

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO
RIO DE JANEIRO

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

CONSELHO EDITORIAL

MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIA MELLO – M

SUPLENTE
GILZ FELIPE SALOMÃO – Ministro do Superior Tr

Justiça
CARLOS FERREIRAS MATHIAS DE SOUZA –
aposentado do Superior Tribunal de Justiça

ADILSON VIEIRA DE ABU – Desembargador do T
Justiça do Estado do Rio de Janeiro

ADRIANO DE MOURA NETUNO – Defenso
do Estado do Rio de Janeiro

CLAUDIA MARIA DA SILVA GUERRA – Defensora
Estado do Rio de Janeiro

DENIS ANDRADE SAMPAIO JUNIOR – Defensor
Estado do Rio de Janeiro

FELIPPE BORRING ROCHA – Defensor Público do Est
de Janeiro

FERNANDA GARCIA NUNES – Defensora Pública do
Rio de Janeiro

JOSE AURELIO DE ARAUJO – Defensor Público do Es
de Janeiro

JOSE DANILO TAVARES LOBATO – Defensor Públic
do Rio de Janeiro

JOSE FONTENELLE TEIXEIRA DA SILVA – Defensor Pú

REVISTA DE DIREITO DA DEFENSORIA PÚBLICA

25

Rev. Dir. Def Pub.	Rio de Janeiro	Ano 24	Nº 25	P. 01 a 531	Ano 2012
--------------------	----------------	--------	-------	-------------	----------

EDIÇÃO

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

CONSELHO EDITORIAL

MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIA MELLO – Ministro do
Supremo Tribunal Federal

LUIZ FELIPE SALOMÃO – Ministro do Superior Tribunal de
Justiça

CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA – Ministro
aposentado do Superior Tribunal de Justiça

ADILSON VIEIRA MACABU – Desembargador do Tribunal de
Justiça do Estado do Rio de Janeiro

ANDREIA GONÇALVES MENDES CUNHA – Defensora Pública
do Estado do Rio de Janeiro

CLAUDIA DE ALMEIDA NOGUEIRA – Defensora Pública do
Estado do Rio de Janeiro

DENIS ANDRADE SAMPAIO JUNIOR – Defensor Público do
Estado do Rio de Janeiro

FELIPPE BORRING ROCHA – Defensor Público do Estado do Rio
de Janeiro

FERNANDA GARCIA NUNES – Defensora Pública do Estado do
Rio de Janeiro

JOSE AURELIO DE ARAÚJO – Defensor Público do Estado do Rio
de Janeiro

JOSE DANILO TAVARES LOBATO – Defensor Público do Estado
do Rio de Janeiro

JOSE FONTENELLE TEIXEIRA DA SILVA – Defensor Público do
Estado do Rio de Janeiro

LEONARDO ROSA MELO DA CUNHA – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

MARCOS PAULO DUTRA SANTOS – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

PAULO CESAR RIBEIRO GALLIEZ – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

RÔMULO SOUZA DE ARAUJO – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

COLABORAÇÃO EQUIPE CEJUR

Maria Júlia Gomes de Oliveira
Raissa de Araújo Teixeira
Sandra Maria Cunha de Faria Castro
Thales José Maciel Bento

Impresso no Brasil

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro
Avenida Marechal Câmara, nº. 314 – Centro – Rio de Janeiro – RJ
CEP 20020-080

Revista de Direito da Defensoria Pública /
Defensoria Pública Geral do Estado do
Rio de Janeiro. – nº 25 (Julho de 2012) – Rio de Janeiro:
DPGE, 2012.
531 p.

Irregular

ISSN 1981-1950

1) Direito – Periódicos. I. Rio de Janeiro
(Estado). Defensoria Pública

CDD. 340.5

GOVERNADOR DO ESTADO

Sérgio Cabral

DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO

Nilson Bruno Filho

1ª SUBDEFENSORA PÚBLICA GERAL DO ESTADO

Celina Maria Braganca Cavalcanti

2ª SUBDEFENSORA PÚBLICA GERAL DO ESTADO

Maria Luiza de Luna Borges Saraiva

CHEFE DE GABINETE DA DEFENSORIA PÚBLICA

Fábio Brasil de Oliveira

ASSESSOR DO GABINETE DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL

José Fontenelle Teixeira da Silva

CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Elison Teixeira de Souza

SUBCORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Carlos Pereira Neto

OUVIDOR GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

José Hugo Pinto Ferreira

ASSESSORES DA OUVIDORIA GERAL

Clarice Faria Corrêa Amaresco

Mariza Celente Pires Cassus

Odin Bonifácio Machado

DIRETORA-GERAL DE ADMINISTRAÇÃO

Rafaela Ribeiro Ivo Tavares

SUBSECRETÁRIO-ADJUNTO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO

José Netto

DIRETOR-GERAL DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Rodrigo Duque Estrada Roig Soares

ASSESSORES CÍVEIS DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL

Letícia de Camargo Millen Portugal Compasso

Diego Brilhante de Albuquerque Miranda

Karen Cristina Santiago Miceli Duarte

Cecília Kerr Gioia Souto Maior

Ivana Taveira Fulchi

**ASSESSORES DE ASSUNTOS INSTITUCIONAIS E AÇÕES
RESCISÓRIAS**

Paulo Cesar Ribeiro Galliez
Jorge da Silva Neto

ASSESSOR CRIMINAL DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL

Antonio José Sampaio Santos

COORDENADORA DE MOVIMENTAÇÃO

Geórgia Vieira Pintos Cabeços

ASSESSORES DA COORDENAÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO

Bianca de Abreu Simões
Luciane Pinheiral Elias
Andrea Issa Avila Vieiralves Martins
Renata Pinheiro Firpo Henningsen
Ana Beatriz Guimarães Marques

COORDENADORA-GERAL DO ESTÁGIO FORENSE

Daniele Duarte Sambugaro

DIRETORA-GERAL DE INFORMÁTICA

Darci Burlandi Cardoso

DIRETORA-GERAL DE ENGENHARIA

Delmalice Rocha e Silva

DIRETORA DE RECURSOS HUMANOS

Bruna Jacob

ASSESSORA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Beatriz Barbosa da Fonseca

**PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DA
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Ana Lúcia Braga Bagueira Leal

**DIRETORA CULTURAL DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO
RIO DE JANEIRO**

Lúcia Helena Silva Barros de Oliveira

**DIRETORA ADMINISTRATIVA DA FUNDAÇÃO ESCOLA
SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO
RIO DE JANEIRO**

Marlene Correa Padilha

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

TRABALHOS DOUTRINÁRIOS

A Concepção do Defensor Público segundo a Sociologia

PAULO CESAR RIBEIRO GALLIEZ..... 17

Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre pólos da demanda

ANTONIO DO PASSO CABRAL 25

El Derecho Penal del Enemigo y la inexcusable vigencia del Principio de la Dignidad de la Persona Humana

RAÚL CERVINI 78

A mediação e a necessidade de sua sistematização no Processo Civil Brasileiro

HUMBERTO DALLA BERNARDINO DE PINHO 101

A Defensoria Pública e os Sistemas Internacionais de Direitos Humanos

RENATA TAVARES DA COSTA BESSA 132

Meio ambiente do trabalho e o acesso à justiça

ELIDA SÉGUIN, EVANNA SOARES 141

O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição?

JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA 175

A condenação com reserva de exceções como técnica de sumarização da tutela cognitiva

JOSÉ AURÉLIO DE ARAÚJO 245

Reconstrução democrática e o papel do sistema penal. Análise do processo histórico-jurídico Brasileiro - I

FAUZI HASSAN CHOUKR 281

Uma concepção nova de acesso à justiça HERBERT DE SOUZA COHN	304
Uma análise do direito de gerar enquanto direito humano à saúde sexual e reprodutiva PATRICIA FONSECA CARLOS MAGNO DE OLIVEIRA	318
O Defensor Público como mediador. Uma nova forma de efetivação do acesso à justiça MARINA MAGALHÃES LOPES	355
O <i>amicus curiae</i> , o princípio <i>iura novit curia</i> e a Curadoria Especial no Juízo da Infância e Juventude CARLOS ALBERTO AMARAL DOURADO, LUCIA HELENA SILVA BARROS DE OLIVEIRA, MARIA DE FÁTIMA ABREU MARQUES DOURADO	385
Novo rumo para a decisão de pronúncia NILSOMARO DE SOUZA RODRIGUES	429
A exceção de contrato não cumprido conforme a nova ordem civil constitucional GUSTAVO DE FREITAS PACHECO	436
Questões fundamentais da transformação do conceito de adimplemento e inadimplemento das obrigações – aplicabilidade DANIELLA DE OLIVEIRA ANDRADE	461
PEÇAS PROCESSUAIS	
Agravo de instrumento em ação objetivando fornecimento de veículo a menor portador de deficiência, com vistas a viabilizar tratamento de saúde LÍVIA GAGLIANO PINTO ALBERTO MORTERÁ	481
Petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos DANIELA MARTINS CONSIDERA, LEONARDO ROSA MELO DA CUNHA, DENIS SAMPAIO	496

Sobre a confecção do exame criminológico como condição de liberdade antecipada

RENATA TAVARES DA COSTA BESSA 525

Democrático do Direito, talhado na Constituição da República de 1988.

A Defensoria Pública mais antiga do Brasil, que conta com cerca de 800 Defensores Públicos, dez núcleos especializados que tratam de temas como criança e adolescente, consumidor, defesa de terras, habitação e loteamentos, idoso, sistema penitenciário, direitos homoafetivos, portadores de necessidades especiais, direitos da mulher, interesses frente ao poder público e direitos humanos, presente em todas as comarcas do estado, sendo o maior escritório de advocacia poliespecializado do mundo, atua em todos os graus de jurisdição, vale dizer, desde a primeira instância até os Tribunais Superiores em Brasília.

A justiça brasileira alcança o expressivo número aproximado de 84 milhões de processos. Atenta ao cenário nacional, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro concentra atenção na solução extrajudicial dos conflitos, investindo cada vez mais na capacitação dos Defensores e servidores de modo a que todos estejam prontos para entregar à população do estado a solução pretendida no menor espaço de tempo.

Fazemos mais: numa ação pioneira, com o apoio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública do Estado inaugurou o atendimento 24 horas pelo telefone "129", em todo o estado, humanizando e democratizando o acesso à justiça.

Assim sendo, esperando contribuir com os operadores do direito, desejamos a todos uma excelente leitura.

NILSON BRUNO FILHO

Defensor Público Geral do Estado

APRESENTAÇÃO

Apresentamos a Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em seu número 25, com a nova formação do Conselho Editorial, cujo desafio é tornar cada vez mais esclarecedora a missão constitucional dos Defensores Públicos e o papel da Defesa no Estado Democrático de Direito, talhado na Constituição da República de 1988.

A Defensoria Pública mais antiga do Brasil, que conta com cerca de 800 Defensores Públicos, dez núcleos especializados que tratam de temas como criança e adolescente, consumidor, defesa de terras, habitação e loteamentos, idoso, sistema penitenciário, direitos homoafetivos, portadores de necessidades especiais, direitos da mulher, interesses frente ao poder público e direitos humanos, presente em todas as comarcas do estado, sendo o maior escritório de advocacia poliespecializado do mundo, atua em todos os graus de jurisdição, vale dizer, desde a primeira instância até os Tribunais Superiores em Brasília.

A justiça brasileira alcança o expressivo número aproximado de 84 milhões de processos. Atenta ao cenário nacional, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro concentra atenção na solução extrajudicial dos conflitos, investindo cada vez mais na capacitação dos Defensores e servidores de modo a que todos estejam prontos para entregar à população do estado a solução pretendida no menor espaço de tempo.

Fazemos mais: numa ação pioneira, com o apoio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública do Estado inaugurou o atendimento 24 horas pelo telefone “129”, em todo o estado, humanizando e democratizando o acesso à justiça.

Assim sendo, esperando contribuir com os operadores do direito, desejamos a todos uma excelente leitura.

NILSON BRUNO FILHO

Defensor Público Geral do Estado

A CONCEPÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO SEGUNDO A SOCIOLOGIA¹

Paulo Cesar Ribeiro Galliez²

Resumo: Estudo crítico da concepção do Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro segundo o sociólogo Luiz Eduardo Pereira da Motta.

Abstract: A critical study about Luiz Eduardo Pereira da Motta essay “The Public Defender according to the sociology”.

Palavras-chave: Defensor Público. Sociologia. Crítica.

Em recente artigo divulgado pela Internet, denominado “O Estado e a Sociedade na Concepção de Mundo do Defensor Público do Rio de Janeiro”,³ Luiz Eduardo Pereira da Motta, doutor em sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), apresenta uma análise crítica sobre a representação do Defensor Público perante a sociedade e o Estado. Para tanto, utiliza depoimentos e artigos publicados por defensores públicos.

Sendo rara a abordagem sociológica sobre a postura profissional do Defensor Público, o artigo possibilita a reflexão e a autocrítica, posto que direito e sociologia são ciências humanas próximas, ambas sujeitas a movimentos contínuos de mudanças.

Na introdução do artigo, da Motta procura estabelecer um paralelo entre o imaginário e o mundo real, afirmando que

Os Defensores Públicos atuam num mundo imaginário distinto do mundo real, a partir das categorias enunciadas em seus discursos nas quais se reconhecem e, ao mesmo tempo, desconhecem os mecanismos de poder simbólico (ou ideologia) que atuam no mundo concreto-real.

1 Publicado originalmente com o título “A Concepção do Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro segundo a Sociologia” na obra “Princípios Institucionais da Defensoria Pública”, Ed. Lumen Juris, 2010, 4ª edição.

2 Defensor Público de Classe Especial, autor de “A Defensoria Pública, o Estado e a Cidadania”; e “Princípios Institucionais da Defensoria Pública”, ambos editados pela Lumen Juris Editora

3 Disponível no sítio: <<http://www.achegas.net>> nº 41, jan./jul. 2009.

Como referências ao trabalho realizado por da Motta, o autor admite que suas considerações partiram de análises de Louis Althusser e Pierre Bourdieu, no sentido de que “a sociologia da percepção do mundo social, ou da construção das visões de mundo, analisa as visões que contribuem para a construção desse mundo”.

Assim, da Motta revela sua perplexidade ao frisar que “e num espaço social – como a Defensoria Pública do RJ – há pontos de vista diferentes, e mesmo antagônicos, já que as visões de mundo dependem do ponto a partir do qual são tomados por seus agentes situados nesse espaço”.

Ainda com o apoio de Pierre Bourdieu, o ilustre articulista acrescenta: “Isso significa que o universo institucional da DPRJ abriga um conjunto de distintos (e, por vezes, conflitivos) discursos entre os seus membros, apesar de estarem imersos a uma doxa⁴ dos sistemas jurídicos, i.e., as regras e princípios que constituem as instituições do Direito.”

Para se rebater essa crítica é preciso distinguir a Instituição Defensoria Pública e os Defensores Públicos. A Instituição é um arcabouço do Estado, já que a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, prevê a garantia da assistência jurídica integral aos hipossuficientes, destacando ainda, pela primeira vez, a existência da Defensoria Pública como essencial à administração da Justiça.

Estando prevista em norma constitucional, é evidente que a Defensoria Pública pertence ao tipo de ordem social tradicional estável (Bourdieu), sobretudo que a Constituição Federal de 1988 é fortemente influenciada pelos princípios básicos da Constituição Francesa de 1791, promulgada pela burguesia após a eclosão da Revolução de 1789.

Assim, a Constituição Cidadã Brasileira, apesar de avanços sociais, é uma Constituição liberal-burguesa, onde a ideologia da economia capitalista tem forte presença. O fato de o Estado ter adotado princípios políticos liberais burgueses, não obriga os Defensores Públicos a seguir a mesma linha ideológica, daí a possibilidade do antagonismo interno. O Defensor Público não é somente o operador mecânico do direito aprisionado ao doxa.

4 Nota do sociólogo: “O que Bourdieu denomina de doxa pertence ao tipo de ordem social tradicional estável em que o poder é plenamente naturalizado e inquestionável, de modo que jamais possa ser imaginado um arranjo social diferente do existente (Eagleton, 1996).”

Embora aparentem postura conservadora quando se utilizam das normas jurídicas positivadas pelo Poder, há profissionais com visão crítica da realidade que se movimentam como agentes de transformação social, preparando a conscientização dos excluídos.

A reflexão de Althusser nesse sentido é precisa:

Em todo esse esquema verificamos portanto que a representação ideológica da ideologia é obrigada a reconhecer que todo o “sujeito”, dotado de uma “consciência” e crendo nas “idéias” que a sua “consciência” lhes inspira e que aceita livremente, deve “agir segundo as suas idéias”, deve portanto inscrever nos atos da sua prática material as suas próprias idéias de sujeito livre. Se não o faz, “as coisas não estão bem”.⁵

Desse modo, na leitura althusseriana, o Defensor Público, como sujeito dotado de uma consciência, que acredita nos seus ideais, ao conscientizar os excluídos sobre a sua realidade, certamente está praticando atos materiais capazes de transformar as questões sociais relevantes. Sua omissão contribuiria para a acomodação e o conservadorismo.

De se notar ainda que o Defensor Público, dotado da prerrogativa da independência funcional, age em liberdade, inteiramente desvinculado de eventual mecanismo repressor do Estado. Não há comando manipulatório que cerceie ou venha a cercear seus movimentos.

Como demonstrado, não é possível aos Defensores Públicos atuarem “num mundo imaginário distinto do real”, como propõe o sociólogo Luiz Eduardo Pereira da Motta, pois desse modo a prática profissional seria inócua e destituída de conteúdo lógico formal.

Quando intercedem como agentes de transformação social, há pleno conhecimento dos mecanismos do poder ideológico que atuam no mundo concreto-real. Os Defensores Públicos sabem com quem estão lidando, identificando eficazmente a realidade em que se acham inseridos seus assistidos.

Ao reproduzir comentários de Defensores Públicos sobre a inexistência de “liame ideológico” entre a Defensoria Pública e o

⁵ Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado, Editorial Presença (Portugal) e Livraria Martins Fontes (Brasil), 1974.

Estado, da Motta explicita que

Nessa exposição, notamos que a DP não estaria numa posição antípoda ao Estado, mas sim uma instituição situada no Estado, não obstante tenha autonomia em se opor juridicamente aos desvios que o Estado venha a cometer no âmbito legal, sobretudo ao atingir os direitos dos setores subalternos da sociedade.

O Estado, onde se encontra situada a Defensoria Pública, é o Estado Social, que vem sendo destruído pelo neoliberalismo. Essa perspectiva social é tida por Bourdieu como a mão esquerda do Estado.⁶

Tal definição ajuda a superar a aparente polêmica, deixando clara a participação da Defensoria Pública no sentido de interferir nos conflitos sociais e pacificá-los. O Estado homogêneo constitui utopia, pois sempre haverá desigualdades fomentadas pela especulação do mercado.

Não se trata de aderir a um discurso em tom nostálgico em relação ao modelo keynesiano de Estado como diz da Motta, pois o Defensor Público ao inserir-se na categoria de intelectual coletivo, pode contribuir criando as condições sociais de uma produção coletiva de utopias realistas (Bourdieu).⁷

Assim,

Poderia ajudar as vítimas da política neoliberal a descobrir os efeitos, diversamente refletidos, de uma mesma causa em acontecimentos e experiências aparentemente bastante distintos, sobretudo para quem os vive, que estão associados aos diferentes universos sociais – medicina, educação, serviços sociais, justiça, etc. – de uma mesma nação ou de nações diferentes.⁸

Citando Poulantzas, da Motta entende que os agentes de Estado,

6 Contrafogos 2, Jorge Zahar Editor, 2001

7 Op. cit.

8 Idem, op. cit.

que pendem para as massas populares, vivem comumente suas revoltas nos termos da ideologia dominante, insistindo que os Defensores Públicos, representando setores populares, o representam juridicamente dentro dos preceitos formais do direito, não havendo, necessariamente, uma adesão política e ideológica a esses segmentos.

O próprio Pierre Bourdieu resolve esse equívoco: “não há força intrínseca à idéia verdadeira, dizia Espinosa, e não é o sociólogo que pode lhe dizer que está errado”.⁹ Prossegue da Motta em sua avaliação sociológica, que a vinda da classe média à Defensoria Pública modificou o enfoque dos Defensores Públicos sobre os seus assistidos, pois a “hipossuficiência” não se restringe mais ao aspecto econômico, como era no contexto da criação da DP-RJ, mas também ao desconhecimento jurídico de quem busca pelos seus serviços.

Ora, a vinda da classe média à Defensoria Pública não modificou em nada o perfil dos atendimentos que realiza. Pelo contrário, foi ampliado, sobretudo, pelas demandas originadas do direito do consumidor.

Por outro lado, a Defensoria Pública jamais teve o perfil de caráter caritativo, de tonalidade paternalista/cristã, pois essa concepção é equivocada e anacrônica, originada provavelmente da ideologia conservadora que via na imagem do Defensor Público uma espécie de “apóstolo de Deus”, como se fosse ‘Seu’ representante aqui na terra. Ademais, essa visão é despida de qualquer critério científico-social, tendo representado, à época, manipulação política de viés fascista, cujo propósito era o de criar mitos para distorcer a realidade.

E a realidade dos hipossuficientes é bem distinta, posto que não é a pobreza que assegura o direito ao acesso à Defensoria Pública, e sim a cidadania, pois de outro modo estar-se-ia abrindo espaço para o preconceito. Atualmente, como bem assinala da Motta, a Defensoria Pública emerge como um espaço público de amplo atendimento, abarcando os mais diversos setores, além de empregar novos mecanismos jurídicos, como os direitos coletivos e difusos.

O empobrecimento de vastos setores da classe média brasileira, em razão do modelo econômico pós-keynesiano, não enfraquece a crítica dos Defensores Públicos ao sistema neoliberal, considerando que a vinda da classe média ao serviço público de qualidade, além de

9 Op. cit.

representar exercício da cidadania, irá reforçar a luta pela superação desse contexto socioeconômico.

A procura pelos serviços prestados pela Defensoria Pública não se dá pela promoção, mas pela necessidade premente dos excluídos. Não há espaço para paternalismo e caridade, e sim exercício de direitos garantidos pela Constituição Federal.

O fato de o assistido “bater nas portas da DP” por não poder ser assistido por advogado não significa somente a impossibilidade econômica, havendo outros fatores de ordem pessoal que influenciam a procura pela Defensoria Pública, notadamente a credibilidade e a qualidade profissional.

O mercado de trabalho dos advogados jamais será afetado pela atuação da Defensoria Pública, ainda mais que o público é bem distinto, sendo inegável que os advogados vêm prestando serviços a pessoas de médio e alto poder aquisitivo, podendo atingir a camada mais pobre, onde as intervenções feitas são, via de regra, condicionadas a honorários de êxito, isto é, condicionados à decisão favorável aos interesses do cliente.

O eventual e aleatório crescimento econômico da sociedade não interferirá no mercado de serviços jurídicos, a ponto de beneficiar sobremaneira os advogados, deixando para a Defensoria Pública a camada mais pobre da população. Vivemos numa sociedade capitalista e esse sistema é um sistema que coloca os que acumulam capital uns contra os outros. Esse é o pensamento crítico de Immanuel Wallerstein, que considera o capitalismo histórico um sistema patentemente absurdo. “Acumula-se capital para que se possa acumular mais capital. [...] Quanto mais refleti sobre esse sistema, mais absurdo ele me pareceu.”¹⁰

Seguindo seu raciocínio, Wallerstein aduz que “se tem a impressão de que estamos no meio de um processo de bifurcações em cascata, que pode durar talvez mais cinquenta anos. Podemos ter certeza de que alguma nova ordem histórica emergirá, mas não podemos saber como ela será.”¹¹

O processo da acumulação do capital, que coloca uns contra os outros, exatamente por ser absurdo, fortalecerá a Defensoria Pública, uma das instituições de maior credibilidade do Estado (Social), que

10 Capitalismo Histórico – Civilização Capitalista, Ed. Contraponto, 2001.

11 Idem, op. cit.

tem capacitação para questionar a economia de mercado em favor da população indefesa e desacreditada da ordem social vigente.

Após fazer minucioso e correto estudo comparativo entre a Defensoria Pública e outras representações funcionais, como a Magistratura, Ministério Público, Advogados, incluindo ONGs, com fundamento em artigos e entrevistas de Defensores Públicos, e destacar a Defensoria Pública como instituição constitutiva da cidadania, o sociólogo Luiz Eduardo Pereira da Motta atesta que a promoção de uma conscientização de cidadania e de direitos a seu público “assistido”, não faz da DP uma instituição de caráter radical, a exemplo dos adeptos do “Direito Alternativo”, ou “Direito Insurgente”.

