualquer circunstâncias penas cruéis.

22. A pena, muito menos a prisão cautelar, não visa a fazer sofrer o preso, nem o despe das garantias e liberdades que o constitucionalismo moderno lhe assegura, sobretudo sua integridade física e moral (art.5°, XLIX da Constituição da República).

23. Na esteira dos dispositivos constitucionais, a Lei de Execuções Penais (Lei n° 7.210/84) assegura, em seu art.41 uma série de direitos que visam a preservar a dignidade humana do preso, estendendo tal disciplina ao preso provisório por seu art.42.

24. Não bastasse isso, determina de forma bastante clara as exigências mínimas para o alojamento do apenado ou preso cautelar, a saber:

"Art.88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6.0 m2 (seis metros quadrados)."

25. Pois bem: as instalações da Polinter não atendem aos pressupostos constitucionais e legais, afrontando a dignidade dos seres humanos que são enjaulados, em condições deploração, que nem mesmo a animais são reservadas e mesmo proibidas pela lei de crimes ambientais (Lei n° 9.605/98).

26. Em resumo, a carceragem da Polinter -Centro não mais tem condições de alojar qualquer preso, sendo medida imperativa sua imediata interdição, impedindo que novos detentos sejam para lá levados e transferindo

se todos os lá encarcerados para outras unidades prisionais que disponham de condições exigidas pela lei e pela Constituição da República.

27. Tais providências encontram-se no âmbito de competência deste D. Juízo, que conta inclusive com a prerrogativa de inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais e tomar quaisquer providências cabíveis à correção de eventuais desvios ou excesso na execução e manutenção dos presos provisórios, inclusive, a interdição, senão vejamos:

"Art.66

VIII- interditar, no todo ou em parte, os estabelecimentos que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta lei;"

28. A interdição decorre de imperativo legal, não se podendo compadecer com as indignas condições da carceragem da DC POLINTER CENTRO.

111. DO PEDIDO

29. Isto posto, requer-se:

a) a concessão de medida cautelar, *initio litis* e *inaudita altera partem,* de sorte a proibir o ingresso de novos detentos, sejam presos provisórios sejam condenados, na carceragem da DC POLINTER CENTRO pelo tempo necessários aos atendimentos dos regramentos constitucionais e da lei de execuções penais;

b) a com i nação de multa de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por cada novo ingresso na carceragem da DC POLINTER CENTRO, a partir da intimação da autoridade da administração policial e penitenciária;

c) a concessão de medida cautelar, *initio litis* e *inaudita altera partem,* de molde a transferir todos os detentos, sejam presos provisórios sejam condenados, para outros estabelecimentos carcerários que disponham de condições compatíveis com a existência humana;

d) a cominação de multa de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por dia de atraso na transferência da DC POLINTER CENTRO, a partir da intimação da autoridade da administração policial e penitenciária;

e) a interdição, na forma do art.66, VIII da Lei n° *7.210/84* da carceragem da DC POLINTER CENTRO;

f) a intimação da administração penitenciária, representada pelos Secretários de Estado da Administração Penitenciária e de Segurança Pública;

g) a intimação do Ministério Público com atribuição junto à Vara de Execuções Penais.

Derradeiramente, requer a produção de prova documental, pericial, testemunhal e, se Vexa. Houver por bem, a inspeção judicial, a teor do art.66, VII da LEP.

Nestes termos Espera deferimento

Rio de Janeiro, 28 de setembro de 2005.

JOÃO GABRIEL HAMANN MOACYR GOMES DEFENSOR PÚBLICO - MAT.877.374-9

RODRIGO DUQUE ESTRADA ROIG SOARES DEFENSOR PÚBLICO- MAT.860.754-1

RODRIGO GOMES MURTINHO DEFENSOR PÚBLICO - MAT.877.370-7

RÔMULO SOUZA DE ARAUJO DEFENSOR PÚBLICO - MAT.860. 739-2