Desse modo, segundo da Motta, neste aspecto, a DP pode ser vista como uma instituição que contribui para a expansão de uma “revolução passiva” (ou molecular) ao incorporar grande parcela da população aos canais de resolução dos conflitos e de afirmação de direitos. Sobre o conceito de “revolução passiva”, é feita anotação em nota de rodapé remetendo a estudos sobre Antonio Gramsci.

Segundo o próprio Gramsci, “a revolução passiva ou ‘revolução-restauração’, na qual apenas o segundo termo é válido, já que se trata de consertar continuamente (de fora) um organismo que não possui internamente os motivos próprios de saúde.”

Ademais, “poder-se-ia dizer que uma tal atitude reformista é uma ‘astúcia da Providência’ para determinar uma maturação mais rápida das forças internas refreadas pela prática reformista.”¹²

Partindo-se de Gramsci, verifica-se que a Defensoria Pública não é uma instituição restauradora e nem se vale da “astúcia da Providência”, o que importaria inclusive em retrocesso, como exposto anteriormente. Praticando atos de conscientização, a Defensoria Pública impulsiona o progresso social, participando ainda, no campo da igualdade formal, da resolução dos conflitos e afirmações de direitos.

Ainda na observação de Pierre Bourdieu,

Do mesmo modo que o sociólogo não pode apontar erro quando não há força intrínseca à idéia verdadeira, cabe a esse mesmo sociólogo sugerir

12 Cadernos do Cárcere, volume 1, Introdução do Estudo da Filosofia – A Filosofia de Benedetto Croce, edição Carlos Nelson Coutinho com Marco Aurélio Nogueira e Luiz Sérgio Henriques – Civilização Brasileira, 1999.

também que os escritores e os artistas poderiam, na nova divisão de trabalho político, ou, mais exatamente, na nova maneira de fazer política que se trata de criar, desempenhar um papel totalmente insubstituível: conferir força simbólica, pelos meios da arte, às idéias, às análises críticas [...].

Essa é mensagem de Pierre Bourdieu que pode ser encampada pelos Defensores Públicos, de forma a interagir com outras ciências, notadamente a sociologia, mediante debates e pelo intercâmbio de experiências, como a que ora se concretizou.

DESPOLARIZAÇÃO DO PROCESSO E “ZONAS DE INTERESSE”: SOBRE A MIGRAÇÃO ENTRE PÓLOS DA DEMANDA*

Antonio do Passo Cabral¹³

Sumário: 1.O problema: é possível migrar de um pólo para outro da demanda? O art.6º §3º da lei da ação popular. 2.A legitimidade ontem e hoje: da legitimidade *ad causam* à legitimidade *ad actum*. 3.Despolarização da demanda. 4.Interesse de agir ontem e hoje: do interesse-necessidade às zonas de interesse. 4.1.Interesse: necessidade, adequação ou utilidade? 4.2.De adversários a co-jogadores: soluções cooperativas, requerimentos conjuntos, interesses simultaneamente contrapostos e comuns, sujeitos imparciais. 4.2.1.Interesses dinamicamente cambiantes: soluções cooperativas e requerimentos conjuntos. 4.2.2. Interesses simultaneamente contrapostos e comuns no mesmo pólo. 4.2.2.1.Hipóteses de litisconsórcio e intervenção de terceiros. Litisconsórcio necessário no pólo ativo. 4.2.2.2. Ações coletivas e as dissidências internas. 4.2.2.3. Procedimentos concursais. 4.2.3. O “interesse jurídico” dos intervenientes e os sujeitos “desinteressados”. A atuação imparcial com base no interesse público. 4.3.Os problemas da teoria tradicional sobre o interesse de agir. 4.4.Zonas de interesse. 5.Sugestões para o desenvolvimento do tema. 5.1. Pressupostos para a migração entre pólos e a atuação despolarizada. Migrações sucessivas e migrações pendulares. Revogabilidade de atos processuais e admissibilidade. 5.2.Encargos de sucumbência. Remessa necessária. Impossibilidade de migração 6.Breve conclusão. 7.Bibliografia.

1. O problema: é possível migrar de um pólo para outro da demanda? O art.6º §3º da lei da ação popular.

O tema que nos ocupa neste pequeno trabalho é o da possibilidade de atuação dos sujeitos processuais independentemente do pólo da demanda em que originariamente posicionados, ou seja, verificar se é dado aos atores do processo migrar de um pólo para outro ou atuar, em conjunto ou solitariamente, em posições jurídicas típicas do outro pólo.

No ordenamento positivo brasileiro, as únicas hipóteses previstas para este tipo de migração interpolar são aquelas do art.6º§3º da lei

13 Professor de Direito Processual Civil da UERJ. Doutorando em Direito Processual pela UERJ e pela Universidade de Munique (Alemanha). Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador da República. Ex-Juiz Federal e ex-Defensor Público.

* Texto originalmente publicado na Revista Forense, vol.404, 2009, p.3-42.

da ação popular (4.717/65), estendido pelo art.17 §3º da lei 8.429/92 às ações de improbidade administrativa.¹⁴ Com efeito, a lei da ação popular inicialmente prevê uma hipótese de litisconsórcio necessário no pólo passivo, determinando que devem ser citados, na condição de réus, o agente público que praticou o ato, o ente público ao qual vinculado este agente, e ainda os beneficiários do ato que se aponta ilegal ou lesivo. Em seguida, prevê a possibilidade do ente público, em concordando com o autor popular, migrar para o pólo ativo e passar a atuar em conjunto com o demandante.

A aplicabilidade de um tal instituto ao processo civil em geral teria indiscutíveis repercussões práticas, já que algumas faculdades processuais somente são autorizadas àqueles sujeitos que figuram em determinadas posições, como a exceção de incompetência,¹⁵ os embargos de terceiro, a reconvenção, dentre muitos outros. Além disso, a interpretação e aplicação de outros muitos institutos seria diversa se confirmada a hipótese ora estudada: desde a fixação do interesse em recorrer, passando pela alteração da verba de sucumbência, até a incidência ou não da remessa necessária.

O tema é relevante também para a atuação processual do *amicus curiae* e das agências reguladoras, que possuem faculdades imparciais no interesse público da fiscalização e regulação; bem como para a atuação processual de litisconsortes quando, no âmbito daquela pluralidade de sujeitos, haja interesses contrapostos ou divergências estratégicas.

Inexistem estudos de fôlego, de que tenhamos notícia, sobre a questão proposta. Encontramos apenas referências esparsas aqui e ali, sempre no bojo de estudos circunscritos à análise de outros temas, como a ação popular, a improbidade administrativa, e o *amicus curiae*.¹⁶ Em

14 NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade Administrativa. Estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. Niterói: Impetus, 2ª Ed., 2006, p.58-60; RODRIGUES, Geisa de Assis. “Da ação popular”, in FARIAS, Cristiano Chaves de e DIDIER JR., Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.262.

15 Assim, p.ex., a doutrina afirma que só o réu pode excepcionar a incompetência relativa, sendo que tal faculdade não existe para o MP, porque reside na esfera de disponibilidade das partes, não sendo matéria de ordem pública; e também não pode ser manejada pelo autor, porque para este a faculdade precluiu na indicação do órgão jurisdicional realizada na petição inicial. Entende-se que o assistente da parte poderia excepcionar. Cf. NERY JR. Nelson. “Legitimidade para argüir a incompetência relativa”, in *Revista de Processo*, ano 13, n.52, out-dez, 1988, p.216-218.

16 DIDIER JR., Fredie e ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, vol.4, 2ª Ed., 2007, p.247 e ss; MANCUSO, Rodolfo de Camargo.

doutrina, até onde nos consta, foi Rodrigo Mazzei aquele que procurou tratar de maneira extensiva deste instituto específico da migração entre pólos da demanda, tendendo para uma aplicação ampliada dos dispositivos da ação popular e da improbidade administrativa para outras ações coletivas.¹⁷ Não obstante, ao indagarmos sobre as premissas básicas da possibilidade da migração entre pólos da demanda, tanto a experiência da atuação habitual da administração pública como um exame rápido de jurisprudência fazem aflorar posições mais restritivas.

Sem embargo, na praxe forense, vemos que o Estado (especialmente através de seus diversos entes fiscalizatórios, como as agências reguladoras), quando posicionado no pólo passivo, recusa-se a atuar em conjunto com o autor ou mesmo reconhecer o acerto de seus argumentos. Tais órgãos sentem-se “obrigados” a defender o ato impugnado pelo tão só fato de figurarem como réus. De outro lado, parte da jurisprudência afirma, em hipóteses diversas, que um determinado sujeito, quando figura em tal tipo de ação, “somente pode ser réu” ou “sempre atua como assistente litisconsorcial do autor”, e por aí em diante.

Uma tal conclusão pelo entendimento restritivo pode ser identificada em função de variadas razões: a) uma concepção estática da relação jurídica processual; b) a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir relacionados com o direito material, petrificados e “fotografados” no momento da propositura da demanda; c) o conceito de interesse-necessidade, fulcrado na lide e numa lesão praticada pelo réu; d) a estabilização subjetiva da demanda; e) o litisconsórcio necessário

Ação Popular. São Paulo: RT, 5ª Ed., 2003; GOMES JR., Luiz Manoel. “Ação Popular – alteração do pólo jurídico da relação processual – considerações”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, vol.10, janeiro, 2004, p.120 e ss; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva., 2ª Ed., 2008, p.260 e ss; NEIVA, José Antônio Lisboa. “Questões processuais envolvendo propriedade industrial”, in *Revista Jurídica Consulex*, ano VI, n.128, maio, 2002, p.22 e ss.

17 Ainda que não o tenha feito para o processo civil em geral, restringindo sua proposta às ações coletivas. Cf. MAZZEI, Rodrigo. “A ‘intervenção móvel’ da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6º, §3º da LAP e art.17§3º da LIA)”, in DIDIER JR., Fredie, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007; *Idem*, “Ação popular e o microsistema da tutela coletiva”, in DIDIER JR, Fredie e MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p.385-388.

ligado à relação material; f) o conceito de citação como um chamado a “defender-se”; dentre outros.

Imaginemos, por hipótese, que estes argumentos estejam corretos: se a atuação despolarizada não se aplica ao processo em geral, qual então a justificativa para que o ordenamento permita a migração entre os pólos na ação popular e na improbidade administrativa? Geralmente se aponta a migração como uma medida salutar às mudanças políticas, facultando, na sucessão de governos, que o poder público tivesse a liberdade de atuar em qualquer pólo, não ficando obrigado a defender um ato praticado na administração anterior quando concordante com o autor.¹⁸

Ora, então devemos aceitar que se trata de um instituto processual “partidário”? Assim não pensamos.

Enfrentaremos a questão buscando salientar alguns pontos principais, especialmente no que tange: I) ao dinamismo da relação processual, que nos permite tratar a legitimidade e o interesse em aspectos cambiáveis no tempo e sem uma rigidez absoluta; II) reconhecer que esse dinamismo nos faz identificar situações processuais em que determinados sujeitos, p.ex., tenham, simultaneamente, interesses comuns e contrapostos, ainda que figurem no mesmo pólo da demanda, o que demonstra que somente cabe, no processo moderno, uma compreensão dinâmica do interesse e da legitimidade; para tanto, trabalharemos o tema da legitimidade *ad actum* e o conceito, que ora propomos, de “zonas de interesse”.

Em seguida, formularemos algumas sugestões para o início do estudo do tema, rascunhando parâmetros que possam guiar a aplicação das idéias anteriormente desenvolvidas.

2. A legitimidade ontem e hoje: da legitimidade *ad causam* à legitimidade *ad actum*.

A razão moderna para que continuemos a trabalhar com “condições da ação” vem sendo relacionada a questões éticas e de economia processual, para evitar a instauração de processos sem qualquer probabilidade de êxito e para inibir ações temerárias que pudessem molestar outros indivíduos sem qualquer limite.

18 Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças”, in SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003, p.140; NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade Administrativa*. *Op.cit.*, p.58-60.

Com a abstração do direito de ação e a consagração da teoria da asserção, o preenchimento das condições da ação passou a ser aferido pelas alegações do próprio litigante. Neste contexto, os abstratistas buscaram o desenvolvimento das condições da ação como um limite mais objetivo, um filtro para o exercício dos direitos processuais, baseado no direito material e verificado à luz do ordenamento, e não das alegações do sujeito.¹⁹

Partia-se da idéia de que a norma jurídica é atributiva, conferindo a determinado sujeito uma posição de vantagem e o autorizando a agir, em seu próprio nome, para atingir os efeitos que o ordenamento lhe assegura.²⁰ Assim, o poder de praticar um ato seria decorrente da norma material, e nela deveriam ser buscadas as condições que limitam a prática do ato e o poder jurídico que o justifica. E a legitimidade é a condição da ação que reflete o filtro subjetivo para a atuação judicial.

Com efeito, existe um modelo subjetivo abstrato que o ordenamento estabelece como padrão para cada tipo de processo e que deve ser observado para a instalação do contraditório. Esse esquema é definido pelas chamadas situações legitimantes, que correspondem algumas ao autor, outras ao réu, outras aos intervenientes.²¹ O exame de legitimidade é, portanto, uma comparação entre a situação de fato de cada sujeito do processo e a situação legitimante a ele correspondente. Se coincidirem, dir-se-á legitimado o sujeito.

De regra, as situações legitimantes são identificadas com a própria relação jurídica material que se submete ao Judiciário como objeto do processo. Este é o formato da legitimidade ordinária, aferida a partir de um juízo comparativo entre o padrão subjetivo do direito material e a situação de fato descrita no processo por cada sujeito.²²

19 MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Torino: G.Giappichelli, 30ª Ed., 2000, p.53-54; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p.21-28.

20 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual”, *Op.cit.*, p.93-94.

21 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, in *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, ano III, n.9, set-dez, 1969, p.41-42; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 8ª Ed., 1996, p.299; MONACIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, especialmente p.310 e ss; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 7ª Ed., 2002, p.23, nota 22, e p.31.

22 ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p.5-12; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, in

A ultrapassada apreensão civilista do fenômeno processual identificava as partes com os titulares da relação jurídica de direito material alegada e discutida no processo. Naquele modelo privatista, o autor era o credor e o devedor era réu.²³ Perquirir a quem caberia agir em relação a um determinado direito era buscar saber quem era o titular do próprio direito,²⁴ sobretudo no parâmetro de então, no qual o direito de ação refletia um aspecto ou elemento do próprio direito material: a ação era o direito material reagindo a lesões, “armado para a guerra”.

Com a constatação de que a relação jurídica processual era diversa daquela oriunda do direito material, bem como a teorização sobre as sentenças de improcedência e as ações declaratórias negativas, tal concepção foi abandonada. Hoje, por influência da concepção abstrata da ação, sabemos que não necessariamente coincidem a legitimidade ativa e passiva com as figuras do credor e do devedor.²⁵ Claro que o titular do direito, ou ao menos quem exerce a pretensão, é aquele que tem as melhores condições para reclamá-lo,²⁶ mas é igualmente certo que nem sempre aquele que busca o Judiciário para a proteção de um suposto direito tem razão.

Outra prova inegável da superação deste paradigma, já em tempos mais recentes, foram as ações coletivas para a proteção de interesses transindividuais. Em sua disciplina, consagra o legislador a legitimidade extraordinária (através do mecanismo da substituição processual) de associações civis, órgãos públicos e do Ministério

Revista dos Tribunais, ano 58, v. 404, junho de 1969, p.9-10; TARUFFO, Michele. “Some remarks on group litigation in comparative perspective” in *Duke Journal of Comparative and International Law*, n.11, 2001, p.415; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2a Ed., 2000, p.130-131.

23 WATANABE, Kazuo. “Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”, in *Revista de Processo*, ano IX, n.34, abril-junho, 1984, p.197.

24 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual”, in *Revista dos Tribunais*, ano 89, vol.771, janeiro, 2000, p.93.

25 Tradicionalmente, na execução, as figuras do credor e devedor, que seriam os legitimados, deveriam coincidir com aqueles referidos no título, o que atualmente vê-se não ocorrer em todos os casos. Cf. MEIRELES, Edilton. “Função do título executivo e a legitimidade na execução”, in *Revista Ltr*, vol.64, n.5, maio, 2000, passim; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale. Op.cit.*, p.332-333.

26 É o “adequado portador” da pretensão. Cf. ZANETTI JR. Hermes. “A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico”, in ASSIS, Araken de et alii (Coords.). *Direito Civil e Processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008, p.863.

Público.²⁷ Através da substituição processual, o ordenamento autoriza que certos sujeitos, mesmo não posicionados em situações com eficácia legitimante, possam postular em favor de direitos dos quais sequer afirmam ser titulares.²⁸ Nesses processos, não há coincidência, nem mesmo em tese, entre direito material e situação legitimante.

Por esses e muitos outros exemplos, o direito moderno apresenta situações que não conseguem ser transpostas ao modelo tradicional da legitimidade, um modelo tipicamente privatista do autor-credor contra o réu-devedor, com base num direito subjetivo e em interesses materiais privados contrapostos.²⁹

A partir dessas constatações, tiveram os estudiosos que buscar outros critérios para aferir a “pertinência subjetiva” do exercício das faculdades processuais. Nesta tarefa, vêm seguindo caminhos diversos.

Alguns autores têm tentado desvincular as condições da ação do direito material, analisando a legitimidade e o interesse, p.ex., como requisitos pura ou preponderantemente processuais,³⁰ geralmente a partir da visão geral do processo como participação de sujeitos em contraditório.³¹ Semelhante opção acadêmica tem sido seguida pela doutrina alemã, tratando o interesse dentro dos pressupostos processuais e a legitimidade extraordinária como um direito autônomo de condução do processo.³²

27 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Legitimidade processual e legitimidade política”, in SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003, p.104-106.

28 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, *Op.cit.*, p.42-43.

29 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual”, *Op.cit.*, p.91.

30 GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “Existem legitimações puramente processuais?”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, n.65, agosto, 2008, p.113; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.316; DIDIER JR., Fredie. “Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto”, in *Revista Forense*, ano 96, vol.351, jul-set, 2000, p.74-75.

31 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.306-307.

32 Os alemães simplesmente desconsideram, no exame do que conhecemos como legitimidade extraordinária, o cotejo com a situação legitimante, bastando o direito ou capacidade autônomos de condução do processo (*Prozessführungsrecht*), que a lei pode atribuir a quem não tem ligação com o direito material. Cf. LEIPOLD, Dieter. “*Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*”, in GILLES, Peter (Hrsg). *Effektivität des*

Abrir mão totalmente das situações extra-processuais, em especial dos interesses materiais existentes fora do processo, não nos parece a solução mais adequada.³³ É que o processo não se constrói em torno de si mesmo, nem seus institutos são vazios de significado substancial, mas antes deve haver uma relação de funcionalidade intrínseca entre processo e norma material.

No que tange à legitimidade, nossa proposta é manter o filtro subjetivo, porém reduzindo o espectro de análise para a prática de cada ato processual isoladamente.

Como pertine ao exercício de um poder jurídico, o ordenamento remete a legitimidade à específica situação concreta onde tal poder será exercido.³⁴ Se a legitimidade é um atributo transitivo,³⁵ verificado em relação a um determinado estado de fato, pensamos que, a partir do conceito de situação legitimante, enquadrado no pano de fundo da relação processual dinâmica, é possível reduzir a análise da legitimidade a certos momentos processuais específicos, vale dizer, não mais um juízo de pertinência subjetiva da demanda (a *legitimatío ad causam*),

Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung. Berlin: Carl Heymanns, 1983, p.66, que afirma que a postulação em nome da coletividade não se coaduna com conceitos clássicos, sendo mais próxima da legitimação do autor popular: “*Der Verband nimmt Interessen der Allgemeinheit wahr, wenn er – außerprozessual oder prozessual – gegen den Verwender oder Empfehler vorgeht. Da jeder Bürger auch Verbraucher ist, leuchtet es übrigens auch nicht ein, von einem ‘Gruppeninteresse’ zu sprechen. Die Wahrnehmung von Interessen der Allgemeinheit ist nicht gut mit der Figur der Prozeßstandschaft zu erfassen; denn dann müßte es sich um ein fremdes, einem anderen zustehendes materielles Recht handeln. Eher ließe sich von einer selbständigen Prozeßführungsberechtigung oder einer (personell) ‘eingeschränkten Popularklage’ sprechen (...)*”; GREGGER, Reinhard. “*Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 113.Band, Heft 4, 2000, p.400, nota n.5, e p.402, onde diz que o BGH, tribunal alemão similar ao STJ brasileiro, prefere falar numa dupla natureza da substituição processual (*Doppelnatur*), ao mesmo tempo ligada à pretensão (ao direito material) e ao *Prozeßführungsbefugnis*. Na doutrina brasileira, Cf.ZANETI JR. Hermes. “A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico”, *Op.cit.*, p.860-862; ARMELIN, Donald. “Ação Civil Pública: legitimidade processual e legitimidade política”, in SALLES, Carlos Alberto de (Org). *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: RT, 2003, p.120.

33 Ao menos no modelo abstrato de ação, que é dominante na doutrina brasileira.

34 Cf.MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p.202-203.

35 PINTO, Nelso Luiz. “A legitimidade ativa e passiva nas ações de usucapião”, in *Revista de Processo*, ano 16, n.64, out-dez, 1991, p.24; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “Existem legitimações puramente processuais?”, *Op.cit.*, p.110.

mas referente ao ato processual específico (a *legitimatío ad actum*).³⁶

Em razão do dinamismo da relação processual, é só na sua verificação casuística que a legitimidade encontra sua completa e mais pura finalidade. Se a função desse limite subjetivo ao exercício de funções processuais é analisar a correspondência entre o modelo legal e a situação de fato, a legitimidade só pode ser precisa em cada caso concreto e para cada ato processual.

Como afirma Fazzalari, a par das discussões sobre a abstração ou concretude da ação, devemos reputar que a situação material pretérita deve ser abstraída quando da análise dos atos processuais, e estes não pressupõem necessariamente a relação material.³⁷ A situação substancial é relevante como pressuposto de alguns atos processuais, mas não todos, e a ela se juntam outros requisitos processuais definidores de situações legitimantes não necessariamente vinculadas a um direito subjetivo ou a uma relação jurídica material.

Na verdade, a colocação dos atos em seqüência faz com que, com exclusão do primeiro ato da série, cada ato processual dependa, para ser praticado, de requisitos e pressupostos que somente poderão ser corretamente compreendidos a partir da análise da cadeia formativa dos atos anteriores e da múltipla e difusa implicação entre eles.³⁸ Além disso, as situações legitimantes são todas cambiantes ao longo do processo, e o controle da legitimidade não pode se dar senão na dinâmica do contraditório.³⁹

3. Despolarização da demanda.

Não obstante, inúmeros ordenamentos e muitos autores sempre estiveram apegados a uma polarização da demanda, vinculando estaticamente a atuação dos sujeitos do processo à correlata posição que aquele sujeito ocupa na relação jurídica material. Na doutrina de origem germânica, consagrou-se um princípio ou sistema de dualidade de partes (*Zweiparteienprinzip*), pois, se ninguém pode litigar consigo mesmo, o processo só seria possível no âmbito de uma plurissubjetividade direcionada àqueles indivíduos que conflitam em torno de uma relação jurídica material.⁴⁰

36 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.127.

37 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.275.

38 *Idem.*, p.271, 276 e 422.

39 *Idem.*, p.277 e 308.

40 BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. Berlin:

Ainda que a pluralidade de sujeitos seja nota característica do processo, parece-nos ser necessária uma análise da relação processual mais dinâmica, desprendida da rigidez bipolar.⁴¹

A situação legitimante, nesse dinamismo, poderia ser analisada sob o prisma das funções e das específicas posições processuais em que praticados atos no processo (ônus, direito, poder, faculdade, etc.), ou do complexo de alternativas que estejam abertas para o sujeito numa determinada fase processual.⁴² Tradicionalmente, o complexo desses poderes era descrito como “ação”, o que dificulta a correta compreensão de um fenômeno dinâmico como a relação processual. Fazzalari sugere, portanto, renunciar ao “velho conceito” de ação para uma acertada abordagem do tema.

É que o poder de ação é o mesmo poder de praticar um ato jurídico processual,⁴³ apenas considerados a partir de momentos distintos e atos diversos. Portanto, existem “ações” de vários sujeitos, intrincadas e descontinuamente exercidas, umas reagindo às posições dos demais, sem contar aquelas “ações” que são exercidas em formato reduzido, como ocorre com os intervenientes ulteriores, muitos dos quais detentores de menos poderes que as partes.⁴⁴

Nesse contexto, falar em legitimidade ativa e passiva é retomar institutos pandectísticos ou ainda recordar a superada visão da ação como direito potestativo do autor contra o réu.⁴⁵ Se a legitimidade está ligada à prática de atos processuais e aos poderes que os sujeitos possuem

Duncker & Humblot, 2ª Ed., 1985, p.65; HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 2a Ed., 1990, p.7.

41 GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. *Op.cit.*, p.52.

42 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.422-423; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Liticonsórcio*. *Op.cit.*, p.127.

43 Já fazia observação semelhante BÜLOW, Oskar von. “Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts”, in *Zeitschrift für deutschen Cvilprozeß*, XXVII, 1900, p.242. Na literatura moderna, FAZZALARI, Elio. “La dottrina processualistica italiana: dall’azione al ‘processo’ (1864-1994)”, in *Rivista di Diritto Processuale*, n.4, 1994, p.912 ss, e, no Brasil, a sempre esclarecedora pena de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Liticonsórcio*. *Op.cit.*, p.127-128.

44 GRECO, Leonardo. “Ações na execução reformada”, in SANTOS, Ernani Fidelis dos, et alii (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: RT, 2007, p.850-85; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.425-426.

45 É a opinião também de FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.428-429.

para praticá-los, só pode ser considerada “ativa”,⁴⁶ e nos parece de todo incorreto polarizar o conceito.

Note-se que é variável a força legitimante de uma situação subjetiva para habilitar o sujeito a assumir posição ativa ou passiva. Por vezes uma mesma situação pode ser considerada legitimante para ajuizar uma ação mas não para figurar como réu. É a hipótese mais comum na legitimidade extraordinária.⁴⁷

Ademais, por vezes a norma não permite ao sujeito deflagrar o processo, iniciando-o, mas lhe faculta prosseguir ou suceder o sujeito que formulou a demanda inicial, ou ainda intervir ulteriormente no curso do mesmo procedimento. Sobre o tema, veja-se a súmula 365 do STF, que afirma, baseada na idéia de que se trata de direito inerente à cidadania, que pessoa jurídica não pode propor ação popular. Mas a lei admite que a pessoa jurídica de direito público, inicialmente citada como ré, possa mudar de pólo e atuar como autora.⁴⁸ O mesmo ocorre com o Ministério Público, que não é legitimado para deflagrar a ação popular, mas pode prosseguir na sua condução caso haja desistência da ação pelo autor.⁴⁹

Impende, então, haver uma evolução da relação processual para além da polarização autor-réu, credor-devedor, Caio-Tício, ativo-passivo, analisando-se o filtro das condições da ação para cada ato processual por praticar.

É evidente que, esquecendo a dogmática, veremos que a polarização tem algumas vantagens do ponto de vista prático. Em primeiro lugar, ressalta o formato dialético do processo, cujo caráter argumentativo pressiona à contraposição de teses e alegações. Ademais, facilita a aplicação e o controle a respeito do correto e isonômico exercício do contraditório, permitindo que se dê vista a todos sucessivamente, verificando mais facilmente a contagem de prazos, etc.

A par destas vantagens, que são, friso, eminentemente práticas e não teóricas, penso que uma pequena mudança cultural e da praxe judiciária resolveria, sem maiores problemas, qualquer empecilho que a despolarização da demanda trouxesse ao cotidiano forense.

46 Com razão, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol.I, 2ª ed., 1999, p.105.

47 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, *Op.cit.*, p.50-51.

48 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual”, *Op.cit.*, p.92.

49 RODRIGUES, Geisa de Assis. “Da ação popular”, *Op.cit.*, p.256-257.

Resta ainda a discussão sobre a estabilidade da demanda, que poderia, a depender do momento da migração, ser rompida ou excepcionada pela migração.⁵⁰ Além disso, discute-se se haveria liberdade para o sujeito “escolher” de que lado ou em que pólo atuará.

A estabilização da demanda, objetiva ou subjetiva, tem a finalidade de assegurar o adequado exercício do contraditório e da ampla defesa, evitando surpresas às partes e possibilitando um planejamento estratégico de cada um.⁵¹ Porém, penso que, respeitadas as avaliações já feitas e as expectativas criadas aos sujeitos do processo, pode haver uma flexibilização dessa estabilidade para viabilizar a migração de pólo. O juiz procederá à análise sobre a conveniência e admissibilidade da alteração subjetiva da demanda, valorando os potenciais prejuízos às partes e ao andamento do processo.

Neste sentido foi a evolução legal alemã no que tange ao juízo de admissibilidade de alteração da demanda pelo autor, mesmo depois da citação do réu. Primeiramente, a ZPO vinculava ao consentimento do réu a possibilidade de alteração, à semelhança do atual sistema brasileiro (arts.42, 264, 294 do CPC); posterior alteração legal dava ao juiz o poder de autorizar a mudança, mesmo sem o consentimento do demandado, mas desde que não houvesse prejuízo à sua defesa; hoje há ainda mais poderes de direção ao juiz para realizar um verdadeiro juízo de “conveniência”, vedando a *mutatio libelli* se o magistrado verificar, com base na economia processual, que pode resultar em morosidade do processo, por exemplo.⁵²

Mais adiante veremos como a combinação da despolarização da demanda com uma abordagem modernizada do interesse processual pode auxiliar na análise de admissibilidade, conveniência e oportunidade da migração.

50 Como defendem DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Op.cit.*, p.248.

51 TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil. Op.cit.*, p.191 e ss.

52 Sobre o tema, veja-se, em língua italiana, o preciso relato de COMOGLIO, Luigi Paolo. “*Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale*”, *Op.cit.*, p.614 e 616-617.

4. Interesse de agir ontem e hoje: do interesse-necessidade às zonas de interesse.

Numa demanda despolarizada, e num processo em que seja possível a migração entre pólos, como fica o interesse de agir? Cabe aqui fazermos alguma referência ao interesse de agir na acepção clássica, as dificuldades de enquadrar esta perspectiva tradicional no processo da atualidade, e finalmente verificar se o interesse de agir é um obstáculo à migração interpolar.

Antes de iniciar o tópico, cabe destacar que é patentemente diferente o conceito de interesse material (a relação entre uma necessidade humana e os bens aptos a satisfazê-las⁵³, que reside nas normas do direito substantivo e cuja proteção ou reparação é a finalidade da demanda), e outro conceito, o interesse processual ou interesse de agir, que é mais ligado ao provimento que se pede ao juiz para a satisfação dos interesses materiais. O interesse processual ou interesse de agir, neste sentido, é frequentemente descrito como um “interesse de segundo grau”, um “interesse instrumentalizado” em função do interesse primário de proteção da situação jurídica de direito material.⁵⁴

4.1. Interesse: necessidade, adequação ou utilidade?

Embora lembre o adágio romano *de minimis non curat praetor*, a origem do interesse de agir é francesa, onde a figura surgiu historicamente nos brocardos “*pas d'intérêt pas d'action*” e “*l'intérêt est la mesure des actions*”,⁵⁵ uma máxima que pretendia impedir que

53 É célebre a abordagem de CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, ristampa, volume I, 1930, p.3 ss.

54 Em sentido semelhante, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad..Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.154-155; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile. Op.cit.*, p.51; FABIANI, Ernesto. “*Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1998, p.548.

55 MOREL, René. *Traité Élémentaire de Procédure Civile*. Paris: Sirey, 10^a Ed., 1949, p.31; GARSONNET, E., e CÉZAR-BRU, Ch. *Précis de Procédure Civile*. Paris: Sirey, 9^a Ed., 1923, p.92-93; BERRIAT SAINT-PRIX, M. *Cours de Procédure Civile e Criminelle*. Bruxelles: Stapleau, 5^a Ed., tomo I, 1823, p.172 e ss; LANFRANCHI, Lucio. “*Note sull'interesse ad agire*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXVI, n.3, 1972, p.1119; MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C. Op.cit.*, p.22; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 2^a Ed., 1979, p.169-170.

questões ociosas ou que poderiam ser resolvidas no corpo social fossem trazidas ao Judiciário, degradando a função judicial ao papel de um mero consultor das partes privadas.⁵⁶

No âmbito da doutrina processual do último meio século, o debate sobre o interesse de agir girou entre duas concepções e orientações diversas. Aquela do interesse de agir como “estado de lesão” do direito alegado, que produziu o conceito de interesse-necessidade (*Rechtsschutzbedürfnis*, “bisogno di tutela”); e aquela que entende o interesse como utilidade do processo para o autor, seja como meio, seja como resultado (interesse-adequação e interesse-utilidade).⁵⁷

A concepção do interesse-necessidade nasceu de uma visão do processo como *ultima ou extrema ratio* para o autor:⁵⁸ a demanda só deveria ser admissível se o autor não tivesse outros meios próprios para satisfazer seu direito material sem a intervenção estatal pelo processo.⁵⁹ Exigia-se uma efetiva lesão ao direito do autor para que a causa fosse levada ao juiz. Vê-se, portanto, que o interesse era classicamente ligado ao inadimplemento ou incumprimento.⁶⁰

Aos poucos o conceito foi evoluindo e hoje prevalece a noção, de influência tedesca,⁶¹ do interesse de agir como um filtro de eficiência

56 SATTÀ, Salvatore. “A proposito dell’accertamento preventivo”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XIV, 1960, p.1400-1401; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. *Op.cit.*, p.283; MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell’art.100 C.P.C.* *Op.cit.*, p.25.

57 MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell’art.100 C.P.C. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*. Trento: Alcion, 2005, p.5.

58 GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts*. Bielefeld: Gieseking, 2ª Ed., 1974, p.390; FABIANI, Ernesto. “Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato”, *Op.cit.*, p.553-554, especialmente interessante no que tange à jurisprudência da *Cassazione italiana*.

59 WACH, Adolf. “Der Rechtsschutzanspruch”, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, XXXII, 1904, p.30; GRASSO, Eduardo. “Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire”, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*. Padova: CEDAM, Diritto Pubblico, IV, 1970, p.335-336; BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. *Op.cit.*, p.201; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.169.

60 Inicialmente, ligava-se a um dano, geralmente pecuniário. Posteriormente, até o séc.XX, a ênfase foi sendo dada à necessidade jurídica da tutela. Cf. GARSONNET, E., e CÉZAR-BRU, Ch. *Précis de Procédure Civile*. *Op.cit.*, p.92; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck Verlag, 28ª Ed., 2003, p.144; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.52; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.155.

61 É também a visão prevalente na doutrina italiana, na interpretação do art.100 do *Codice*. Cf. MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell’art.100 C.P.C.* *Op.cit.*,

através do qual o legislador deseja evitar o dispêndio de atividade jurisdicional inútil.⁶² Trata-se de uma perspectiva utilitária do interesse de agir, fulcrada nos binômios “interesse-utilidade” e “interesse-adequação”, que residem na relação entre o provimento requerido e a situação de fato alegada.⁶³

No Brasil, coube a Dinamarca a popularização da idéia de interesse-adequação,⁶⁴ largamente abraçada pela doutrina⁶⁵ e que corresponderia à análise da pertinência da utilização daquele meio procedimental se comparado com outros mais econômicos ou eficazes. Neste sentido, é comum a utilização do interesse-adequação na hipótese do autor formular pedido declaratório se já houve inadimplemento ou quando se requer condenação se já existente título executivo.⁶⁶

Vê-se que existe um grande divisor de águas entre as concepções do interesse como necessidade ou como utilidade. Trata-se de interpretações diversas, consideradas por muitos até mesmo “desomogêneas”⁶⁷: uma perspectiva focada na inevitabilidade do processo, um extremo remédio acessível apenas quando o sujeito não tenha um meio extra-judicial para a satisfação do direito;⁶⁸ e a opinião que põe relevo nos efeitos que o processo poderia produzir para o requerente.⁶⁹

p.115.

62 POHLE, Rudolf. “Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis”, in *Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag*. München: CH Beck, 1957, p.197 ss; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.143.

63 ATTARDI, Aldo. “Interesse ad agire”, in *Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione Civile, IX, Torino, 1993, p.517-518; RICCI, Edoardo F. “Sull’ accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1994, p.661.

64 Cf.DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, vol.II, 3ª Ed., 2003, p.305.

65 Cf.ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.59; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação. Enfoque sobre o interesse de agir*. São Paulo: RT, 3ª Ed., 2005, p.154-155.

66 Ainda que não com a denominação de “interesse-adequação”, Cf.ATTARDI, Aldo. *L’interesse ad agire*. Padova: CEDAM, 1958, p.24-25; SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Karlsruhe: C.F. Müller, 7ª Ed., 1951, p.167; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 10ª Ed., 2005, p.446; NIKISCH, Arthur. *Zivilprozeßrecht*. Tübingen: Mohr, 1950, p.142.

67 MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell’art.100 C.P.C.* *Op.cit.*, p.9.

68 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.446; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. *Op.cit.*, p.284.

69 Moniz de Aragão diz que qualquer das concepções do interesse são defensáveis

O interesse-necessidade retratava uma visão individualista, inspirado sobre o ideal liberal que ressalta a relação de direito material deduzida em juízo, ao afirmar-se uma lesão a direito de titularidade do sujeito, num contexto conflituoso próprio da “lide” no sentido carneluttiano.⁷⁰ Nesta perspectiva, o processo era visto como unicamente direcionado à proteção do direito material dos litigantes, e a ação só poderia ser abstrata, desvinculada dos direitos afirmados no processo, os direitos subjetivos pré-existentes à sentença.⁷¹

Posteriormente, passou-se a teorizar o interesse a partir da visão do juízo, como um meio de gestão processual para economizar tempo e energia dos serviços judiciários.⁷² O interesse-utilidade passou a reger a atividade estatal, evitando povoar as prateleiras dos juízos com processos “sem sentido” e que poderiam ser solucionados, se não espontaneamente, pelo menos com menor empenho de energia e custos financeiros.⁷³

Esse caminho foi trilhado como um consectário do princípio de economia processual, reputando inadmissíveis requerimentos inúteis ou antieconômicos.⁷⁴ O requerente não poderia pretender uma providência que, mesmo se acolhida, o colocasse na mesma posição processual em que se encontrava *ante litem*. Nem se poderia acionar o Judiciário para a apreciação de uma questão se houver um meio judicial ou extrajudicial mais barato, simples ou rápido para resolver a questão.⁷⁵

à luz do CPC brasileiro, sobretudo pela redação do art.4º. Não obstante, alinha-se pela teoria que adota a concepção utilitária do interesse Cf. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op.cit.*, p.446-448.

70 CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 2ª Ed., 1941, p.8.

71 LANFRANCHI, Lucio. “*Note sull’interesse ad agire*”, *Op.cit.*, p.1127.

72 SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts. Op.cit.*, p.167.

73 MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, p.207; MOREL, René. *Traité Élémentaire de Procédure Civile. Op.cit.*, p.31; TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p.25; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil. Op.cit.*, p.39-40.

74 COMOGLIO, Luigi Paolo. “*Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXXII, n.2, junho, 1978, p.608 e ss; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op.cit.*, p.168-169.

75 LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck, 9ª Ed., 2006, p.154-155; BAUMBACH, Adolf. *Elementarbuch des Zivilprozesses*. München: C.H.Beck, 2ª Ed., 1941, p.26; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.144; BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. Op.cit.*, p.201; GRUNSKY, Wolfgang.

No mesmo diapasão, o desenvolvimento do conceito de interesse-adequação permitiria uma verificação pelo juízo da efetividade do mecanismo manejado, sempre que existisse uma pluralidade de meios à disposição do sujeito.⁷⁶

4.2. De adversários a co-jogadores: soluções cooperativas, requerimentos conjuntos, interesses simultaneamente contrapostos e comuns, sujeitos imparciais.

Antes de apontarmos os desacertos teóricos que a clássica compreensão do interesse apresenta para o direito processual, queremos destacar algumas situações práticas em que não conseguimos aplicar, com total precisão, o conceito de interesse de agir. Trata-se de situações processuais em que a atuação do sujeito é permitida sem que estejamos presos à lide, à lesão ou à utilidade do processo necessariamente ligada ao direito material do litigante.

4.2.1. Interesses dinamicamente cambiantes: soluções cooperativas e requerimentos conjuntos.

Com o desenvolvimento de postulados de cooperação e boa-fé, genericamente aplicáveis aos sujeitos do processo,⁷⁷ repercutiu a idéia colaborativa do contraditório que norteia a moderna compreensão do princípio, impondo a co-participação dos sujeitos processuais.⁷⁸ Assim,

Grundlagen des Verfahrensrechts. Op.cit., p.394.

76 Deve-se ter cuidado, não obstante, em não ferir a estratégia processual do litigante: em muitos casos, sobretudo no processo civil, onde estamos freqüentemente diante de interesses disponíveis, o sujeito pode escolher livremente sua linha defensiva sem que o Estado-juiz possa nela se intrometer. Assim, há um espaço de liberdade na escolha, p.ex., entre ação monitória e ação de cobrança, sem que se possa autoritariamente tolher a alternativa do sujeito requerente. Cf. MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell'art.100 C.P.C. Op.cit., p.126.*

77 BAUMGÄRTEL, Gottfried. “*Treu und Glauben im Zivilprozeß*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 86.Band, Heft 3, 1973; LENT, Friedrich. “*Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 67.Band, Heft 5, 1954, p.344-345; LÜKE, Gerhard. “*Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 108 Band, Heft 4, 1995, p.443; MÜLLER, Thomas M. *Gesetzliche und prozessuale Parteipflichten*. Zürich: Schulthess, 2001, p.35 e ss; CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, in *Revista de Processo*, Ano 30, vol.126, agosto de 2005; DIDIER JR. Fredie, “O princípio da cooperação: uma apresentação”, in *Revista de Processo*, ano 30, n.127, set.2005; MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e colaboração*. Tese de doutorado apresentada à UFRGS, 2007, no prelo.

78 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise*

hoje o processo não é mais teorizado em torno do conflito ou da lide, mas a partir da agregação, da boa-fé, da conjugação entre interesses privados e interesses públicos.⁷⁹

Paralelamente, começaram a ser fomentadas, no Brasil e no estrangeiro, a adoção de soluções processuais cooperativas, como a arbitragem, as convenções sobre a prova, acordos sobre as suspensões do processo e de prazos, etc.

Nesse sentido, a jurisprudência francesa desenvolveu o *contrat de procédure*, um acordo entre os sujeitos processuais em que todos deliberam sobre as regras que disciplinarão aquele processo específico, fixando prazos para alegações e julgamento, dispensa de recursos, meios de prova que serão utilizados, etc.⁸⁰

Trata-se de instituto através do qual os sujeitos do processo, a despeito dos interesses materiais que os movem, atuam em conjunto para específicas finalidades processuais que a todos aproveitem.

Na mesma senda, os ordenamentos francês e belga, já de algum tempo, e o regime processual experimental português, recentemente implementado, admitem, p.ex., a formulação de requerimentos conjuntos pelas partes.⁸¹ Hipótese similar ocorre com a recente disposição do art.114 §2º da Constituição da República de 1988, na redação da emenda constitucional 45/2004, no que se refere a requerimento conjunto de instalação de dissídios coletivos de natureza econômica na Justiça do Trabalho.

Ora, em todas estas hipóteses, estamos diante de casos em que, ainda que possuam interesses materiais contrapostos, para aqueles fins

crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, p.212 e ss, onde fala em “comparticipação”.

79 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.55-58.

80 Cf.FERRAND, Frédérique. “*The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*”, in TROCKER, Nicolò e VARANO, Vincenzo (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G.Giappichelli, 2005, p.21; CADIET, Loïc. “*Conventions relatives au procès en droit français*”, in *Revista de Processo*, ano 33, n.160, junho, 2008, p.74; CAPONI, Remo. “*Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXII, n.3, suplemento, 2008, p.99 ss.

81 Cf. SILVA, Paula Costa e. “*A ordem do juízo de D.João III e o regime processual experimental*”, in *Revista de Processo*, n.156, fevereiro, 2008, p.246; CADIET, Loïc. “*Conventions relatives au procès en droit français*”, *Op.cit.*, p.72.

específicos e naquele momento processual, a atuação conjunta pareceu a alternativa estratégica mais adequada para os sujeitos do processo. É visível que uma apreensão estática do interesse-necessidade não é possível aqui.

Devemos lembrar, com Brüggemann, que há casos no processo, como estes, em que não se observa uma efetiva contraposição de interesses, mas apenas uma “rivalidade formal”, casos em que os sujeitos do processo não são oponentes (*Gegenspieler*), mas co-jogadores (*Mitspieler*).⁸²

4.2.2. Interesses simultaneamente contrapostos e comuns no mesmo pólo.

O segundo grupo de situações que pensamos ser interessante para demonstrar a insuficiência do conceito de interesse de agir no processo moderno, é aquele que põe em evidência a existência simultânea, em um mesmo pólo da demanda, de interesses materiais comuns e contrapostos entre certos sujeitos.

Vale dizer, mesmo quando componham o pólo ativo ou passivo (por conta da polarização inicial), diversos sujeitos podem ter simultâneas pretensões e áreas de interesses materiais comuns, bem como outras esferas de discordância, o que, como se verá, justificará, para a prática de um determinado ato, a migração de pólo ou atuação processual despolarizada como se no pólo oposto figurassem.

Isso ocorre em várias hipóteses: em litisconsórcio e intervenção de terceiros; quando há atuação de sujeitos formais que representam uma comunidade de indivíduos, como cooperativas, condomínios,⁸³ sociedades empresariais por ações; nas ações coletivas e nas ações de grupo; ou ainda nos procedimentos concursais, como a falência, a insolvência civil, etc.

Vejamos, sem pretensão exaustiva, alguns destes aspectos.

82 BRÜGGEMANN, Dieter. “*Unausgebildete Gegnerschaftsverhältnisse*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 81.Band, 1969, p.458-459, 466 e 471-473.

83 Com efeito, nas relações condominiais é freqüente a existência de pretensões comuns e dissidências entre condomínio (a comunidade) e algum condômino ou terceiro. Sobre o tema, Cf.BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Condomínio de edifício de apartamentos: capacidade para ser parte e legitimação para agir. Caução”, in *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p.185.

4.2.2.1. Hipóteses de litisconsórcio e intervenção de terceiros. Litisconsórcio necessário no pólo ativo.

Muitas hipóteses de intervenção de terceiros posicionam os sujeitos em situações processuais inusitadas em que, simultaneamente, possuem interesses contrapostos e comuns.

Pense-se na oposição, cujo direcionamento “bifronte”⁸⁴ forma uma segunda demanda, *in simultaneus processus*, do oponente contra autor e réu (os opostos), os quais têm interesses comuns na oposição, embora na demanda principal sejam adversários.⁸⁵

Veja-se a denúncia da lide, que tem uma dupla finalidade ao integrar o terceiro ao processo: com ela, o denunciante exerce um direito de regresso contra o terceiro, instaurando um segundo litígio; mas, ao mesmo tempo, o denunciante traz o terceiro ao processo para colaborar, contra um adversário comum, para a defesa de seu direito na ação principal.⁸⁶ Denunciante e denunciado terão, ao mesmo tempo, áreas de interesse comuns, nas quais estarão processualmente aliados (inclusive em termos argumentativos) e outras esferas conflituosas.

Pense-se ainda a hipótese de denúncia da lide simultânea, por autor e réu, a um mesmo sujeito na condição de litisdenciado. Por exemplo, numa demanda acerca de um acidente automobilístico, a denúncia feita por ambas as partes a uma mesma seguradora. Este sujeito (no caso, a seguradora), estará posicionado na estranha situação de ser confrontado por dois interesses materiais incompatíveis; e tem, ao menos em tese, interesse jurídico para atuar como assistente de ambas as partes na ação principal.

Mas essas situações não ocorrem apenas nas intervenções de terceiros. Vários casos de litisconsórcio denotam a simultânea existência de interesses comuns e contrapostos dentro do grupo, frisando-se que tais situações são mutáveis no tempo ao longo de todo o processo.

Cândido Dinamarco foi pioneiro, no direito nacional, em identificar casos de grande litigiosidade interna entre os próprios litisconsortes.⁸⁷ Ocorre nas consignações em pagamento, quando há

84 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 4ª Ed., 2006, p.55.

85 *Idem*, p.91.

86 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 17ª Ed., 2008, p.102.

87 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.34 e 397-398.

dúvida sobre quem é o credor e os vários supostos credores, citados como réus, vêm, ao mesmo tempo, contestar o valor do crédito e a qualidade de credor que os demais réus ostentam. No mesmo pólo, interesses comuns e contrapostos. Mas a situação é alterável: aparecendo mais de um suposto credor, e se nenhum deles impugnar o *quantum* mas apenas a condição de credor, declara-se extinta a obrigação e o processo segue entre os supostos credores, agora adversários únicos.⁸⁸

Outro caso curioso é do litisconsórcio ativo necessário. Imaginemos uma ação de rescisão de contrato entre três pessoas, com a iniciativa de apenas um dos contratantes, que posiciona os outros dois como litisconsortes, ainda que um deles, por hipótese, concordasse com o autor mas não desejasse litigar. Pense-se ainda no caso de herdeiros de um imóvel terem que ajuizar ação possessória ou a hipótese de atuação processual de um cônjuge sem a presença do outro.⁸⁹

Como o exercício da ação é uma posição de vantagem (descrita como um direito ou um poder), geralmente entende a doutrina ser impossível a imposição de um litisconsórcio necessário no pólo ativo: a ação só pode ser movida por quem espontaneamente deseja exercê-la. Mas como solucionar a divergência caso um dos litisconsortes necessários, cuja ausência pode nulificar o processo, recuse-se a propor a demanda junto aos demais? Tem-se aventado a solução de citar o litisconsorte relutante no pólo passivo.⁹⁰

Neste caso, o litisconsorte figura no pólo passivo apenas formalmente, pois seus interesses materiais estão alinhados com o pólo oposto. Observe-se que não há nem mesmo pedido formulado contra o litisconsorte renitente, mas apenas sua integração na relação processual para que a participação (forçada) evite a invalidação ou ineficácia da sentença.

88 ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito. Instrumentos de brevidade da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008, p.406-407.

89 PINTO, Nelso Luiz. “A legitimidade ativa e passiva nas ações de usucapião”, *Op.cit.*, p.26. Em verdade, como notou Greco, são múltiplas as posições processuais do cônjuge, sem que o ordenamento regule claramente e com precisão cada uma delas. Cf. GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, vol.I, 1999, p.339-340; DONOSO, Dênis. “Alienação de bens do cônjuge alheio à execução: análise crítica ao novo art.655-B do CPC, sua (in)constitucionalidade e instrumentos de defesa”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, n.68, novembro, 2008, p.30-31.

90 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.222 e ss, com críticas ao uso da *adcitatio* para estes fins.

Parece-nos que a faculdade de migrar para o pólo ativo deve ser-lhe aberta. Leonardo Greco expressamente admite a possibilidade de mudança de pólo. No exemplo da rescisão contratual, afirma que “um deles, citado, pode aderir ao pedido do autor e atuar de fato como seu litisconsorte contra o terceiro contratante causador da rescisão, não sendo justo submetê-lo aos direitos, deveres e ônus de réu (sucumbência, interesse em recorrer, por exemplo). O fato de não ter subscrito a inicial juntamente com o autor não pode forçá-lo a receber o tratamento de réu, se não deu causa à rescisão e não podia sozinho satisfazer a pretensão rescindente do autor”.⁹¹

Estes casos evidenciam a incorreção do conceito legal de citação (art.213 do CPC). O réu, aqui, não é citado para defender-se, mas para participar, pouco importando a posição processual em que o fará.⁹²

4.2.2.2. Ações coletivas e as dissidências internas.

Rodolfo de Camargo Mancuso já salientou a peculiaridade dos direitos coletivos de serem foco de grande litigiosidade interna, em razão da pluralidade de indivíduos a que tocam e pelas diferenças no impacto que a violação aos direitos de cada qual pode gerar.⁹³

Nas ações coletivas, as dissidências internas, diante do mecanismo de substituição processual, tornam-se um problema ainda mais sensível. Isso porque a diferença de formato da legitimidade ordinária para a extraordinária distancia enormemente a estratégia processual da vontade da coletividade substituída. A análise da legitimidade extraordinária é aferida na lei, sem uma necessária ligação do litigante com o direito material ou afinidade de seus interesses próprios com aqueles da parte substituída.⁹⁴

91 GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. *Op.cit.*, p.52.

92 Sobre este tema, especialmente na citação na ação popular, Cf.RODRIGUES, Geisa de Assis. “Da ação popular”, *Op.cit.*, p.286.

93 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: RT, 6ª Ed., 2004, p.100.

94 Não desconsideramos que uma certa proximidade deva existir entre o substituto processual e a coletividade. Os requisitos do ordenamento nacional em certa medida levam este dado em consideração, como no caso das associações. Não obstante, outras considerações, em função da eficiência da tutela, da hipossuficiência dos substituídos e da relevância dos direitos a serem protegidos fazem com que a legitimidade extraordinária, que no Brasil é dada pela lei, seja freqüentemente atribuída a órgãos sem uma necessária relação de proximidade com a coletividade substituída, como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Claro que, *de lege ferenda*, somos favoráveis a um exame casuístico e judicial da legitimidade, nos moldes do modelo

Nosso modelo é frontalmente oposto ao modelo do *common law*, em que a legitimidade é verificada pelo juiz no caso concreto.⁹⁵ Lá, um dos requisitos apreciados pelo julgador ao verificar a *adequacy of representation* é a proximidade entre o autor e a coletividade substituída. Na fase inicial do processo, denominada de *certification*, se as alegações e atos do autor não refletirem os interesses de toda a classe, o juízo, verificando o dissenso, pode dividir a coletividade em sub-classes, que atuarão com independência para vindicar seus específicos interesses.⁹⁶

No Brasil, e em qualquer sistema onde a legitimidade extraordinária é dada pela lei, sem requisitos rígidos de afinidade de interesses dentro da classe e desta com o condutor do processo, sempre haverá possibilidade de dissenso e conflitos internos na coletividade.

Trata-se de uma situação tão normal que muitos procedimentos coletivos modernos vêm tentando solucionar o problema das divergências internas, como ocorre nas chamadas “ações de grupo” de formato não representativo.⁹⁷ Nestes procedimentos, existe a nomeação de líderes do grupo, que conduzirão o processo como uma espécie de porta-voz da classe. Não obstante, ao mesmo tempo, o procedimento admite que os indivíduos que compõem a classe acrescentem argumentos à atuação do líder, franqueando uma participação que é tanto mais necessária quanto maior a existência de conflito interno.⁹⁸

4.2.2.3. Procedimentos concursais.

Certamente é nos procedimentos concursais que vemos a maior quantidade de interesses que simultaneamente podem se mostrar contrapostos e comuns.

norte-americano das *class actions*, mas não enxergamos espaço para restrições de legitimação à luz de nosso direito positivo.

95 Sobre o papel do juiz no sistema norte-americano, Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e coisa julgada”, in *Revista Forense*, ano 98, vol.361, maio-junho, 2002.

96 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p.82.

97 Como a *Group Litigation* inglesa e o *Musterverfahren* alemão. Sobre o tema, confira-se o nosso “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, in *Revista de Processo*, vol.147, maio de 2007. Na literatura posterior, GOTTWALD, Peter. “*About the extension of collective legal protection in Germany*”, in *Revista de Processo*, v.32, n.154, dezembro, 2007, p.89-93.

98 CABRAL, Antonio do Passo. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, *Op.cit.*, p.135 e ss.

É que, de um lado, o grupo tem o objetivo comum de obter a satisfação de seus interesses pelo adversário. Porém, ao mesmo tempo, como a consecução de seus interesses se dá pela comunhão de uma massa única de bens, à qual só podem acessar na ordem dos créditos e de acordo com as preferências legais, existem evidentes interesses contrapostos.⁹⁹

Assim, ao impugnar o crédito de outro co-credor, o que pretende o impugnante é diminuir o valor que o outro tem a receber, assegurando ativos maiores para suportar o pagamento a si mesmo. É uma situação, já denominada de “plúrima impugnação”,¹⁰⁰ que ocorre comumente nos procedimentos de falência e insolvência civil.¹⁰¹

Todas essas situações mostram que merece haver nova reflexão sobre o interesse de agir nestes procedimentos. Isso sem contar a curiosa hipótese de “auto-falência” e “auto-insolvência”, que são procedimentos contenciosos em que o próprio devedor requer e deflagra o procedimento concursal para satisfação de créditos alheios (art.753 do CPC e arts.97 e 105 da Lei 11.101/05), onde o formato clássico da necessidade-utilidade é insuficiente.¹⁰²

4.2.3. O “interesse jurídico” dos intervenientes e os sujeitos “desinteressados”. A atuação imparcial com base no interesse público.

Tradicionalmente, como visto, a atuação dos sujeitos do processo sempre foi vinculada ao direito material. Assim, historicamente houve uma ligação necessária entre o exercício de posições processuais e o comprometimento do sujeito com a vitória de um dos interesses materiais em disputa.

Nesse sentido, foi consagrada a compreensão do requisito do interesse de agir para a intervenção de um terceiro no processo. O interveniente deveria demonstrar seu *interesse jurídico* na demanda, ou seja, deve comprovar a repercussão que a discussão do processo poderá ter sobre uma relação jurídica titularizada por ele.

99 ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: RT, 11ª Ed., 2007, p.829.

100 FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento de sentença e a execução extra-judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.461.

101 GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. *Op.cit.*, p.574-575; REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1985, reimpressão.

102 GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. *Op.cit.*, p.562.

Assim, o interesse jurídico sempre foi concebido como um “interesse fundado em uma relação jurídica” de direito material (*Rechtsbeziehung begründetes Interesse*).¹⁰³ Não caberia um mero interesse econômico ou altruístico, tampouco a intenção de esclarecer matéria de fato ou de direito.¹⁰⁴

Modernamente, contudo, a atuação de muitos entes, seja na condição de parte ou de terceiro interveniente, vem dismistificando a conceituação tradicional do interesse jurídico. De fato a atuação do *amicus curiae* pode ser indicada, atualmente, como um exemplo interessante de sujeito desinteressado, pois sua participação não é vinculada a uma relação material.¹⁰⁵ Trata-se, como já percebeu Athos Gusmão Carneiro, de uma intervenção com base no interesse público.¹⁰⁶

É similar a posição da Administração Pública nas ações populares e de improbidade administrativa, que motivou a previsão legal expressa de possibilidade de mudança de pólo na demanda.¹⁰⁷ Nestas ações, o

103 JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.344-345. Veja-se o art.50 do CPC.

104 CARNEIRO, Athos Gusmão. “Mandado de Segurança – Assistência e *amicus curiae*”, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.24, jul-ago, 2003, p.36; BAUR, Fritz e GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozeßrecht*. Krißel: Luchterhand, 10. Auflage, 2000, p.102: “Ein nur wirtschaftliches oder ideelles Interesse genügt nicht. Ein rechtliches Interesse ist vor allem anzunehmen in den Fällen der Rechtskrafterstreckung einer Regreßforderung oder Regreßverbindlichkeit”. Cf.HIRTE, Heribert. “Der amicus-curiae-brief - das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 104. Band, Heft 1, 1991, p.43; ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. Op.cit.*, p.59.

105 Contra a qualidade de assistente ao *amicus curiae*, CARNEIRO. Athos Gusmão. “Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos da decisão jurisdicional. Leis n.8.437/92, art.4º e n. 9.469/97, art.5º”, in *Revista Forense*, vol.363, setembro-outubro, 2002, p.183.

106 CARNEIRO, Athos Gusmão. “Mandado de Segurança – Assistência e *amicus curiae*”, *Op.cit.*, p.41; CABRAL, Antonio do Passo. “Pelos asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol.234, dezembro de 2003, também publicado na *Revista de Processo*, vol.117, setembro-outubro de 2004, p.25.

107 No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Op.cit.*, p.248. Percebeu Cássio Scarpinella Bueno, com propriedade, a similitude, no ponto, da atuação da administração pública com o *amicus curiae*. Cf.BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro. Op.cit.*, p.268. Sobre os imperativos éticos na administração pública moderna, confira-se OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública*,

interesse geral na boa gestão pública, na legalidade, na moralidade administrativa, exige uma postura processual que possa ser convencida imparcialmente, com neutralidade sem comprometimento necessário com um interesse material que não a mais eficiente realização do interesse público.¹⁰⁸

O mesmo pode ser sustentado para a atuação judicial das agências reguladoras. Por serem órgãos fiscalizadores, que devem compor interesses variados em prol do bem comum, não podemos imaginar que atuem vinculadas ou presas a um determinado interesse material polarizado. Qualquer que seja a posição processual em que se encontrem no processo, as agências atuam inspiradas no interesse público da regulação e fiscalização, e exercem suas faculdades processuais com imparcialidade.

Por esse motivo, alguns autores chegam a aproximar a atuação das agências àquela do *amicus curiae*, como faz Kazuo Watanabe a respeito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Segundo o autor, por proteger interesses de toda a coletividade no campo do mercado de capitais, sua atuação é sempre desvinculada de um específico interesse material.¹⁰⁹ Cássio Scarpinella Bueno e Osvaldo Hamilton Tavares sustentam, com propriedade, tratar-se de intervenção na qualidade de *amicus curiae*, orientada à interpretação dos fatos em causa e esclarecimento ao juiz, pelo órgão técnico que é a CVM, das repercussões jurídicas no mercado de capitais.¹¹⁰

Fredie Didier Jr., a nosso entender com razão, afirma que, assim como a CVM, a intervenção judicial do Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) também se dá na condição de *amicus curiae*.¹¹¹

corrupção, eficiência. São Paulo: RT, 2007, p.43 e ss.

108 Já tivemos oportunidade de ligar a imparcialidade à neutralidade do sujeito, ou seja, seu distanciamento ou alheação dos interesses em jogo, sem considerações sobre se tal sujeito efetivamente pratica um ato processual na condição de parte. Sobre o tema, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. “Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal”, in *Revista de Processo*, vol.149, julho, 2007, p.341 e ss.

109 WATANABE, Kazuo. “Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”, *Op.cit.*, p.202-203.

110 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.272 e ss; TAVARES, Osvaldo Hamilton. “A CVM como ‘amicus curiae’”, in *Revista dos Tribunais*, n.690, abril, 1993, p.287 e ss.

111 DIDIER JR., Fredie. “A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art.89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal 6.385/1976)”, in *Revista de Processo*, n.115,

Assim também já nos manifestamos, apesar da redação do art.89 da Lei 8.884/94, que menciona ser caso de assistência.¹¹² Parece-nos evidente que a autarquia intervém sem estar vinculada a um determinado interesse material de qualquer das partes, mas sim no interesse público, social, geral,¹¹³ devendo atuar imparcialmente.¹¹⁴

O mesmo pode ser dito de outras agências e órgãos fiscalizatórios, como o Instituto Nacional de Propriedade Industrial nas ações de nulidade de marcas e patentes. Aqui a situação é ainda mais curiosa porque a lei, ao mesmo tempo, permite o ajuizamento da ação pelo INPI (arts.56 e 173 da Lei 9.279/96), mas também afirma que, quando não for autor, o INPI “intervirá no processo” (arts.57 e 175) divergindo a doutrina¹¹⁵ e a jurisprudência sobre se essa intervenção se dá na qualidade de litisconsorte,¹¹⁶ assistente¹¹⁷ ou *amicus curiae*.¹¹⁸

Não podemos concordar com parcela da doutrina que afirma que o INPI “só poderia ser réu” (litisconsorte passivo) nas ações de nulidade, ao argumento de que a disponibilidade ou escolha a respeito da qualidade em que participará do processo não é facultada ao ente, sob pena de gerar uma “indesejada subjetividade”.¹¹⁹

maio-junho, 2004, p.151 e 156-158. É verdade que o autor admite que, em algumas hipóteses de litígios coletivos, as agências e autarquias, por serem co-legitimadas para o ajuizamento das ações, interviriam na qualidade de assistente litisconsorcial. Discordamos, apenas nesta parte, do ilustre autor. Em nosso sentir, quando a atuação do sujeito processual for imparcial, pouco importa a natureza dos interesses materiais discutidos no processo, pois sua intervenção será sempre a título de *amicus curiae*.

112 CABRAL, Antonio do Passo. “Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial”, *Op.cit.*

113 Sobre as diferenças de conceitos de interesse público, geral, social, etc., Cf.MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. *Op.cit.*, p.35 e ss.

114 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.327-329.

115 NEIVA, José Antônio Lisboa. “Questões processuais envolvendo propriedade industrial”, *Op.cit.*, p.23.

116 Confira-se jurisprudência em SCHMIDT, Lélío Denicoli. “O INPI nas ações de nulidade de marca ou patente: assistente ou litisconsorte?”, *in Revista de Processo*, ano 24, n.94, abril-junho, 1999, p.202.

117 TRF da 2ª Região, 3ª Turma – AC 89.02.01119-4, Rel.Des.Fed.Castro Aguiar, DJ 13.07.1995; 4ª Turma – AC 2001.02.01.040801-0, Rel.Des.Fed.Benedito Gonçalves, DJ 25.09.2003; 1ª Turma – AI 89.02.03047-4, Rel.Des.Fed.Célio Erthal, DJ 18.04.1991; 1ª Turma – AC 93.02.06442-5, Rel.Des.Julio Martins, DJ 07.10.1993

118 Cf.BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.294 e ss.

119 ABRANTES, Guilherme de Mattos. “A legitimidade ativa e passiva nas ações de

Discordamos, com todas as vênias, destas opiniões. À administração pública, direta ou indireta, é dado rever seus atos, desde que o faça fundamentadamente e respeitando interesses de terceiros. Não se trata de uma escolha arbitrária, mas uma opção discricionária que, como qualquer ato administrativo, deve ser motivada. Ademais, se atuam com base no interesse público, alheias e distantes dos interesses materiais em disputa, não faz sentido afirmar que “só podem ser réus” ou “só podem ser assistentes” em qualquer processo, até porque, seja autor ou réu, o INPI não defende um interesse material próprio.¹²⁰ Se o conceito legal de citação não impõe a defesa, mas apenas infunde participação, a atuação despolarizada aqui também se impõe.

Portanto, é plenamente cabível, para as agências e os órgãos públicos fiscalizatórios, a troca de pólo ou o exercício provisório de posições processuais do pólo oposto ao que posicionadas as agências, sem que haja qualquer óbice processual para tanto. Aliás, foi essa a *ratio* dos dispositivos da lei da ação popular e da improbidade administrativa.¹²¹

E deve haver nova concepção do interesse de agir para os terceiros intervenientes, não mais presa à relação jurídica material como no formato do “interesse jurídico”.

nulidade de marcas e patentes”, in *Revista dos Tribunais*, ano 94, vol.842, dezembro, 2005, p.68-69.

120 Não podemos concordar com SCHMIDT, Lélío Denicoli. “O INPI nas ações de nulidade de marca ou patente: assistente ou litisconsorte?”, *Op.cit.*, p.212-213. Pensamos, com André Muniz de Souza e Cássio Scarpinella Bueno, que o INPI, como ente fiscalizatório que é, deve atuar impessoalmente, ou seja com neutralidade. O fato de impugnar-se ato administrativo oriundo do INPI não faz com que possamos identificar qualquer interesse material da autarquia. Com razão, BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro. Op.cit.*, p.296 e ss; SOUZA, André Muniz de. “O INPI como interveniente especial nas ações de nulidade: nova interpretação conforme a Lei de Propriedade Industrial”, in *Revista de Processo*, n.119, 2005,p.142-143. Concordamos apenas parcialmente, no ponto, com Scarpinella Bueno, que defende, em alguns casos, a participação do INPI a título de parte.

121 Embora prevendo *de lege ferenda* a aplicabilidade da migração, nos moldes da lei da ação popular e da lei de improbidade administrativa, afirma Neiva, para o INPI, que a migração não seria possível porque a lei 9.279/96 usou a expressão “intervirá”, o que excluiria a atuação como parte. NEIVA, José Antônio Lisboa. “Questões processuais envolvendo propriedade industrial”, *Op.cit.*, p.27. Discordamos do argumento *de lege lata*, que consideramos apegado em demasia à literalidade da lei.

4.3. Os problemas da teoria tradicional sobre o interesse de agir.

Os problemas apresentados pela teorização tradicional do interesse de agir são muitos e não é nossa intenção, em estudo de pequenas proporções como este, apontá-los todos. Alguns, entretanto, são dignos de nota, sobretudo porque as situações apresentadas no item 4.2. são ilustrativas em demonstrar a insuficiência da caracterização do interesse de agir na atualidade.

Inicialmente, vê-se que o conceito de lesão ou estado de lesão como critério para o interesse-necessidade retratava uma visão civilista do direito de ação, que só surgiria como reação à violação ao direito material (*actio nata*).¹²²

Era um conceito forjado na teoria do processo de conhecimento e voltado unicamente para a ação condenatória. A lesão era evidentemente um dado que não cabia bem na teorização da ação declaratória, por exemplo.¹²³ Além disso, desconsideraram-se outros tipos de processo, como os processos cautelar e de execução.

De outro lado, a relação do interesse-necessidade com a lesão tem o grande defeito de permitir a confusão entre o mérito e as condições da ação. Embora comumente, em respeito à abstração do direito de ação, muitos autores se esforcem em diferenciar a existência da lesão (que toca o mérito) e a afirmação da ocorrência da lesão (que seria suficiente para preencher o interesse),¹²⁴ ainda se vêem constantes contradições doutrinárias.¹²⁵ Afinal, podemos realmente diferenciar a

122 Cf.FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*. *Op.cit.*, p.147.

123 Por isso, Chiovenda prefere, ao invés de falar em “lesão”, mencionar que o interesse na ação declaratória decorre de um “estado de fato contrário ao direito”, imputável ao réu por uma relação de causalidade e que, caso não seja definido por sentença, poderá gerar um prejuízo ao autor. CHIOVENDA, Giuseppe. “*L’azione nel sistema dei diritti*”, in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffrè, Reedição de 1993, vol.I, nota 68, p.81-82. Sobre o tema, Cf.TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. *Op.cit.*, p.21 e 100 e ss, 128; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.228. O problema já foi percebido na doutrina brasileira, como se vê na excelente obra de CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

124 SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.168; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.155-156; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.52.

125 Dificuldade que começou com o próprio Bülow, quando estudou os requisitos formais da ação como condições de sua existência. Cf.BÜLOW, Oskar von. “*Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts*”, *Op.cit.*, p.236

“lesão ocorrida” da “lesão afirmada”? Será que a lesão existe *in rerum natura* ou reside apenas no plano das qualificações jurídicas?¹²⁶

Outrossim, o interesse-necessidade prende-se ao conceito de lide, a um conflito de interesses pré-existente e que confrontaria as partes, e se sabe que a lide não é essencial à jurisdição e que, ainda que se verifique, não precisa subsistir em todos os momentos do processo.¹²⁷ Ora, se por vezes os litigantes têm simultaneamente interesses materiais comuns e contrapostos; se os litigantes podem ter interesses contrapostos em um momento, e posteriormente terem interesses comuns; se existem sujeitos do processo, como as agências reguladoras e o *amicus curiae*, que atuam imparcialmente sem qualquer comprometimento com o direito material em disputa; por todas essas razões, vê-se que a existência de um conflito de interesses com outro sujeito não pode ser um requisito para a atuação processual.

O apego à contraposição de direitos, própria do conceito de interesse-necessidade, dificulta, p.ex., a compreensão de faculdades processuais das agências e órgãos públicos quando atuam em juízo. É realmente difícil, na compreensão privatista do interesse de agir (e com ela, do interesse em recorrer), admitir que a intervenção da CVM como *amicus curiae* permita à agência recorrer das decisões judiciais (art.31 §3º da Lei 6.385/76).¹²⁸ E é esse apego que opõe resistência à ampliação das possibilidades de migração de pólo na demanda. Sigamos em frente.

A “necessidade de tutela” não se adequa também aos estudos sobre a legitimidade passiva, ligada ao interesse-necessidade pelo

e ss. Confira-se a dificuldade em diferenciar a afirmação das condições da efetiva existência delas em JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.143-144; REIS, José Alberto dos. “Legitimidade das partes”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano IX, 1925-1926, p.109, 112-113, 125; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “Existem legitimações puramente processuais?”, *Op.cit.*, p.114. Sobre o tema, Cf.GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil. Op.cit.*, p.18-19; ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. Op.cit.*, p.57-58.

126 Como Satta já chamou atenção: SATTA, Salvatore. “*A proposito dell’ accertamento preventivo*”, *Op.cit.*, p.1397.

127 Já há muito tempo se verificou que existem processos sem lide. Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. “*L’ azione nel sistema dei diritti*”, *Op.cit.*, p.34, nota 6.

128 Note-se a perplexidade de DIDIER JR., Fredie. “A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art.89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal 6.385/1976)”, *Op.cit.*, p.159-160, que chega a indagar-se “para quê” e “para quem” recorrer a CVM.

conceito de lesão.¹²⁹ Diz-se, a esse respeito, que o “interesse em contestar”, previsto no art.4º do CPC brasileiro e na segunda parte do art.100 do *Codice* peninsular não possui significado próprio, porque o réu teria interesse pelo tão só fato de ter sido colocado na posição de réu, e com isso se acaba resumindo o interesse na legitimidade.¹³⁰

No que se refere ao interesse-adequação, parece-nos evidente que a adequação do procedimento não pode ser indicativa de interesse. O equívoco já foi apontado pela doutrina: se um sujeito usou o meio inadequado, isso não significa que não tenha interesse; pode até ter atuado com excesso, mas pelo tão só fato de ter manejado um instrumento mais custoso, demorado ou incisivo, não podemos afirmar que atuou sem interesse processual.¹³¹

Aliás, o conceito de interesse-adequação parece estar na “contramão da história” quanto à instrumentalidade das formas. Sem embargo, quando o sistema permite e estimula a aplicação da fungibilidade de meios e conversão de procedimentos, perde em importância qualquer filtro ou restrição à prática de atos processuais pela inadequação formal.¹³²

129 REIS, José Alberto dos. “Legitimidade das partes”, *Op.cit.*, p.113. Chiovenda tenta abordar a legitimidade passiva a partir dos efeitos próprios da coisa julgada que o autor, pela ação declaratória, deseja obter. Cf.CHIOVENDA, Giuseppe. “*L’azione nel sistema dei diritti*”, *Op.cit.*, nota 68, p.83.

130 Como faz, p.ex., SATTÀ, Salvatore e PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 30ª Ed., 2000, p.99-100. Sobre o tema, cf.MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell’art.100 C.P.C.* *Op.cit.*, p.165-166; GRASSO, Eduardo. “*Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire*”, *Op.cit.*, p.345-346. Note-se que a preocupação de não legitimar o réu pelo tão só fato de ser réu não passou despercebida a Fredie Didier Jr. Mas o autor também não apresentou critérios claros para definirmos a legitimidade passiva. Cf.DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação.* *Op.cit.*, p.288-289. De fato, por vezes ocorre o contrário, e alguns autores resumem a legitimidade no interesse (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* *Op.cit.*, p.306 e ss; *Idem*, *Litisconsórcio.* *Op.cit.*, p.129; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação.* *Op.cit.*, p.278; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* *Op.cit.*, p.157; MOREL, René. *Traité Élémentaire de Procédure Civile.* *Op.cit.*, p.30-31) ou ainda fazem decorrer um do outro, por vezes até por meio de presunções. Cf.GRASSO, Eduardo. “*Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire*”, *Op.cit.*, p.341-342.

131 Com razão DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação.* *Op.cit.*, p.286; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil.* *Op.cit.*, p.36.

132 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade”, in NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de*

O problema dessa visão publicista do interesse de agir é acabar justificando qualquer decisão, ainda que arbitrária, fundamentada na economia de atividade processual. Lembremos que deve haver respeito às estratégias legítimas e aos espaços de liberdade válidos para que o sujeito faça escolhas procedimentais sem que o Estado possa retirar-lhe as opções. Como afirma Fredie Didier Jr., “o pior dessa concepção é o incentivo (ou, posto de modo politicamente mais correto, a válvula de escape) que se dá ao magistrado para não admitir o processamento de demandas sob o fundamento de equívoco na escolha do procedimento”.¹³³ Isso ocorre frequentemente com a extinção por inadequação de mandados de segurança, processos cautelares, ações monitórias e outros, quando entende o Tribunal, a seu próprio juízo, que outro seria o mecanismo mais adequado.

Além disso, temos que também o interesse-utilidade não responde às características do moderno direito processual. Hoje é até comum a referência que une ou reconduz a necessidade à utilidade ou vice-versa,¹³⁴ confundindo, até certo ponto, a causa do interesse (seu elemento genético), e o escopo ou resultado a que pretende o interessado.¹³⁵ Enfim, parece não haver clareza a respeito de qual a diferença do interesse-necessidade para o interesse-utilidade.

No mais, a fronteira entre o útil e o inútil não é um *quid* pré-existente ao qual o juiz possa se agarrar,¹³⁶ mas é um dado desenvolvido no curso do procedimento, dinamicamente delineado no contraditório. Se as dinâmicas interações da relação processual fazem de cada contexto situacional um específico ponto de interesses materiais diversos e cambiantes, devemos também no estudo do interesse de agir reduzir a esfera de análise para cada ato ou para “módulos” e momentos

impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2001, p.1090-1094; *Idem*, “O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade”, in *Revista de Processo*, ano 31, n.136, julho de 2006, p.135; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.126; LAMY, Eduardo Avelar de. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

133 DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. *Op.cit.*, p.287.

134 Cf.FABIANI, Ernesto. “*Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*”, *Op.cit.*, p.563; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. *Op.cit.*, p.40.

135 Com razão, no ponto, GRASSO, Eduardo. “*Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire*”, *Op.cit.*, p.325-326.

136 MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, *Op.cit.*, p.208.

processuais precisos, desvinculando a abordagem do interesse-utilidade de uma imutável relação jurídica material, retratando uma realidade pré-processual que pode ter sido, em outro momento e no curso do processo, completamente alterada.

As condições da ação foram historicamente ligadas à relação de direito material do momento da propositura, porque a situação material deve ser afirmada no primeiro ato do processo como causa de pedir (as “alegações de fato e de direito”).¹³⁷ Não obstante, a vinculação aos “direitos subjetivos” ou a “relações jurídicas” limita inadequadamente o que entendemos ser, hoje, a correta apreensão das condições da ação, sobretudo legitimidade e interesse.¹³⁸

Não é possível prender a realidade da vida, rica e em constante alteração, ao “marco zero” do momento em que a ação foi ajuizada. Deve-se atentar, paulatinamente, para as mutações por que pode sofrer a relação jurídica material, bem como as múltiplas pretensões e situações jurídicas correlatas que surgem no curso do processo.

O raciocínio utilitário da verificação do interesse de agir, portanto, deve atentar para cada módulo ou zona de interesse pertinente ao ato ou conjunto de atos que o sujeito deseja praticar. Impõe-se que o julgador se desprenda da narrativa inicial, porque a ação é individuada num momento mas o interesse se verifica como um *posterius*, caracterizado pelo resultado útil do efetivo exercício da ação e da defesa em outra posição temporal.¹³⁹

Por fim, a teoria sobre o interesse de agir no que tange aos terceiros é inadequada ao processo moderno, limitando o contraditório e a participação à exigência privatista de um prejuízo que o sujeito possa sofrer em relações jurídicas materiais próprias.

Ao expurgar o interesse econômico, ou qualquer outra utilidade jurídica que não remeta ao conceito de “relação jurídica material”, o conceito de interesse jurídico segrega do acesso à Justiça um sem

137 DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.278; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale. Op.cit.*, p.273.

138 É o que transparece na mais inovadora contribuição em tema de interesse de agir na ação declaratória, proposta por TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozess*. Studien zur Fortentwicklung des Rechtsschutzverständnisses. Berlin: Duncker & Humblot, 1978, p.12-15.

139 Assim também LANFRANCHI, Lucio. “*Note sull’interesse ad agire*”, *Op.cit.*, p.1134.

número de situações em que interesses materiais co-laterais surgem em decorrência do processo e aos indivíduos envolvidos não é aberta a porta do Judiciário.

Na execução, p.ex., existem múltiplos interesses de vários sujeitos, como os remidores, credores-adjudicadores, arrematantes, licitantes, todos titulares de interesses materiais decididos no processo.¹⁴⁰ Muitas vezes, estes indivíduos possuem interesses materiais e/ou econômicos na execução, e que pretendem ver protegidos, sem que o ordenamento, nos moldes da teoria tradicional, permita sua atuação processual.

Araken de Assis identifica a existência de interesses materiais a serem tutelados em execução sem que pudessem ser encaixados na disciplina tradicional das intervenções de terceiros. Isso fica evidente na leitura das regras sobre a responsabilidade patrimonial, que submete interesses materiais de terceiros à atividade executiva, sem necessariamente assegurar-lhes legitimidade e interesse de agir.¹⁴¹

Ora, urge haver também uma nova concepção do interesse processual para os terceiros intervenientes, quando se vê, na jurisprudência de outros países, uma tendência de abrandamento do conceito de interesse jurídico para reputar suficiente o interesse econômico.¹⁴²

4.4. Zonas de interesse.

Por todo o exposto, é manifestamente insatisfatória a consideração clássica do interesse de agir, seja aquela fulcrada na premissa egoísta do interesse jurídico para os terceiros, na premissa privatista e polarizada do interesse-necessidade, no autoritarismo contrário à instrumentalidade do interesse-adequação.

Devemos ampliar a compreensão do interesse processual, conciliando com a abordagem proposta da *legitimatío ad actum*, autorizando uma apreensão dos filtros das condições da ação a partir de visão mais dinâmica da relação processual e voltada para cada um dos atos processuais.¹⁴³

140 GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. *Op.cit.*, p.341.

141 ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. *Op.cit.*, p.398-399.

142 Assim a referência de Blomeyer para o interesse na ação declaratória. Cf. BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. *Op.cit.*, p.214. Confira-se a crítica à teoria tradicional do interesse de agir em TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. *Op.cit.*, p.17-19.

143 Dinamarco já percebeu que o interesse de agir deve ser aferido para cada ato do

Por isso, não podemos concordar com a idéia de que o interesse processual é “único e imutável”, somente podendo assumir um formato no curso do processo.¹⁴⁴ Em nosso modesto entender, o interesse processual reflete a utilidade cambiante da tutela jurisdicional na vida dos litigantes, uma realidade constantemente sujeita a alterações às quais o processo deve estar apto a responder, facultando a atuação que o litigante repete como a mais adequada para a satisfação de suas situações de vantagem.

É fato que o interesse está sempre ligado a um resultado, porque o raciocínio empreendido é utilitário. Como observou Maurício Zanoide de Moraes, o ato interessado é sempre teleologicamente orientado, até porque a causa do ato e o resultado projetado surgem logicamente no mesmo momento,¹⁴⁵ ainda que o resultado não venha a ser produzido. Não obstante, a utilidade do interesse processual não é aquela definida e propagada tradicionalmente, ligada à relação jurídica, ao direito subjetivo, ou qualquer outro formato privatista. A utilidade que deve nortear o estudo do interesse de agir é uma utilidade processualmente relevante, na óptica do litigante, não do Estado, para atingir um resultado que entende favorável ao seu complexo de situações jurídicas, processuais ou substanciais.

Devemos estudar o interesse de agir, tanto para as partes quanto para os terceiros, num contexto mais amplo do que atualmente vem considerado, compreendendo todo o complexo de atividades que são permitidas aos sujeitos ao longo de todo o curso do procedimento, franqueando sua atuação desde que o ato específico tenha atual e concreta utilidade para o requerente.¹⁴⁶ Se dinamicamente analisado, e verificado para cada ato ou posição processual, o conceito de “zona de interesse” pode ser fecundamente aplicado em diversas hipóteses.

processo. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.128 e nota 23. Como afirma Maurício Zanoide de Moraes, em lição para o processo penal, mas aplicável também ao processo civil, “hodiernamente, no processo penal, o estudo das várias espécies de interesse está crescendo como forma de verificação da utilidade e pertinência não só do processo como um todo, mas também de cada ato do *iter* procedimental”. MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. *Op.cit.*, p.73.

144 Como afirma FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*. *Op.cit.*, p.199-200, junto com Rocco, ainda que considere que o interesse processual possa desaparecer até o fim da litigância.

145 MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. *Op.cit.*, p.64-67.

146 MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell'art.100 C.P.C.* *Op.cit.*, p.167-168.

Essa aplicação dinâmica do interesse de agir parece ser adotada pela jurisprudência norte-americana no que tange ao requisito de “*standing to sue*”, similar ao nosso interesse processual. Algumas decisões têm verificado o *standing* para diversos aspectos de um mesmo caso. Assim, uma parte pode ter interesse em contestar alguns aspectos de um ato administrativo, mas não outros.¹⁴⁷

O mesmo tem sido observado na admissibilidade de litigância conjunta (*joinder*) com base em juízos de eficiência e conveniência da atuação em multiplicidade subjetiva.¹⁴⁸ Eis aqui a necessidade que temos de reestudar ou aprimorar a teoria do litisconsórcio, cujas linhas tradicionais não se conseguem aplicar com justeza à migração entre os pólos da demanda, p.ex.¹⁴⁹ Ao pensarmos nas finalidades específicas de cada ato, e dos múltiplos interesses e zonas de interesses existentes para as partes e para os terceiros, podemos consentir numa maior flexibilização da estabilização subjetiva da demanda, ampliando, em algumas hipóteses, os poderes do litisconsorte em migrar para outro pólo.¹⁵⁰

É claro que o princípio dispositivo e a liberdade do autor em formular a demanda devem ser principiologicamente preservados, mas abrir o conceito de interesse processual para admitir a migração de pólo nem sempre interfere substancialmente na demanda e talvez tenha muito menos efeitos processuais que as alterações objetivas da demanda.

De outro lado, as zonas de interesse, ao analisarem um ou alguns atos processuais, permitem a segmentação da participação processual, permitindo a atuação e a intervenção para finalidades específicas no processo, desde que úteis ao postulante. A abordagem pode servir para a solução dos chamados “temas de decisão”, parcelas de uma situação jurídica substancial¹⁵¹ ou pré-questões (*Vorfragen*), ou seja, situações

147 Cf. FRIEDENTHAL, Jack.H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. St.Paul: West, 3ª Ed., 1999, p.336.

148 *Idem*, p.339-339.

149 Como notaram DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.248.

150 Sobre o litisconsórcio nas ações populares e nas ações de improbidade administrativa, e a discussão sobre se o litisconsorte pode ou não “escolher” de que lado vai participar, Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. *Op.cit.*, p.174; GOMES JR., Luiz Manoel. “Ação Popular – alteração do pólo jurídico da relação processual – considerações”, *Op.cit.*, p.122-126; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.261-262.

151 Edoardo Ricci fornece o exemplo da nulidade de cláusula contratual, que pode

jurídicas prévias, premissas para a questão principal¹⁵² e que são diversas daquela ligação quase sagrada que a doutrina tradicional faz entre o direito subjetivo (ou a relação jurídica) e as condições da ação.¹⁵³

A partir desta “desrelacionalização” do interesse de agir, podemos enxergar inúmeras situações em que haveria zona de interesse a permitir a atuação de um sujeito desvinculada da lide, da lesão a um direito subjetivo e da polarização da demanda.

Isso é especialmente defendido, na literatura italiana e alemã, para a tutela declaratória, onde há realmente maior dificuldade para identificar a “zona de tutela” que permite o ordenamento.¹⁵⁴ Especialmente na ação declaratória, o interesse de agir não pode ficar ligado ao direito subjetivo, e deve ter seus pressupostos estudados em outra perspectiva que não aquelas criadas historicamente para a ação condenatória.¹⁵⁵ Com a ampliação do interesse processual pelas zonas de interesse, a tutela declaratória ganha novos contornos e grande utilidade que a tutela condenatória não tem, perdendo-se a pecha de ser uma tutela “suplente” à condenatória.¹⁵⁶

Pensamos que o desenvolvimento dessas idéias pode ser útil, na tutela declaratória, também para os direitos submetidos a condição ou termo, que existem e podem ser declarados judicialmente mesmo na

ser premissa para outros direitos, como p.ex., ao ressarcimento. Cf. RICCI, Edoardo F. “*Sull’ accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*”, *Op.cit.*, p.655 e nota 8, onde aborda a controvérsia sobre a natureza declaratória ou constitutiva sobre a ação de nulidade contratual.

152 TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. *Op.cit.*, p.130-132.

153 CHIOVENDA, Giuseppe. “*Azioni e sentenze di mero accertamento*”, in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffrè, Reedição de 1993, vol.III, p.26-27.

154 LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.155; MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, *Op.cit.*, p.209-210. A discussão se trava, p.ex., em matéria de direito laboral e previdenciário, como em pedidos de declaração de um estado de fato (uma doença, p.ex.), que se entende que só pode ser certificado se em face de um requerimento final de concessão de licença ou adicional de insalubridade, etc. Cf. MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell’art.100 C.P.C.* *Op.cit.*, p.145. A jurisprudência destes dois países já admitiu o fracionamento de questões de mérito em julgamentos, o que pode ser observado em certos arestos do *Bundesarbeitsgericht* e da *Cassazione*.

155 TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. *Op.cit.*, p.12-13.

156 MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, *Op.cit.*, p.210.

inexistência de qualquer lesão.¹⁵⁷ Também podem servir para nortear o interesse processual no modelo de fracionamento da resolução do mérito, admitindo-se a cognição e decisão, com força de coisa julgada, para um singular aspecto ou uma específica pré-questão de uma relação jurídica material. Porém, deve-se observar que a utilidade do provimento deve ser atual e concreta, proibindo a solução de uma questão abstrata, imaginariamente projetada como um problema distante. Para autorizar a legítima atuação judicial deve haver um interesse “concreto, efetivo e atual” na tutela jurídica,¹⁵⁸ ou seja, se o requerente tiver alguma utilidade prática no requerimento, ainda que toque apenas parcela da relação material.¹⁵⁹

O conceito mais amplo de zona de interesse pode ser útil também, para além da tutela declaratória, para ampliar a esfera de aplicação do interesse de agir para os procedimentos de certificação fática,¹⁶⁰ ou ainda nos casos em que a *fattispecie* constitutiva do direito material é de formação progressiva, e que não poderia, como óbvio, ser analisada estaticamente.¹⁶¹ Nesta hipótese, pode haver interesse em resolver uma controvérsia em torno de uma determinada parcela da situação material, que somente surgirá em sua integralidade no futuro justamente porque ainda em desenvolvimento.

As zonas de interesse podem servir ainda para os casos, em que

157 WACH, Adolf. “*Der Rechtsschutzanspruch*”, *Op.cit.*, p.15.

158 WACH, Adolf. *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*. Reimpressão do original, 1888, p.15, 52-54; BÜLOW, Oskar von. “*Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts*”, *Op.cit.*, p.216: “Das wird denn auch sowohl durch das, was Wach (Handbuch, s.21) über die Abhängigkeit des Rechtsschutzanspruchs von der ‘Rechtsposition’ der Partei und (s.19 u.22) über das zum Rechtsschutzanspruch erforderliche, den Anspruch auf prozessualischen Rechtsschutz begründende ‘wirkliche, nicht eingebildete Rechtsschutzinteresse’ bemerkt, bestätigt, wie durch seine Erklärung (Feststellungsanspruch,s.15), der Rechtsschutzanspruch sei ‘geknüpft an konkrete ausserprozessualische Thatbestände’”. Cf.VERDE, Giovanni. “*Sulla ‘minima unità strutturale’ azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1989, p.577.

159 GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts*. *Op.cit.*, p.371-372; MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell’art.100 C.P.C.* *Op.cit.*, p.142, 147.

160 MONTESANO, Liugi. “*Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol.XXIV, II, 1969, p.597-600; TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. *Op.cit.*, p.13.

161 MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, *Op.cit.*, p.203.

não seja tão simples identificar com precisão todas as posições subjetivas correlatas que estejam em jogo ou que possam sofrer interferências da discussão no processo.

Nestes casos, como não há uma referência subjetiva clara que permita um juízo de comparação direto com algum sujeito determinado (o que ocorre no direito subjetivo ou na relação jurídica), não se pode trabalhar a legitimidade e o interesse de agir nos mesmos moldes clássicos.¹⁶² Assim, como afirma Merlin, devemos recorrer à dinâmica jurídica para solucionar a possibilidade de formulação de pretensões multilaterais.¹⁶³

Para casos como estes, os ordenamentos do *common law* acenam com um procedimento próprio de litigância plurissubjetiva, denominado *interpleader*, que pode ser utilizado quando os “contra-interessados” são indefinidos,¹⁶⁴ e que permite atuações dinâmicas, ingressando no processo ou se retirando da litigância de acordo com as circunstâncias e a estratégia do momento.¹⁶⁵

162 RICCI, Edoardo F. “*Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*”, *Op.cit.*, p.657-658: “Come è noto, si contendono qui il campo due tesi: quella che identifica il legittimato attivo e il legittimato passivo negli effettivi titolari (attivo e passivo) del *thema decidendum*; e quella che preferisce valorizzare la prospettazione contenuta nella domanda, considerando legittimato attivo chi si afferma titolare attivo della situazione controversa (anche se non lo è), e titolare passivo chi è presentato nell'atto introduttivo del processo come titolare passivo della stessa situazione (anche se non lo è). Ma si può parlare di titolarità attiva o passiva (effettiva o semplicemente affermata) della situazione giuridica dedotta nel processo, solo a patto che tale situazione giuridica possa essere riferita a soggetti determinati; e quando si discute della nullità e della inefficacia per simulazione come situazioni giuridiche meramente preliminari, la constatata non riferibilità ad alcun soggetto rende improponibile l'intera costruzione”.

163 WATANABE, Kazuo. “Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”, *Op.cit.*, p.202; MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, *Op.cit.*, p.213-215. Isso ocorre também nos interesses coletivos *lato sensu*. Cf. GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. *Op.cit.*, p.52. A jurisprudência brasileira já afirmou que, nestes casos, a ação pode ser dirigida contra qualquer indivíduo, seja proprietário, possuidor, promissário comprador, qualquer um que tenha “relação jurídica próxima” ao imóvel, que depois poderá regredir, se for o caso, contra quem deve suportar em caráter final a condenação. Confira-se, STJ – REsp n.194.481-SP, Rel.Min.Ruy Rosado de Aguiar.

164 FRIEDENTHAL, Jack.H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. , *Op.cit.*, p.779 e ss.

165 Confira-se maiores detalhes e exemplos em FRIEDENTHAL, Jack.H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure*, *Op.cit.*, p.782-785.

Dinamarco, no Brasil, chamou atenção para o raro tratamento dado para a figura do litisconsórcio alternativo ou eventual, que poderia servir a estes casos.¹⁶⁶ Em sentido semelhante, Luiz Fux menciona a relevância do estudo da participação de terceiros no processo de execução, quando as obrigações têm “titulares ocultos”, quando entram em cena a teoria da aparência e a desconsideração da personalidade jurídica.¹⁶⁷

Por fim, o conceito de zonas de interesse pode servir para uma maior compreensão do interesse processual nas ações populares, nas ações de improbidade, e em todas as atuações processuais desvinculadas de um interesse material específico. Nestas, o interesse de agir deve continuar ligado a premissas de utilidade, embora voltados para o interesse público ou cívico.¹⁶⁸ A “utilidade para o interesse público”, prevista no art.6º §3º da lei da ação popular, é a positivação desta concepção ampliativa de interesse processual.

E é a zona de interesse, ao lado da legitimidade para o ato, que permite a aplicação ampliativa da migração interpolar.

5.Sugestões para o desenvolvimento do tema.

Não pretendemos, neste momento em que nos encaminhamos ao fim da exposição, ampliar o tratamento das possibilidades de migração entre pólos ou atuação despolarizada. Não obstante, algumas conseqüências e hipóteses podem e devem ser colocadas como ponto de partida para ulterior análise.

Como dissemos anteriormente, ainda que a polarização tenha uma função dialética de formalizar o debate e facilitar a aplicação cotidiana do contraditório, não podem os sujeitos do processo, em determinadas situações, ficarem presos à polaridade inicial. Entendemos que as migrações serão permitidas se alguns requisitos se demonstrarem presentes.

166 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.390 e ss.

167 FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento de sentença e a execução extra-judicial*. *Op.cit.*, p.110-111.

168 Assim, ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. “O conteúdo eficaz da sentença da ação popular: sobrevive uma ação de direito material coletiva?”, in DIDIER JR, Fredie e MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p.402. Em sentido diverso, GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças”, *Op.cit.*, p.142, considerando que os objetivos da ação popular são similares aos da ação civil pública ajuizada pelo MP, onde evidentemente este aspecto cívico não se observa.

5.1. Pressupostos para a migração entre pólos e a atuação despolarizada. Migrações sucessivas e migrações pendulares. Revogabilidade de atos processuais e admissibilidade.

Os primeiros pressupostos que devem ser preenchidos para que seja autorizada a alteração de pólo são, como vimos anteriormente, a *legitimatatio ad actum* e a zona de interesse do requerente.

A estes requisitos, somam-se outros. O tema mereceria uma reflexão mais aprofundada, mas já podemos adiantar alguns pontos que pensamos poderem nortear a aplicação prática das idéias expostas.

A depender da condição do sujeito, a migração entre pólos pode ser sucessiva, ou seja, se e quando o sujeito processual convencer-se do acerto das razões de outros sujeitos e decidir pela atuação conjunta consigo. Essa é a situação dos sujeitos desinteressados, como o *amicus curiae* e os órgãos da administração pública. Tais entes não ficam presos a um pólo, podendo migrar novamente se assim se convencerem em prol do interesse público. Por essa razão, Mazzei denomina a hipótese da lei da ação popular como sendo de uma intervenção “móvel”, em que a alteração de pólo é permitida mais de uma vez e em qualquer sentido.¹⁶⁹

Quando estivermos diante de soluções cooperativas na condução do processo, como os acordos de procedimento e requerimentos conjuntos, os sujeitos do processo poderão unir-se temporariamente para a prática de atos processuais, devendo ser-lhes reconhecida zona de interesse para tanto. Esta migração pode ser chamada de “pendular”, já que, após a prática do(s) ato(s) em conjunto, os sujeitos retornam à polaridade inicial, retomando o formato clássico de contraposição de posições.

Por outro lado, a atuação despolarizada, independentemente de qualquer referência à lide, ao direito subjetivo ou à pretensão, é o caminho a ser seguido nos casos de fracionamento do mérito, já que todas as partes e terceiros podem ter interesse e legitimidade para impugnar um elemento da relação jurídica *sub judice*, desde que respeitada a utilidade atual e concreta para a esfera jurídica do interessado.

Em todas estas categorias ou espécies de migração, muitas outras

169 MAZZEI, Rodrigo. “A ‘intervenção móvel’ da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6º, §3º da LAP e art.17§3º da LIA)”, *Op.cit., loc.cit.*

questões seriam dignas de análise. A moldura apresentada é apenas uma referência genérica.

Não obstante, haverá muitos casos em que, apesar da possibilidade geral de migração, diante de específicas situações processuais, a mudança de pólo não será autorizada. A vedação geralmente observar-se-á para a proteção de direitos de terceiros ou para a preservação da confiança legítima das partes na manutenção de comportamentos anteriores. Entram em jogo as preclusões, não só as temporais, como também as lógicas e consumativas. Assim, pensamos que a troca de governos não permite uma desmedida, sucessiva e incompatível troca de pólos pelo ente público, se tiver sido criada expectativa legítima, aos demais sujeitos, de manutenção de condutas processuais já tomadas.¹⁷⁰

Teríamos que analisar também a revogabilidade dos atos processuais, e se, ao mudar de pólo, as condutas processuais tomadas pelo sujeito a partir de então seriam compatíveis com atos anteriormente praticados. Lembremos que o exercício da defesa, p.ex., torna litigiosa a coisa, impõe ônus probatórios, exige programação e avaliações que passam desde a coleta de documentos até a formulação de alegações para a linha argumentativa do litigante. Deve haver preservação, não só do contraditório e ampla defesa, dos direitos de terceiros, como também se impõe um juízo de eficiência, evitando que o processo, por conta da migração, tenha que retornar a etapas anteriores.

170 Luiz Manoel Gomes Jr., que afirma que o ente pode passar do pólo passivo para o pólo ativo, mas não o inverso. Mancuso e Bueno entendem ser possível a migração para que o amadurecimento da questão, ao longo do processo, possibilite uma melhor tomada de posição da administração pública em torno da melhor realização do interesse público. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular. Op.cit.*, p.174-176; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro. Op.cit.*, p.263-264. Concordamos com os ilustres professores. Desde que a questão não seja uma mera divergência político-partidária, o dinamismo da relação processual impõe que a migração seja possível durante o processo. Porém, como afirmamos no texto, deve haver respeito aos direitos de terceiro, como também pode ser que, à luz das preclusões e da irrevogabilidade de atos processuais, não seja mais possível a troca de pólo em um dado momento do procedimento.

5.2. Encargos de sucumbência. Remessa necessária. Impossibilidade de migração.

No que se refere às conseqüências da aplicação deste formato despolarizado, algumas linhas introdutórias também podem ser desenvolvidas aqui.

Em nosso entender, a transferência de pólo faz escapar dos encargos de sucumbência em sua totalidade. A atuação conjunta pela satisfação de um mesmo interesse material corrói a idéia vetora da causalidade para a condenação nas despesas processuais e permite, se não a exclusão total do migrante do pagamento das despesas, ao menos sua redução.

É claro que, se a migração ocorrer em momento muito precoce do processo, pode-se sustentar a redução substancial da condenação nas despesas (art.21, parágrafo único, CPC); se ocorrer num marco temporal adiantado, próximo da decisão definitiva, a migração deve ser desconsiderada para estes fins, caso contrário poderia ser usada como um subterfúgio para eximir-se do pagamento diante da iminente derrota. Aplicável aqui é a disciplina de condenação proporcional nos encargos da sucumbência prevista em lei para partes e terceiros, a depender da intensidade de sua atuação em favor do interesse material derrotado (arts.19 §1º, 20 §1º, 21, 23, 32, todos do CPC).

Impõe-se diferenciar ainda se estamos diante da migração num quadro de litisconsórcio. Isso porque, quando não há pluralidade de partes, existe necessidade de impor a um dos litigantes os custos do processo e vemos com dificuldade a redução, mesmo proporcional, destes custos. No entanto, quando houver litisconsórcio, a migração pode reduzir proporcionalmente a condenação do migrante, sem deixar de impor aos demais litisconsortes o custo econômico da litigância, aplicável a estes o princípio da causalidade.

No que tange à remessa necessária, também este instituto pode sofrer repercussões da migração entre pólos. Isso porque, ao migrar da posição de réu para juntar-se ao autor, a atuação conjunta da administração pública com o autor faz entender que a função protetiva¹⁷¹ que o duplo grau obrigatório possui em relação à sucumbência estatal não se observa mais.

171 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol IV, 3ª Ed., 2008, p.332.

Por fim, cabe destacar que, na exata medida em que houver pedidos formulados contra o sujeito do processo, não pode este pretender migrar para outro pólo para escapar da responsabilidade ou de uma sentença de procedência favorável ao requerente. Seria inimaginável que estivesse no âmbito da vontade do requerido a disposição sobre o pedido de outrem. Se sua migração pode reduzir-lhe os encargos de sucumbência, não apaga o pedido formulado, a não ser que dele disponha o próprio requerente.

6. Breve conclusão.

Nosso objetivo, no presente estudo, foi identificar se existe a possibilidade de migração interpolar na demanda, ou ainda se seria defensável uma atuação dos sujeitos do processo que poderia ser definida como “despolarizada”. Parece-nos, como já antecipado, que a resposta é afirmativa.

Ao indagarmos quais seriam as dificuldades para imaginar a prática de atos processuais sem uma referência polar ou bipolar, identificamos uma situação doutrinária de desenvolvimento insuficiente da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir, conceitos jurídico-processuais construídos sob premissas antigas e que não conseguem responder aos contornos modernos do processo civil. Estas condições da ação não se adequam a procedimentos executivos e de certificação fática, bem aos acordos procedimentais e soluções cooperativas. Além disso, são institutos que limitam por demais a intervenção de terceiros e que não se coadunam com as técnicas declaratória e de fracionamento da resolução do mérito.

Na impossibilidade de estendermos, nesta sede, todos os temas correlatos, as objeções à tese e suas infundáveis aplicações práticas, deixaremos para outra oportunidade um tratamento mais abrangente. Esperamos, contudo, que de todo o exposto possamos ter despertado a atenção dos leitores não só para este tema quase inexplorado das migrações entre pólos da demanda, mas também para a constatação que o estudo das condições da ação ainda não está superado. Muito ainda há para desenvolver.

As novas e futuras gerações são e serão chamadas a estudar a ação à luz da multiplicidade de mecanismos de tutela hoje existentes, e diante das realidades processuais cambiantes, que refletem, no processo, o dinamismo da vida moderna.

7. Referências Bibliográficas.

ABRANTES, Guilherme de Mattos. “A legitimidade ativa e passiva nas ações de nulidade de marcas e patentes”, in *Revista dos Tribunais*, ano 94, vol.842, dezembro, 2005.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. “O conteúdo eficaz da sentença da ação popular: sobrevive uma ação de direito material coletiva?”, in DIDIER JR, Fredie e MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito. Instrumentos de brevidade da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARMELIN, Donaldo. “Ação Civil Pública: legitimidade processual e legitimidade política”, in SALLES, Carlos Alberto de (Org). *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: RT, 11ª Ed., 2007.

ATTARDI, Aldo. “*Interesse ad agire*”, in *Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione Civile, IX, Torino, 1993.

_____. *L'interesse ad agire*. Padova: CEDAM, 1958.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, in *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, ano III, n.9, set-dez, 1969.

_____. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, in *Revista dos Tribunais*, ano 58, v. 404, junho de 1969.

_____. “Condomínio de edifício de apartamentos: capacidade para ser parte e legitimação para agir. Caução”, in *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BAUMBACH, Adolf. *Elementarbuch des Zivilprozesses*. München: C.H.Beck, 2ª Ed., 1941.

BAUMGÄRTEL, Gottfried. “*Treu und Glauben im Zivilprozeß*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 86.Band, Heft 3, 1973.

BAUR, Fritz e GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozeßrecht*. Krefel: Luchterhand, 10. Auflage, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Legitimidade processual e legitimidade política”, in SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003.

BERRIAT SAINT-PRIX, M. *Cours de Procédure Civile e Criminelle*. Bruxelles: Stapleau, 5ª Ed., tomo I, 1823.

BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. Berlin: Duncker & Humblot, 2ª Ed., 1985.

BRÜGGEMANN, Dieter. “Unausgebildete Gegnerschaftsverhältnisse”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 81.Band, 1969.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2ª Ed., 2008.

BÜLOW, Oskar von. “Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts”, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, XXVII, 1900.

CABRAL, Antonio do Passo. “Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal”, in *Revista de Processo*, vol.149, julho, 2007.

_____. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, in *Revista de Processo*, Ano 30, vol.126, agosto de 2005.

_____. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, in *Revista de Processo*, vol.147, maio de 2007.

_____. “Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol.234, dezembro de 2003, também publicado na *Revista de Processo*, vol.117, setembro-outubro de 2004.

CADIET, Loïc. “Conventions relatives au procès en droit français”, in *Revista de Processo*, ano 33, n.160, junho, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol.I, 2ª ed., 1999.

CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXII, n.3, suplemento, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “Mandado de Segurança – Assistência e *amicus curiae*”, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.24, jul-ago, 2003.

_____. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 17ª Ed., 2008.

_____. “Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos da decisão jurisdicional. Leis n.8.437/92, art.4º e n. 9.469/97, art.5º”, in *Revista Forense*, vol.363, setembro-outubro, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 2ª Ed., 1941.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, ristampa, volume I, 1930.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Azioni e sentenze di mero accertamento”, in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffrè, Reedição de 1993, vol.III.

_____. “L’azione nel sistema dei diritti”, in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffrè, Reedição de 1993, vol.I.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol IV, 3ª Ed., 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXXII, n.2, junho, 1978.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

DIDIER JR. Fredie. “A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art.89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal 6.385/1976)”, in *Revista de Processo*, n.115, maio-junho, 2004.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. “O princípio da cooperação: uma apresentação”, in *Revista de Processo*, ano 30, n.127, set.2005.

_____. “Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto”, in *Revista Forense*, ano 96, vol.351, jul-set, 2000.

DIDIER JR., Fredie e ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, vol.4, 2ª Ed., 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, vol.II, 3ª Ed., 2003.

_____. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 4ª Ed., 2006.

_____. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 7ª Ed., 2002

DONOSO, Dênis. “Alienação de bens do cônjuge alheio à execução: análise crítica ao novo art.655-B do CPC, sua (in)constitucionalidade e instrumentos de defesa”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, n.68, novembro, 2008.

FABIANI, Ernesto. “*Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1998.

FAZZALARI, Elio. “*La dottrina processualistica italiana: dall’azione al ‘processo’ (1864-1994)*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, n.4, 1994.

_____. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 8ª Ed., 1996.

FERRAND, Frédérique. “*The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*”, in TROCKER, Nicolò e VARANO, Vincenzo (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G.Giappichelli, 2005.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação. Enfoque sobre o interesse de agir*. São Paulo: RT, 3ª Ed., 2005.

FRIEDENTHAL, Jack.H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. St.Paul: West, 3ª Ed., 1999.

FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento de sentença e a execução extra-judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GARSONNET, E., e CÉZAR-BRU, Ch. *Précis de Procédure Civile*. Paris: Sirey, 9ª Ed., 1923.

GOMES JR., Luiz Manoel. “Ação Popular – alteração do pólo jurídico da relação processual – considerações”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, vol.10, janeiro, 2004.

GOTTWALD, Peter. “*About the extension of collective legal protection in Germany*”, in *Revista de Processo*, v.32, n.154, dezembro, 2007.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “Existem legitimações puramente processuais?”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, n.65, agosto, 2008.

GRASSO, Eduardo. “*Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire*”, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*. Padova: CEDAM, Diritto Pubblico, IV, 1970.

GRECO, Leonardo. “Ações na execução reformada”, in SANTOS, Ernani Fidelis

dos, et alii (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: RT, 2007.

_____. *A teoria da ação no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Processo de Execução.* Rio de Janeiro: Renovar, vol.I, 1999.

GREGGER, Reinhard. “*Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 113. Band, Heft 4, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “*Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças*”, in SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público.* São Paulo: RT, 2003.

_____. “*Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e coisa julgada*”, in *Revista Forense*, ano 98, vol.361, maio-junho, 2002.

GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts.* Bielefeld: Gieseking, 2ª Ed., 1974.

HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationrecht.* Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 2a Ed., 1990.

HIRTE, Heribert. “*Der amicus-curiae-brief - das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 104. Band, Heft 1, 1991.

JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht.* München: C.H.Beck, 28ª Ed., 2003.

LAMY, Eduardo Avelar de. *Princípio da fungibilidade no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2007.

LANFRANCHI, Lucio. “*Note sull’interesse ad agire*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXVI, n.3, 1972.

LEIPOLD, Dieter. “*Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*”, in GILLES, Peter (Hrsg). *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung.* Berlin: Carl Heymanns, 1983

LENT, Friedrich. “*Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 67.Band, Heft 5, 1954

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* Trad..Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LÜKE, Gerhard. “*Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 108 Band, Heft 4, 1995.

LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck, 9ª Ed., 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. São Paulo: RT, 5ª Ed., 2003.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: RT, 6ª Ed., 2004.

_____. “Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual”, in *Revista dos Tribunais*, ano 89, vol.771, janeiro, 2000.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Torino: G.Giappichelli, 30ª Ed., 2000.

MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell'art.100 C.P.C. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*. Trento: Alcione, 2005.

MAZZEI, Rodrigo. “Ação popular e o microsistema da tutela coletiva”, in DIDIER JR, Fredie e MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. “A ‘intervenção móvel’ da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6º, §3º da LAP e art.17§3º da LIA)”, in DIDIER JR., Fredie, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007

MEIRELES, Edilton. “Função do título executivo e a legitimidade na execução”, in *Revista Ltr*, vol.64, n.5, maio, 2000.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

MERLIN, Elena. “*Mero accertamento di una questione preliminare?*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1995.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e colaboração*. Tese de doutorado apresentada à UFRGS, 2007, no prelo.

MONACIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 10ª Ed., 2005.

MONTESANO, Liugi. “*Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol.XXIV, II, 1969.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

- MOREL, René. *Traité Élémentaire de Procédure Civile*. Paris: Sirey, 10ª Ed., 1949.
- MÜLLER, Thomas M. *Gesetzliche undprozessuale Parteipflichten*. Zürich: Schulthess, 2001.
- NEIVA, José Antônio Lisboa. “Questões processuais envolvendo propriedade industrial”, in *Revista Jurídica Consulex*, ano VI, n.128, maio, 2002.
- _____. *Improbidade Administrativa. Estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. Niterói: Impetus, 2ª Ed., 2006
- NERY JR. Nelson. “Legitimidade para argüir a incompetência relativa”, in *Revista de Processo*, ano 13, n.52, out-dez, 1988.
- NIKISCH, Arthur. *Zivilprozeßrecht*. Tübingen: Mohr, 1950.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, eficiência*. São Paulo: RT, 2007.
- PINTO, Nelso Luiz. “A legitimidade ativa e passiva nas ações de usucapião”, in *Revista de Processo*, ano 16, n.64, out-dez, 1991.
- POHLE, Rudolf. “Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis”, in *Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag*. München: CH Beck, 1957.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 2ª Ed., 1979.
- REIS, José Alberto dos. “Legitimidade das partes”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano IX, 1925-1926.
- _____. *Processo de Execução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1985, reimpressão.
- RICCI, Edoardo F. “Sull’ accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1994.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. “Da ação popular”, in FARIAS, Cristiano Chaves de e DIDIER JR., Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação estravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SATTA, Salvatore e PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 30ª Ed., 2000.

SATTA, Salvatore. “A proposito dell’accertamento preventivo”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XIV, 1960.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. “O INPI nas ações de nulidade de marca ou patente: assistente ou litisconsorte?”, in *Revista de Processo*, ano 24, n.94, abril-junho, 1999.

SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Karlsruhe: C.F. Müller, 7ª Ed., 1951.

SILVA, Paula Costa e. “A ordem do juízo de D.João III e o regime processual experimental”, in *Revista de Processo*, n.156, fevereiro, 2008.

SOUZA, André Muniz de. “O INPI como interveniente especial nas ações de nulidade: nova interpretação conforme a Lei de Propriedade Industrial”, in *Revista de Processo*, n.119, 2005.

TARUFFO, Michele. “Some remarks on group litigation in comparative perspective” in *Duke Journal of Comparative and International Law*, n.11, 2001.

TAVARES, Osvaldo Hamilton. “A CVM como ‘amicus curiae’”, in *Revista dos Tribunais*, n.690, abril, 1993.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. Studien zur Fortentwicklung des Rechtsschutzverständnisses. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2ª Ed., 2000.

VERDE, Giovanni. “Sulla ‘minima unità strutturale’ azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1989.

WACH, Adolf. “Der Rechtsschutzanspruch”, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, XXXII, 1904.

_____. *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*. Reimpressão do original, 1888

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade”, in NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001.

_____. “O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade”, in *Revista de Processo*, ano 31, n.136, julho de 2006.

WATANABE, Kazuo. “Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”, in *Revista de Processo*, ano IX, n.34, abril-junho, 1984.

ZANETI JR. Hermes. “A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico”, in ASSIS, Araken de *et alii* (Coords.). *Direito Civil e Processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008.

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA INEXCUSABLE VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

Raúl Cervini¹⁷²

Resumen: El autor analiza los postulados y consecuencias intradogmáticas del llamado Derecho penal del enemigo a partir de los propios textos del Profesor Jakobs y los confronta con los paradigmas penales propios del Estado de Derecho. La transcripción objetiva de los textos del Profesor de Bonn pone en evidencia que su estrategia promocional funcionalista tiene claros efectos en el campo de las garantías sustantivas y procesales penales, particularmente su concepto de “persona” y de “enemigo” contradice radicalmente con los postulados de un Derecho penal de vertiente antropológica, que no admite la posibilidad de un segmento de ciudadanos excluidos del sistema general de garantías democráticas y trasunta finalmente, un inadmisibles desconocimiento de la Dignidad de la Persona Humana, eje central de la estructura de valores que procura efectivizar el Estado Democrático de Derecho.

Abstract: The author analyzes the assumptions and intradogmatic consequences of the so-called Enemy Criminal Law by studying the texts of Professor Jakobs, and confronting them with the criminal paradigms of a State of Law. The transcript of the texts of the Professor from Bonn evidences that its promotional functionalist strategy has clear effects in the field of substantive and procedural safeguards, in particular his concepts of “person” and “enemy” are radically inconsistent with the principles of an anthropological view of Criminal Law, which does not admit the possibility of excluding certain segment of citizens from the general system of the democratic guarantees and derives in an unacceptable disregard of Human Dignity, the basic value which the Democratic State of Law seeks to protect.

Palabras Clave: Derecho penal del enemigo, funcionalismo, persona, enemigo, Principios penales democráticos, Dignidad inherente al Hombre.

172 Catedrático de Derecho Penal, Docente de Pos-grado y Director del Departamento Penal de UCUDAL, Prof. Agregado Efectivo (G4) de Derecho Penal de UDELAR, Secretario General Para América Latina y Vicepresidente del ICEPS (NY).

Key Words: Enemy criminal law, functionalism, person, enemy, democratic criminal principles, human dignity

Sumario: I. PLANTEO PRELIMINAR; II. CARACTERES GENERALES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CONTEXTO DE LA ESTRATEGIA PROMOCIONAL FUNCIONALISTA. SU TRASCENDENCIA ADJETIVA Y SUSTANTIVA 1. Adelantamiento de la protección penal, 2. Estrategia pro-activa, 3. Menos garantías, 4. Cambio en la Política Criminal internacional, 5. Subversión a los Principios del dogma penal garantizador propio del Estado Democrático Social de Derecho, 5.1. Sobre el Principio de culpabilidad, 5.2 Sobre la confusión entre dolo y culpa, 5.3 Sobre el Principio de Legalidad, 5.4 Sobre las garantías del ciudadano); III. CONCEPTOS DE PERSONA Y ENEMIGO PARA JAKOBS: 1. Pilares de la Teoría de Jacobs, 2. Persona, 3. Enemigo, 4. Fases del pensamiento de Jacobs; IV. DESAPEGO A LOS FUNDAMENTALES PRINCIPIOS DE RESPECTO DE LAS CATEGORÍAS LÓGICO OBJETIVAS Y DE DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL 1. Imposibilidad de la Exclusión de la categoría de ciudadano, 2. El Hombre responsable como exclusivo sujeto de imputación 3. Sobre la trascendencia ontológica dentro de una concepción normativa atemperada.

1. Planteo Preliminar

Esta contribución procura realizar una crítica objetiva al pensamiento del Profesor JAKOBS, en particular a su Teoría del Enemigo, cuidadosamente, a partir de buena parte de sus propios textos, y desde el ámbito de los valores. ¿Qué valores?: aquellos, inherentes al Hombre, con mayúscula, como corresponde a una concepción antropológica del Derecho penal y que resultan tradicionalmente recogidos en los Principios penales que hacen al cerne de un Estado Democrático de Derecho: fundamentalmente: culpabilidad, legalidad, respeto a las categorías lógico objetivas y en forma particular: la dignidad de la Persona Humana.

2. Caracteres Generales Del Derecho Penal del Enemigo en el Contexto de la Estrategia Promocional-Funcionalista. Su Trascendencia Adjetiva y Sustantiva.

1. (Adelantamiento de la protección penal) La teoría analizada supone un adelantamiento de la protección penal, con frecuente enriquecimiento subjetivo de los tipos y sin la reducción de las penas con relación a las que existen respecto de momentos más avanzados del intercrimínis.

2. (Estrategia pro-activa) Constituye un cambio de perspectiva, conforme al cual el Derecho penal debe mirar no sólo hacia el pasado, o sea hacia el hecho ya cometido, sino preferentemente hacia el futuro, al hecho venidero que está por llegar. Por consiguiente no se trata del modelo de un ordenamiento jurídico penal en la gestión de los riesgos sociales de tipo reactivo, sino de un modelo propio de un Estado preventivo caracterizado por una estrategia pro-activa

3. (Menos garantías) Conduce a la progresiva reducción, relajamiento o simple desnaturalización de las garantías procesales del Estado Democrático de Derecho. El Profesor de Bonn reconoce “...el sistema de garantías procesales se orienta funcionalmente a la mitigación del riesgo social y cobra toda su virtualidad individual en función al cumplimiento del deber de fidelidad al ordenamiento jurídico...”¹⁷³ Esta forma de proceder “responde a criterios de pura eficacia....., toda vez que para consolidar el éxito de una determinada política criminal es preciso disponer de medios adecuados para que la finalidad que se pretende quede perfectamente asegurada...”¹⁷⁴

Tal como se encuentra concebido el Derecho penal del enemigo, resulta lógico que la suspensión de garantías procesales viniera a formar parte esencial de esta misma estrategia, en el entendido de que con el catálogo de derechos que la normativa democrática atribuye tradicionalmente a todo ciudadano, posiblemente no resultaría tan fácil alcanzar el objetivo propuesto, lo que supondría, por consiguiente, el fracaso del sistema. Se rata, como se ve de una concepción que alienta la “permeabilidad” entre la legislación de emergencia y la ordinaria, en virtud de la cual las normas dispuestas para el delincuente-enemigo han acabado formando parte del derecho concebido para el resto de los delincuentes. El propio JAKOBS se permite la sutileza de advertir “...un

173 JAKOBS, Günther: “Fundamentos del Sistema Jurídico Penal”, ARA, Lima ,2005, p. 69.

174 JAKOBS, Günther: JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel: “Derecho Penal del Enemigo”, Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 62 y ss. En el mismo sentido: “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente” Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000.

*Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo...*¹⁷⁵

Lo cierto es que, la “permeabilidad” inherente a esta concepción encuentra un ámbito fértil en la desorientación de la política criminal contemporánea y el creciente autoritarismo que la suele acompañar, como se ha encargado demostrar el Maestro MOCCIA en su memorable obra “La Perenne Emergenza”.¹⁷⁶ Por otra parte no debe ni puede olvidarse que nuestro actual sistema de garantías procesales no es más que el resultado de una perseverante batalla librada durante siglos para evitar la arbitrariedad en el ámbito de la justicia penal frente a las tendencias autoritarias del poder a lograr una condena sin proceso o contentándose con la simple apariencia de su existencia (la mera persecución penal disfrazada bajo la vestidura del proceso). Por esa razón los proesalistas y penalistas de cuño garantista han venido sosteniendo desde siempre que “las formas hacen a las garantías” y que cualquier sistema que no asegure el derecho de efectiva defensa no es, técnicamente un proceso.¹⁷⁷

4. (Cambio en la política criminal internacional) Esta concepción viene además acompañada de un significativo cambio en la política criminal de ciertos gobiernos en donde la prevención general se está convirtiendo en el centro de gravedad de la estrategia de sus responsables políticos. En este sentido, la actitud de los EEUU, adoptada en respuesta a los atentados del 11 de septiembre de 2001 (Patriotic Act de octubre del 2001) no ha hecho sino contribuir a que otros muchos países se animaran a seguir su ejemplo. Basta mencionar, entre otras, a tan discutida Ley de Prevención del Terrorismo de 2005 de Inglaterra (Prevention of Terrorism Act).¹⁷⁸

5. (Subversión a los Principios del dogma penal garantizador propio del Estado Democrático Social de Derecho) Este es su efecto más

175 JAKOBS, Günther/ CANCIO MELIA, M: “Derecho penal del enemigo...” Edición Civitas, op. cit. p. 56.

176 MOCCIA, Sergio: “La Perenne Emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

177 Cfr MORENO; Juan Damian: “¿Un Derecho procesal penal de enemigos”, en Derecho Penal del Enemigo. El Discurso penal de la exclusión”, volumen I, coordinadores: CANCIO MELIA y GOMEZ-JARA DIEZ, Edisofer- D de F Editores, Buenos Aires. 2006, p 457 y ss). En el mismo sentido: CERVINI, Raúl: “Principios del Derecho Procesal Penal en un Estado Democrático Social de Derecho”, op. cit..

178 Cfr. REQUEJO RODRIGUEZ: “La suspensión individual de derechos fundamentales”, en *La defensa del Estado*, Valencia, 2004, p. 275.

tangible desde el punto de vista de nuestra ciencia.¹⁷⁹ Citaremos, de modo sintético, las alteraciones más relevantes.¹⁸⁰

5.1 (Sobre el Principio de culpabilidad). Ya hemos señalado en otros trabajos que la teoría de JAKOBS - y según sus propias palabras- implica la definitiva renuncia al concepto de culpabilidad sustituyéndolo por una noción funcional (“Strafrecht Allgemeiner Teill. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre”, 1983)¹⁸¹ para la cual sólo la idea de fin puede darle contenido, entendiéndola como prevención general cuya razón de ser es la “fidelidad para el derecho”. Esta concepción -se objeta con razón- sacrifica la función limitadora de la punibilidad propia del Principio de culpabilidad por la prevención general y sostiene que la represión penal del ciudadano no se rige ya por circunstancias personales, sino por criterios tan inasibles como la “fidelidad al derecho”.

Ante todo nos permitimos recordar un ilustrativo y poco frecuentado artículo, “El principio de culpabilidad” de 1993 y cuya traducción al español se realiza en 1997¹⁸². En esta pieza el Profesor de Bonn, reivindica como aspectos medulares de su concepción el “defecto cognitivo” y la “falta de fidelidad al ordenamiento jurídico”. Esto lo hace con una imagen tan ilustrativa como preocupante: “*Quien desconoce el mundo exterior, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa. Quien desconoce el sistema de normas estatales, fracasa en el intento de hacer su camino sin crearse problemas...*”

En el mismo texto JAKOBS resume su posición originaria sobre la culpabilidad de la siguiente manera. “*En un mundo desmitificado, un defecto cognitivo en cuando error (pero no el que es consecuencia de indiferencia) es muestra de falta de competencia organizativa. Por ello, el defecto inevitable y sus consecuencias no forman parte del*

179 Sobre el tema: CERVINI, Raúl: “De Von Kries a Jakobs. Reflexiones sobre la responsabilidad objetiva”, en *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Domingo García Rada*, Editorial Adrus, Arequipa, 2006.

180 Sobre el tema CERVINI, Raúl “Principios del Derecho Procesal Penal en un Estado Democrático Social de Derecho” en *Estado de Direito*, año II, Nro. 11, Porto Alegre, octubre de 2007.

181 JAKOBS, Günther: “Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, 2da Edic. corregida, traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, José, Marcial Pons Ediciones Jurídicas SA, Madrid, 1997.

182 JAKOBS, Günther: “El principio de culpabilidad” en “Estudios de Derecho Penal,” recopilación, traducción de PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUAREZ GONZALEZ, Carlos J y CANCIO MELIA, Manuel, UAM Ediciones y Editorial Civitas SA, Madrid, 1997, p. 365 y ss.

esbozo que una persona hace de la realidad; esa persona no tiene culpabilidad. En el caso del defecto evitable, la firmeza del Derecho penal se recorta considerablemente, la culpabilidad se halla disminuida. En una sociedad con Derecho positivo, lo anterior también rige respecto del conocimiento de la norma misma; éste sólo es susceptible de ser cuestionado por no considerarse la razón de la norma, la positividad, y no por desconocimientos puntuales. Como es posible demostrar que desde el punto de vista individual sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es, fidelidad al ordenamiento jurídico” Sigue expresando: “Culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen individualmente a ellas, sino cuando se atribuye a una persona que pretende cumplir un rol del que forma parte el respecto a la norma, especialmente el rol de ciudadano, libre en la configuración de su comportamiento. El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico. Las dificultades de mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico que pueden constatarse desde el punto de vista psicológico sólo conducen a una disminución de la culpabilidad cuando la dificultad puede atribuirse al ámbito de competencia de la víctima o de alguna otra manera no pertenece al del autor; especialmente en lo que se refiere a las dificultades que pueden presentarse en cualquier momento y circunstancia, todo autor sigue siendo competente”.

Tan sólo dos años después, en el texto de la ponencia general presentada por JAKOBS en las Jornadas alemanas de profesores de Derecho Penal reunidos en Rostock el 28 de mayo de 1995 (publicada originalmente en ZStW 107 1995, ps. 843-876) es autor redobla la apuesta respecto al alcance de su concepto funcional de culpabilidad, exclusivamente comunicacional y despojada de conciencia individual.

“El rol cuya observación garantiza el Derecho penal es el de ciudadano fiel al Derecho; es decir, el de la persona en Derecho. Sin embargo, ¿se trata de un rol, de un modelo objetivo o más bien estamos hablando de subjetividad? Desde que el concepto psicológico de culpabilidad, si es que alguna vez ha existido tal concepto, fue reemplazado por el concepto normativo de culpabilidad, es un hecho indiscutible que la medida según la cual se determina la culpabilidad es una medida completamente objetiva, pues es absolutamente imposible que algo pueda servir de medida de sí mismo. Sin embargo, el concepto

normativo de culpabilidad constituye sólo la medida, y no también (al menos de forma abierta) la persona que hay que medir. Esta constitución de lo que hay que medir la lleva a cabo el concepto funcional de culpabilidad, elaborando teóricamente lo que desde siempre ha venido sucediendo en la práctica: la constitución individual del sujeto es tomada en consideración exclusivamente en aquellos ámbitos en los que no hay que temer un desbordamiento incontrolable, mientras que en los demás se contempla como un asunto particular del ciudadano el preocuparse de adquirir suficiente fidelidad al Derecho. Con otras palabras, la individualidad sólo opera en beneficio del sujeto, en la medida que con ello no se perturbe el efecto generalizante del Derecho porque el conflicto se puede resolver de otro modo, sin recurrir a la imputación. Por lo tanto, con la medida de la culpabilidad no se mide un sujeto, sino una persona, precisamente la persona más general que cabe imaginar, aquella cuyo rol consiste en respetar el Derecho. Más allá de este mínimo no hay disculpas que valgan. Sólo en la medida que ese rol no se ve cuestionado, se puede tomar en consideración los datos ajenos al mismo.”

Y concluye “el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas (tanto el autor como la víctima como el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad. La principal condición para una sociedad que es respetuosa con la libertad de actuación es: personalización de los sujetos. No trato de afirmar que debe ser así, sino que es así. El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada. Probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda teoría funcional...”¹⁸³

Como vemos, a primer vista, la culpabilidad de JAKOBS es una culpabilidad cerrada, una culpabilidad jurídica con contenido jurídico e incluso el autor así lo indica (“Fundamentos del Derecho penal” 1996).¹⁸⁴ Analizada con más cuidado, se percibe que este autor directamente prescinde de la culpabilidad, toda vez que la prevención se limita a sí misma. Estrictamente se abandona el concepto de culpabilidad sustituyéndolo por

183 JAKOBS, Günther. “Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional”, traducción de CANCIO MELIA, M y FEIJO, B, en Cuadernos de conferencias y artículos No. 13, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, ps 46-47.

184 JAKOBS, Günther: “Fundamentos del Derecho penal”, traducción de CANCIO MELIA, Manuel y PEÑARANDA RAMOS, Enrique (Universidad Autónoma de Madrid), Ad HOC, Buenos Aires, 1996, p. 121 y ss.

un paradigma funcional que observa como único contenido (prevención general) la fidelidad al derecho. La base de la responsabilidad es la pertenencia a la sociedad, la función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. La pena buscará exclusivamente el reforzamiento de la confianza en el derecho por parte del colectivo. De esta manera la persona termina instrumentalizada para la estabilización de los intereses sociales y se desconoce el principio universal de la dignidad del ser humano, sentando el arbitrio del legislador o del juez como única pauta válida para entender esta idea mecánica de culpabilidad.

Se dice que estamos ante una “falacia normativista” sustancialmente idéntica a la “falacia naturalista” ya que el este concepto de culpabilidad es carente de toda relación con cualquiera sustratos reales (por ejemplo, SHUNEMANN). Ello es muy cierto ya que se desestructura totalmente la concepción clásica de culpabilidad inspirada en un enfoque ontológico de acción y causalidad, con las desastrosas consecuencias que ello reporta en el campo de la seguridad jurídica, como ya lo demostró, sin ir más lejos, el derecho penal nazi fundado en planteamientos cercanos a éstos. Por ello con tremendo acierto ha señalado ZAFFARONI¹⁸⁵ “*estamos ante una culpabilidad jurídica sin contenido jurídico, en realidad un concepto jurídico construido a la medida de un objetivo político*”.

5.2 (Sobre la confusión entre dolo y culpa). Desdibuja peligrosamente las diferencias entre dolo y culpa mediante la intención de realizar el tipo versus la violación a un deber objetivo de cuidado al ejecutar una acción. Hoy, para JAKOBS y alguno de sus más conspicuos seguidores, la diferencia entre dolo y culpa es sólo cuestión de matices. El delito culposo existirá cuando se haya creado un riesgo desaprobado mediante un comportamiento descuidado, en tanto el delito doloso se dará cuando se haya creado también un riesgo desaprobado, pero mediante un comportamiento calificado como muy descuidado, mediante una grosera mala administración del rol.¹⁸⁶

Respecto del concepto de dolo, JAKOBS toma un callejón sin salida. Originalmente lo define de un modo naturalista, pero también

185 ZAFFARONI, Raúl: “Derecho Penal-Parte General”- Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p.638.

186 Cfr. JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales - riesgo permitido-, - prohibición de regreso-y el principio de confianza” en recopilación “Estudios de Derecho Penal”. op cit. p. 209 y ss.

requiere una equiparación con lo que él ha denominado “imprudencia dirigida” (gerichtete Fahrlässigkeit). Con este término se refiere a la falta de conocimiento de la realización del tipo de indiferencia. La fundamentación que Jakobs otorga para esta equiparación es que el concepto tradicional de dolo establecido por el Derecho vigente es desacertado en cuanto a la graduación del desvalor, pues el autor que desconoce por indiferencia la posibilidad de la lesión de un bien jurídico es igualmente peligroso para el ordenamiento jurídico.

En nuestro criterio esta fundamentación luce tan peligrosa como inconvincente en lo que respecta a la cuestión de fondo, pero es metodológicamente interesante, porque por un lado representa una clara ruptura en el normativismo radical que últimamente sostiene JAKOBS y, por otro lado, curiosamente a través de la misma pone en claro cómo debe presentarse la estructura de una argumentación no circular normativista. En la cuestión de fondo, el argumento de JAKOBS es desacertado, porque el autor absolutamente indiferente, y que por esa razón no ha reconocido la posibilidad de la lesión del bien jurídico, no posee la capacidad de conducción y, con ello, tampoco el dominio del hecho, de modo tal que su peligrosidad para el ordenamiento jurídico es sólo una contingencia casual y, en consecuencia, disminuida –como en los otros delitos imprudentes-. Por supuesto que, en lo que se refiere al aspecto metodológico, la argumentación de JAKOBS es, a su modo, una demostración estructuralmente correcta, es decir, desarrollada con ayuda de una reducción medio-fin desde los fines sociales concretos del Derecho Penal (a la luz de la protección del bien jurídico). Y justamente a través de ello se ve claramente que el nuevo sistema de Derecho Penal de JAKOBS es un callejón sin salida, una construcción cerrada en sí misma, acuñada en el pensamiento de Hegel como pared de fondo., al decir de SHÜNEMANN “Un sistema reducido a un círculo vicioso a través de la eliminación de fines externos (al sistema penal) fuera de la confirmación de la validez de la norma.”¹⁸⁷

5.3 (Sobre el Principio de Legalidad). Desnaturaliza otro de los paradigmas más básicos y garantistas del derecho penal liberal: el principio de legalidad que exige al legislador una clara y precisa definición de las figuras legales descritas en los tipos. Mediante los conceptos señalados, la conducta típica será la “socialmente inadecuada”

187 SHÜNEMANN, Bernd: “La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal” en Obras, Tomo I, Colección Autores de Derecho penal dirigida por Edgardo Alberto DONNA, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, p.199.

por haber “defraudado las expectativas sociales” depositadas en el desempeño de nuestro respectivo rol social conforme a “standards”. Interprételo el que pueda.

El principio de legalidad, el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y mismo el principio de culpabilidad como límite de la pretensión punitiva del Estado, se ven como antitéticos a una respuesta rápida y eficaz frente a la “nueva” criminalidad y se pretende sustituirlos por elementos de una teoría sistémica en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del Derecho para convertirse en un “sub-sistema físico-psíquico” al que el Derecho valora en la medida en que desempeña un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social. Naturalmente que también se ve afectado el principio de personalidad de la pena, ya que nada tiene que ver la necesidad de autoestabilización del sistema con el comportamiento del autor o con el propio hecho.

La alienación de la subjetividad y la centralidad del Hombre en beneficio de un sistema de aristas difusas lleva al desplazamiento del Hombre de centro y fin del Derecho a objeto de abstracciones normativas e instrumento de funciones sociales no siempre definidas con la necesaria claridad. En especial en la incriminación de responsabilidad penal el sujeto, de ser el fin de la intervención institucional, pasa a convertirse en el soporte psico-físico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él, lo trascienden y de la cual ese Hombre de carne y hueso constituye únicamente un instrumento. El propio JAKOBS nos dice: *“Al imponerse la perspectiva social en el injusto, también debe hacerlo en la culpabilidad. El Derecho Penal no conoce sujetos aislados, sino sólo sujetos que se comunican. Esto debería estar fuera de discusión en lo que se refiere a la falta de disposición para cumplir la norma, que constituye la esencia de la culpabilidad, se determina de manera objetiva: basta aquella medida de disposición que es necesaria para mantener la configuración de la sociedad- no basta una medida menor, y una medida mayor no es necesaria”*.¹⁸⁸

Por ello la exigencia funcionalista de restablecer la confianza en el Derecho mediante la contraposición simbólica de la pena no constituye

188 Cfr JAKOBS, Günther: “Fundamentos del Sistema Jurídico Penal”, ARA, Lima, 2005, p. 65; en términos similares JAKOBS, Günther: “Bases para una teoría funcional del Derecho Penal”, traducción de CANCIO MELIA, Manuel, FEIJO SANCHEZ, Bernardo, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SANCINETTI, Marcelo A, y SUAREZ GONZALEZ, Carlos, Palestra Editores, Lima, 2000, p.43 y ss.

solamente el fundamento de ésta sino que, contemporáneamente, se perfila como el verdadero y último criterio de comprobación de los ingredientes subjetivos del delito y, desde otra perspectiva no menos preocupante, el fundamento para determinar el grado de culpabilidad e individualizar la medida punitiva.

5.4 (Sobre las garantías) Este contexto revulsivo de tradicionales principios y garantías de la Ciencia Penal justifican nuestra preocupación inicial. La construcción funcionalista no parece comprometida con los postulados garantistas que tanto esfuerzo costó imponer para la interpretación de las normas penales materiales y las procesales penales.

El funcionalismo penal usa y abusa de conceptos sociológicos que debilitan en alguna medida la precisión terminológica que permitió a la dogmática “tradicional” alcanzar los puntos más elevados de desarrollo teórico que ninguna de las restantes ramas del ordenamiento jurídico aún ha alcanzado, contribuyendo a la seguridad jurídica en materia penal, al robusteciendo los límites impuestos al derecho punitivo del Estado y por esa vía a la propia afirmación del Estado Democrático del Derecho.

Precisamente uno de los conceptos más nocivos de la estructura teórica promocional-funcionalista de JAKOBS se encuentra en la llamada Teoría del Enemigo. Esta, evidencia el notorio contraste entre la construcción teórica analizada y los Principios democráticos.

3 Conceptos de Persona y Enemigo para JAKOBS

1. (Pilares de la Teoría de Jacobs) Corresponde recordar que la teoría funcional de JAKOBS se apoya en tres elementos esenciales: los conceptos de sociedad, norma (expectativas contrafácticas) y concepto de persona configurada socialmente (no como un ente natural y psicofísico).

Desde hace siglos el hombre se ha planteado qué hacer con aquéllos que no aceptan ser ciudadanos integrados y no se someten a la soberanía del Estado. ¿Qué hacer con aquéllos que no aceptan el contrato social (de forma expresa ni tácita) y que por tanto, no se ven sometidos al resultado de los acuerdos sociales más importantes, quedando al margen de las reglas sociales esenciales.

JAKOBS no se plantea la cuestión referida en términos individualistas-contractualistas sino que parte de la idea de que se trata de una definición del sistema jurídico. Éste decide qué características mínimas deben reunir los sujetos para ser considerados ciudadanos, por lo que aquéllos que no cumplen con esos requisitos mínimos no pueden ser tratados como ciudadanos sino como enemigos.

2. (Persona) Señala el mismo autor que ser humano es resultado de procesos naturales, en cambio persona es un producto social que se define como la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia. En tal caso, persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación.

Los niños o quienes padecen dolencias psíquicas como no personas, no constituyen personas, los enemigos tampoco son personas y por lo tanto el estado no puede ni debe tratarles como tales. La personalidad, como construcción exclusivamente normativa, es irreal y sólo puede mantenerse, y ser real si se da alguna corroboración cognitiva de ella, es decir, si en el cálculo sobre el comportamiento de alguien se lo puede incluir como persona a partir de su orientación con base a lo lícito y lo ilícito. Cuando ya no existe expectativa de un comportamiento personal determinado por derechos y deberes, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, lo cual significa la aparición del individuo peligroso, el enemigo, quien debe ser excluido.¹⁸⁹

Obtener una conducta por coacción y poder vincular mediante obligación a realizar un comportamiento son cosas distintas. Quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma, a diferencia de lo que ocurre respecto de los ciudadanos, la relación con el enemigo no se determina por el derecho sino por la coacción.

Resalta SCHÜNEMANN que los axiomas Jurídico-filosóficos de JAKOBS referidos a la relación entre persona e individuo son justificadamente preocupantes. A su juicio, la separación del mundo del hombre y sus atributos naturales del mundo de la persona desdibuja su intrínseca dignidad y es, a los ojos de JAKOBS, tan profunda como la distinción hecha por Immanuel KANT entre el Yo como objeto de

¹⁸⁹ Cfr, JAKOBS, Günther: “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal” Editorial Civitas SA, Madrid, 2003 , p 15 y ss.

los fenómenos o las manifestaciones externas, por su lado, y el Yo inteligible, por el otro. En otras palabras, se trata de la distinción hecha entre el sujeto empírico y el sujeto trascendental. El paso del individuo a la persona, es, en palabras del JAKOBS, *“el paso a otro mundo”* y *“aporta algo nuevo de forma mucho más radical que si se tratara e una mera modificación en el mundo de la naturaleza, pues ésta, no establece de aquí en adelante ninguna medida más y no se encuentra (mas) en el ángulo del mundo personal, que por eso no toma nota de la verdad (de la naturaleza) a pesar de su eternidad”*. Con el mismo sentido igualmente radical, lo ha reiterado JAKOBS en el Prologo de la lera. edición de su Manual *“...Un sujeto no es en esta concepción, quien puede producir o impedir un acontecimiento, sino quien puede ser competente para ello. Del mismo modo, los conceptos de causalidad, poder-hacer, capacidad, culpabilidad y otros pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que reflejan niveles de competencia. Estos conceptos no le imponen al Derecho penal ningún modelo de reglas, sino que se originan a partir de las reglas penales y en relación a ellas”*

Como vemos, para JAKOBS, el individuo pasa a ser persona sólo a través de la cualidad de ser portador de un rol y destinatario de la norma. *“y frente a una persona únicamente puede existir la expectativa de que se comportará sólo por “ser persona” de una determinada forma en determinada situación...”*¹⁹⁰ La base filosófico-jurídica del Profesor de Bonn consiste en que la sociedad humana se origina a través de la validez de normas en el sentido de expectativas de comportamiento cuyos destinatarios son portadores de roles.

Obviamente, si los concepto del sistema jurídico se deducen exclusivamente del sistema jurídico mismo, sin tomar en cuenta las constataciones del mundo natural y la intrínseca dignidad humana, totalmente desconectados de los fines sociales concretos que imponen las condiciones ópticas de la estructura, esos conceptos jurídicos sólo podrán ser creados de un modo cerrado, respondiendo a una concepción radicalmente autopiética.¹⁹¹

190 JAKOBS, Günther: “Verantwortung in Recht und Moral”, NEUMANN/ SCHULZ (Copiladores), ARSP- Beiheft, 74, 2000, p. 57. Idem: “Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”. Editorial Civitas, Madrid, 2004 y “La idea de la normativización en la dogmática jurídico penal” Barra Nacional de Abogados AC, México D.F., 2002. p. 33.

191 Sobre el tema CERVINI, Raúl: “Derecho Penal Económico Democrático: Hacia una perspectiva integrada, en *Direito Penal Economico. Análise Contemporânea*, Coordinadores: Celso Sanchez Vilardi, Flavia Brasser Pereira y Theodomiro Dias

3. (Enemigo) El enemigo según JAKOBS “*es un individuo que no sólo de manera incidental, en su comportamiento... o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también especialmente, tráfico de drogas...), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho*”. En otras palabras: enemigos son autores susceptibles de culpabilidad que generan inseguridad.¹⁹²

Agrega Jakobs “*el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho Penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Sólo puede ser tratado por el Estado como persona el que ofrece cierta seguridad cognitiva de comportarse de acuerdo con Derecho*”.¹⁹³

Neto; Fundación Getulio Vargas, FGV-GVLaw, Editora Saraiva, San Pablo, enero 2009. Se expresa “.....en nuestra concepción todos estos acercamientos preliminares serán insuficientes si no se comprende que el concepto y alcance del Derecho penal Democrático presupone –necesariamente- una perspectiva integrada, cimentada en las condiciones ópticas de la estructura social, en el reconocimiento de una esencia antropológica que trasunte un contenido de protección a la persona humana individualmente considerada o como integrante de un colectivo, como destinataria final de normas que protejan un bien jurídico determinable en su ofensividad. Todo ello sustentado en una participación democrática acorde al Estado Democrático Social de Derecho. Esto es: aquel que trasunta un cuadro de garantías suficientes frente a toda eventual pretensión punitiva exorbitante del Estado._Descartamos toda referencia a “*condiciones concretas de la estructura social*”, colocando en su lugar la expresión “*condiciones ópticas de la estructura social*”. La razón e ello es clarificar una postura que no es autopiética o funcionalista, sino básicamente ontologicista. Nuestra concepción apunta no sólo a una determinación- que bien puede ser meramente normativa- sino a la verdadera realidad subyacente y consecencial a dicha estructura. En todo caso, esa dirección ontologicista deberá estar relacionada (integrada) con una perspectiva normativista complementaria, que nos aparte de la tentación a sumergirnos en la mera “doxa”, o sea el conocimiento aparente de la realidad sensible que PLATON, tan sabiamente, distinguía de la “episteme”, o sea del conocimiento de la verdadera realidad, de las ideas y valores tangibles, que en nuestra concepción, hacen a la realización del Estado Democrático Social de Derecho y sus garantías”.

192 Cfr. JAKOBS, Günther: “La pena estatal: Significado y finalidad”. Editorial Civitas SA, Madrid, 2006 p.83.

193 Cfr JAKOBS, Günther: “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogota 2000 y en el mismo sentido “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Serie Cuadernos de Conferencias y artículos No. 13, Primera reimpresión, traducción de CANCIO MELIA, Manuel y FEIJO, Bernardo, Universidad Externado de Colombia, Centro de

En obra conjunta con CANCIO MELIÁ (“Derecho penal del enemigo”, 2003)¹⁹⁴ señala JAKOBS: “...el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos (no personas) a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo” “...la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pro. Precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado debe tratarlo ya como no persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”. Agrega en la misma obra: “... Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo y por ello excluido”

Como corolario de este desarrollo JAKOBS construye una doble lógica distinguiendo el derecho penal del ciudadano del derecho penal del enemigo. En el derecho penal del ciudadano, la pena trataría de comunicar, contrafácticamente al delincuente, que el delito que ha cometido ha puesto en cuestión la vigencia de una norma. Por lo contrario, en el derecho penal del enemigo, la pena perdería toda su dimensión comunicativa y contrafáctica, pasaría a ser un simple instrumento de corroboración de la legítima expectativa cognitiva que los ciudadanos tienen de que tales enemigos no cometerán delitos en el futuro.

4. (Fases de su pensamiento). Corresponde señalar que el publicista JAKOBS ha pasado, hasta la fecha, por tres fases, en lo que refiere a la construcción del Derecho penal del enemigo.

A principios de 1985 durante el desarrollo del Congreso de penalistas alemanes (16- 19 de febrero) en Frankfurt am Main, el autor analizado presentó una ponencia en la cual constataba de un modo crítico-descriptivo la presencia en la legislación (StGB) de algunos preceptos propios de lo que él denomina *Feindstrafrecht* o sea, el Derecho penal

Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.

194 JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel: “La teoría del enemigo”, 2003.

del enemigo. En esa época el primer JAKOBS consideraba que el Derecho penal del enemigo no tenía cabida en el Derecho Penal de un Estado democrático de libertades, ya que en dicha clase de Estado, sólo correspondería legítimamente referirse a un “*Derecho penal de los ciudadanos*”.¹⁹⁵

En una segunda fase, durante la celebración de las Jornadas alemanas de profesores de Derecho penal de Berlín, en 1999, JAKOBS presentó el trabajo intitulado “*Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*”¹⁹⁶ en el cual el autor no sólo ofrece una descripción del Derecho Penal del enemigo que se puede encontrar en los ordenamientos jurídico-penales occidentales, sino que pasa de la descripción a la justificación. Procura legitimar que determinados sujetos tengan que ser tratados como **no personas** en el Derecho. Esta etapa dura hasta el año 2003.

A partir del 2003¹⁹⁷ y hasta el presente, por ejemplo en el Prologo de la edición argentina de su libro con CANCIO MELIÁ (“Derecho penal del enemigo” 2005)¹⁹⁸ el Profesor de Bonn, parece decidido a dar un paso hacia atrás, insistiendo en el carácter meramente descriptivo de su construcción, pero no renuncia a los elementos normativos de la personalidad y ello constituye una de los puntos más frágiles de su teoría, susceptibles de provocar el fenómeno de “*desestructuración democrática*” que denuncia el Maestro napolitano Sergio MOCCIA.¹⁹⁹

195 JAKOBS, Günther: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (1985), en Estudios de Derecho penal, op. cit. p. 297 y ss.

196 cit por JAKOBS, Günther: “La prohibición de regreso en el Derecho penal” obra colectiva con: NAUCKE, Wolfgang, OTTO, Harro y ROXIN, Klaus. Traducción de CANCIO MELIA, M y SANCINETTI, M; en Colección de Estudios No. 11, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998, p. 120; Ver: “Derecho penal como disciplina científica”. Editorial Civitas, Pamplona, 2006.

197 JAKOBS, Günther: “Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad,” trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Luis Carlos Rey Sanfiz, Madrid, Thomson-Civitas, 2004; “El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003; “La pena estatal: significado y finalidad”, trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

198 JACOBS: G y CANCIO MELIA, M: “Derecho penal del enemigo”, Hammurabi, Buenos Aires, 2005. Jackobs afirma: “...Si el lector tuviera dudas acerca de si alguna de mis consideraciones se utilizan con intención descriptiva o normativa, me comprenderá mejor si elige la variante descriptiva, es decir, si intenta mirar conmigo el espejo de la sociedad de libertades. Las pocas acotaciones normativas sólo sirven para redondear la imagen....”.

199 MOCCIA, Sergio: “La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato

4. El Desapego a los Fundamentales Principios de Respeto de las Categorías Lógico Objetivas y de Dignidad de la Persona Humana... a Modo de Reflexión Final

1. (Imposibilidad de la exclusión de la categoría de ciudadano)
A esta altura debemos preguntarnos si en un Estado Democrático Social de Derecho ¿es posible distinguir y separar a los ciudadanos de enemigos y, en consecuencia, tomar a unos y a otros como destinatarios de ordenamientos jurídicos radicalmente diferentes? ¿Es posible la exclusión o la auto exclusión de un individuo de su status de ciudadano?

Desde nuestra posición y siguiendo el pensamiento de WELZEL²⁰⁰ únicamente cabe conceder el carácter de Derecho a una regulación si esta parte del reconocimiento del hombre como persona responsable. La persona responsable constituye el polo superior, del cual pende toda teoría jurídica, si es que quiere reconocerse al Derecho como algo distinto a un mero ejercicio de fuerza o poder. Agrega el autor que todo mandato que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica tiene que reconocer a esta persona como persona. En caso contrario, la regulación queda reducida a mero ejercicio de fuerza o coacción desvinculada del Derecho.

En el mismo sentido ZAFFARONI sostiene que el Derecho penal debe partir de que tanto los conflictos para los que proyecta decisiones como las consecuencias que establece, tienen lugar en un mundo físico y en una realidad social “protagonizada por la interacción de personas dotadas de un psiquismo que tiene sus estructuras”²⁰¹. Ni la realización del Derecho ni su realidad son categorías que puedan llenarse con cualquier contenido, sino que es precisamente en ellas en que adquiere forma, existe realmente y se manifiesta el concepto de Derecho en su plenitud democrática. El punto de partida del Derecho es la voluntad libre. Desde esta perspectiva, toda despersonalización aparece más como una derrota que como un paso hacia la realización del paradigma de la libertad realizada. El sujeto de imputación debe ser el hombre en la medida en que actúa responsablemente. Por eso mismo, el sujeto de las consecuencias jurídico-penales también será el hombre y no “la persona” como ente lequía instrumental portadora

globale”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 52 y ss.

200 WELZEL: “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Aguilar, Madrid, 1971.

201 ZAFFARONI, Raúl: “Derecho Penal.....”, op. cit., p.670.

de roles en el marco de una estrategia promocional-funcionalista. Y confirma SCHÜNEMANN. “*El mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto sino a un hombre real de carne y hueso*”.²⁰²

2. (El Hombre responsable como exclusivo sujeto de imputación)
De lo expuesto concluimos que en el Derecho penal, el sujeto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por una persona normativa o jurídica, esto es, por una persona entendida como una construcción instrumentalizada social y normativa, sino que dicho sujeto sólo puede estar representado por el HOMBRE, por el individuo humano y como tal. portador de capacidad de decisión y atributo de responsabilidad individuales.

En el Derecho penal, como en todo ordenamiento jurídico de “conductas humanas” el recurso al punto de vista valorativo de la concepción del hombre, como persona responsable, no puede limitarse en modo alguno a un concepto normativo de persona, sino al substracto ontológico de la persona responsable. Dicho substracto no puede estar constituido exclusivamente por un ser individual empírico, despojado de sus esencias y dignidades propias de ser humano.

La concepción del Hombre como persona responsable, si no quiere despegarse totalmente del mundo real, solo será posible a partir del reconocimiento en el referido hombre empírico, de ciertas propiedades y estructuras ópticas previas.

Si el Derecho, respetando el principio de las categorías lógico-objetivas, no se dirige al mundo de las cosas, ni de los animales ni a las fuerzas naturales, sino al HOMBRE, entonces habrá de ser la estructura óptica del ser humano lo primero a tomar en consideración. La concepción del ser humano como persona responsable, sólo resulta posible, si la estructura óptica del ser humano es portadora de las condiciones de posibilidad de dicha concepción, erigida como criterio valorativo. Si una regulación tiene por objeto conductas humanas, sólo cabrá reconocerle el carácter de Derecho en el caso de que la misma respete la estructura lógico objetiva fundamental que impone la concepción del hombre como persona responsable, mientras que si la

202 SCHÜNEMANN: “La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal” en Obras, Tomo I, Colección Autores de Derecho penal dirigida por Edgardo Alberto DONNA, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, p.188... Antes publicada en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

violenta, ya no debe poder ser comprendida como Derecho, sino como mero dispositivo de fuerza y coacción.

3. (Sobre la necesaria trascendencia óptica en una concepción normativista atemperada) La estructura ontológica del ser humano, que debe respetar el Derecho, está constituida por todo aquello que fundamenta la Dignidad Humana (libertad ética).

Ya PUFENDORF (“De iure naturae et gentium”), siguiendo un pensamiento que la tradición literaria ha adjudicado al poeta Homero, decía “*en la mera expresión de Hombre, hay alguna dignidad*” y ella no surgía de ninguna idea racional de la esencia del hombre, sino más bien del hombre empírico y sus atributos.²⁰³

La Dignidad del hombre radica: a) en que posee la luz del entendimiento y la capacidad de distinguir y de elegir. Ello, por ser un ser éticamente libre; b) en su sociabilidad, la capacidad de libre vinculación al orden ético social de la comunidad,

Esta Dignidad corresponde, de modo igual, a todos los hombres, tanto aquel que consideramos respetuoso de la ley, como aquel que decidiera apartarse por completo de la comunidad, vivir al margen de la sociedad, e incluso, oponerse frontalmente al orden de la misma. No existe razón para negar que una decisión semejante no sea expresión de un hombre éticamente libre. Estos sujetos “disidentes, a-funcionales” deben también ser reconocidos como personas responsables y ser tratadas como tales, es decir, de acuerdo a su intrínseca dignidad humana.

Recuerda FERRAJOLI,²⁰⁴ desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, hombre y ciudadano constituyen dos status subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales, los de la personalidad que corresponden por igual a todos los seres humanos en cuanto individuos o personas y los de la ciudadanía que corresponden exclusivamente a los ciudadanos. Entre los Derechos del Hombre en cuanto individuo humano, la Declaración enumera en sus artículos 7 a 10 las garantías del habeas corpus y todas las garantías penales y procesales. Estas garantías del hombre deben considerarse intangibles con respecto de todos ellos, y en su violación hay que ver siempre un atentado a la Dignidad intrínseca del ser humano.

203 PUFENDORF, S., “De Iure Naturae et Gentium” libri octo. Ed. G. Mascovius, reprint. 1759, Frankfurt am Main, 1967, L. I, cap. II, parágrafo 2, pág. 23.

204 FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y razón”, Trotta, Madrid, 2001.

Si nos situamos en el plano ontológico de la Dignidad Humana, no hay ninguna base para excluir a ningún hombre de la sociedad, pues esa Dignidad la tienen todos por igual y no puede ser negada a ninguno. Se trata de una situación de igualdad en el Derecho, cuyo fundamento radica en la capacidad de elegir y en la sociabilidad que está dada en la naturaleza humana como tal.

Es precisamente la idea fuerza de la Dignidad Humana vinculante para el Derecho el argumento más fuerte y respetuoso frente a la tan promocionada construcción teórica avalorada que conocemos como el “Derecho penal del enemigo”.

Referências Bibliográficas

CERVINI, Raúl: “Derecho Penal Económico Democrático: Hacia una perspectiva integrada, en *Direito Penal Economico. Análise Contemporânea*, Coordinadores: Celso Sanchez Vilardi, Flavia Brasser Pereira y Theodomiro Dias Neto; Fundación Getulio Vargas, FGV-GVLaw, Editora Saraiva, San Pablo, enero 2009.

-----“La herencia dogmática: Esquema de la evolución de la Teoría del Delito en la doctrina europea”, en 3 entregas de www.direitocriminal.com.br del 12.12.2001 a 22.12.2001; y *Cuadernos del Curso de Especialización en Derecho Penal de la Empresa-* Facultad de Derecho Getulio Vargas del San Pablo- M. 12/ marzo de 2004.

-----“Principios del Derecho Procesal Penal en un Estado Democrático Social de Derecho” en *Estado de Direito*, año II, Nro. 11, Porto Alegre, octubre de 2007.

-----De Von Kries a Jakobs. Reflexiones sobre la responsabilidad objetiva”, en *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Domingo García Rada*, Editorial Adrus, Arequipa, 2006.

JAKOBS, Günther: “Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, 2da Edic. corregida, traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, José, Marcial Pons Ediciones Jurídicas SA, Madrid, 1997.

-----“Estudios de Derecho Penal,” recopilación, traducción de PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUAREZ GONZALEZ, Carlos J y CANCIO MELIA, Manuel, UAM Ediciones y Editorial Civitas SA, Madrid, 1997.

-----“Acción y omisión en el Derecho penal”. Traducción de L. C. Rey Sanfíz y J. Sanchez-Vera. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000.

-----“Bases para una teoría funcional del Derecho Penal”, traducción de

CANCIO MELIA, Manuel, FEIJO SANCHEZ, Bernarndo, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SANCINETTI, Marcelo A, y SUAREZ GONZALEZ, Carlos, Palestra Editores, Lima, 2000.

-----“Ciencia del Derecho: ¿Técnica o humanística?” Traducción de M. Cancio Meliá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996.

-----“Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (1985), en Estudios de Derecho penal, op. cit.

-----“Derecho penal como disciplina científica”. Editorial Civitas, Pamplona, 2006.

-----“Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad,” trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Luis Carlos Rey Sanfiz, Madrid. Thomson-Civitas, 2004.

-----“El concepto jurídico penal de acción”. Traducción de M. Cancio Meliá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

-----“El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003.

-----“Fundamentos del Derecho penal”, traducción de CANCIO MELIA, Manuel y PEÑARANDA RAMOS, Enrique (Universidad Autónoma de Madrid), Ad HOC, Buenos Aires, 1996.

-----“Fundamentos del Sistema Jurídico Penal”, ARA, Lima, 2005.

-----“Injerencia y dominio del hecho: Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal”. Traducción de M. Cancio Meliá. , Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

-----“La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogota 2000.

-----“Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Serie Cuadernos de Conferencias y artículos No. 13, Primera reimpresión, traducción de CANCIO MELIA, Manuel y FEIJO, Bernardo, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.

-----“La competencia por organización en el delito omisivo” Traducción de E. Peñaranda Ramos. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

-----“La pena estatal: significado y finalidad”. Traducción y estudio

preliminar de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Editorial Civitas, Pamplona, 2006.

-----“Moderna dogmática penal: Estudios compilados”. Prol. Eduardo López Betancourt. Librería de Porrúa Hnos. y Cia. México D. F., 2006.

-----“Problemas capitales del derecho penal moderno”: en *Homenaje a Hans Wezel a los 20 años de su fallecimiento*. Coautor Eberhard Struensee. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

-----“¿Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?” Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003.

-----“Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: Estudio sobre la relación entrejuridicidad y eticidad”. Traducción de M. Cancio Meliá y M. A. Sancianetti Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996.

-----“Sobre la génesis de la obligación jurídica”, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2000.

-----“Sobre la normativización de la dogmática jurídico- penal” Editorial Civitas SA, Madrid, 2003.

-----“Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2004.

-----“Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional”, traducción de CANCIO MELIA, M y FEIJO, B, en Cuadernos de conferencias y artículos No. 13, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996.

-----“Suicidio, eutanasia y derecho penal”. Traducción de F. Muñoz Conde y P. García Álvarez. Librería Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

-----“Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad”, Seminario con Günther Jakobs en la UAM. Eds. Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sánchez. Prol. Günther Jakobs. Editorial Civitas. Madrid, 2008.

----- “Verantwortung in Recht und Moral”, NEUMANN/ SCHULZ (Copiladores), ARSP- Beiheft, 74, 2000.

JAKOBS, Günther: JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel: “Derecho Penal del Enemigo”, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel: “El Derecho Penal del Enemigo” Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

JAKOBS, Günther, NAUCKE, Wolfgang, OTTO, Harro y ROXIN, Klaus: “La

prohibición de regreso en el Derecho penal” obra colectiva, traducción de CANCIO MELIA, M y SANCINETTI, M; en *Colección de Estudios* No. 11, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998.

FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y razón”, Trotta, Madrid, 2001.

MOCCIA, Sergio: “La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998.

MOCCIA, Sergio: “La Perenne Emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

MORENO; Juan Damian: “¿Un Derecho procesal penal de enemigos?”, en *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso penal de la exclusión*, volumen I, coordinadores: CANCIO MELIA y GOMEZ-JARA DIEZ, Edisofer- D de F Editores, Buenos Aires. 2006.

PUFENDORF, S., “De Iure Naturae et Gentium” libri octo. Ed. G. Mascovius, reprint. 1759, Frankfurt am Main, 1967.

REQUEJO RODRIGUEZ: “La suspensión individual de derechos fundamentales”, en *La defensa del Estado*, Valencia, 2004.

SCHUNEMANN: “La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal” Vers. Ampl. en *Obras*, Tomo I, Colección Autores de Derecho penal dirigida por Edgardo Alberto DONNA, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009. Antes publicada en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

ZAFFARONI, Raúl: “Derecho Penal-Parte General”- Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

WELZEL: “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Aguilar, Madrid, 1971.

A MEDIAÇÃO E A NECESSIDADE DE SUA SISTEMATIZAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Humberto Dalla Bernardina de Pinho²⁰⁵

Resumo: O texto trata da mediação enquanto forma de solução alternativa de conflitos. É vista a mediação e suas características enquanto instrumento de pacificação, ao mesmo tempo em que são apresentadas as diferenças quanto aos demais instrumentos, notadamente a conciliação e a arbitragem. São examinados os conceitos advindos do direito estrangeiro e as perspectivas para o processo civil brasileiro.

Abstract: This paper aims to study mediation as an alternative dispute resolution mechanism, by examining its characteristics as an instrument for pacification. Besides, the text presents the main differences between mediation and other ADR methods, mainly conciliation and arbitration. Finally, it shows mediation concepts from other countries and its perspectives for the Brazilian Civil Procedure.

Palavras-chave: MEDIAÇÃO. PROCESSO CIVIL. BRASILEIRO

Key-words: MEDIATION. BRAZILIAN LAW. CIVIL PROCEDURE

Sumário:

1. Considerações iniciais.
2. Mediação: espécies e barreiras.
3. O uso da mediação: filtragem dos conflitos.
4. Perspectivas para o Processo Civil Brasileiro.
5. Referências bibliográficas.

“La mediación es uno de los instrumentos para conseguir la autocomposición o acuerdo entre las partes. Es difícil pretender delimitar qué es o qué no es la mediación; posiblemente porque se trata de una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento, que tiene diverso reflejo

²⁰⁵ Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UERJ. Mestre e Doutor em Direito pela UERJ, com estágio pós-doutoral na Uconn Law School. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

normativo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales españoles y en los distintos ámbitos territoriales en los que se ha comenzado a implantar. Posiblemente buscamos una definición de la mediación, lo que es, lo que no es, lo que no puede hacerse, cómo hay que hacerla... en coherencia con nuestra tradición jurídica romana, sin embargo es preciso señalar aquí que establecer límites claros y excluyentes en relación con el concepto de mediación no es conveniente, porque precisamente una de las características del procedimiento de mediación ha de ser la flexibilidad²⁰⁶”.

1. Considerações iniciais.

Já se vão algumas décadas, desde que Mauro Cappelletti²⁰⁷ sistematizou as suas *Ondas Renovatórias do Direito Processual*.

Mesmo assim, a idéia de um pleno acesso à justiça continua sendo uma obsessão para os processualistas.

O mesmo Cappelletti já reconheceu que os esforços organizados sob a égide da “Terceira Onda” devem ser levados a efeito fora do circuito jurisdicional²⁰⁸, e que há diversas formas para a concretização dos processos de hererocomposição, notadamente, a mediação²⁰⁹.

Seguindo essa fórmula, fica mais fácil chegar ao que se denomina de quarta onda renovatória, a saber, a efetividade dos direitos

206 MUÑOZ, Helena Soletó. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

207 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective—a General Report. Access to Justice: A World Survey*. Mauro Cappelletti and Bryant Garth, eds. (Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978).

208 CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas*, Revista Forense n° 318 pp. 123/124.

209 “Le recours à la médiation, se substituant à l’exercice d’actions en justice, a pris une importance considérable dans les réformes et expériences faites récemment aux Etats-Unis, au niveau local avec les tribunaux de communautés ou les Neighborhood Justice Centers, et aussi en rapport avec la protection des intérêts diffus avec des procedes tels que l’environmental mediation” CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Accès a la justice et état-providence*. Economica, Paris, 1984, p. 29.

processuais²¹⁰.

Partindo-se da premissa segundo a qual a jurisdição, embora seja a fórmula primeira para a composição dos litígios, por vezes não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito²¹¹ e, sem ingressar aqui na controvérsia acerca dos limites da adjudicação²¹² e das alegadas inconveniências dos equivalentes jurisdicionais²¹³ num sistema processual constitucionalizado²¹⁴, passaremos a tecer algumas considerações sobre a mediação, enquanto processo para a busca de uma solução de pacificação do litígio.

Entende-se a mediação como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito²¹⁵.

Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

O *Uniform Mediation Act*²¹⁶ dispõe em seu item (1): “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*”.

Apresentando uma visão mais pragmática, Goldberg²¹⁷ afirma que “*mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party*”.

210 CAPPELLETTI, Mauro. *idem*. p. 33

211 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in Revista Dialética de Direito Processual, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

212 FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

213 FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

214 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, capítulo 1.

215 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

216 Aplicável nos EUA e disponível em <http://www.adr.org>, consultado em 25 de outubro de 2008.

217 GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4th edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003, p. 111.

Já para Maria de Nazareth Serpa²¹⁸, mediação “é um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões”.

O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos.

Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

José Maria Rossani Garcez²¹⁹ afirma que a mediação terá lugar quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se.

Roberto Portugal Bacellar²²⁰ define mediação como uma *“técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”*.

Para Gladys Stella Álvarez²²¹ a mediação constitui um *“procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual un tercero neutral – el mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo”*.

Helena Soletto Muñoz²²², numa definição bastante amadurecida, afirma ser possível dizer que:

“la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto

218 SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 90.

219 GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 2ª ed., p. 35.

220 BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 174.

221 ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La Mediación y el Acceso a Justicia*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003, p. 135.

222 MUÑOZ, Helena Soletto. *La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso”.

O Projeto de Lei nº 94²²³, em sua versão final, apresentada em julho de 2006, apresentava o seguinte conceito em seu artigo 2º:

“Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.”

O Art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008²²⁴, emitida pelo Conselho da União Européia, define mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador.

Observa-se, portanto, que são elementos da mediação, de acordo com tal Diretiva: a estrutura do processo, a existência de duas ou mais partes, a voluntariedade do processo, o acordo das partes e, por fim, a ajuda do mediador.

223 Consultar o texto final, bem como as versões anteriores, no sítio do IBDP, em <http://www.direitoprocessual.org.br>, acesso em fevereiro de 2010.

224 DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Texto disponível em http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives. “Article 3. Definitions. For the purposes of this Directive the following definitions shall apply: (a) ‘Mediation’ means a structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law of a Member State. It includes mediation conducted by a judge who is not responsible for any judicial proceedings concerning the dispute in question. It excludes attempts made by the court or the judge seised to settle a dispute in the course of judicial proceedings concerning the dispute in question”.

No Diritto Italiano, come decorrência da Diretiva, foi editada a Lei n° 69, de 18 de junho de 2009, que, em seu artigo 60²²⁵, autoriza o Governo emitir Decreto Legislativo sobre mediação e conciliação em matéria civil e comercial, de acordo com o Diritto Comunitário.

Regulamentando esta Lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo n° 28²²⁶, que traz os seguintes conceitos:

“Art. 1 Definizioni. 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

a) mediazione: l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad

225 Legge 18 giugno 2009, n. 69. (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile). *Art. 60. (Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali). 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale. 2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell’espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest’ultimo è prorogata di sessanta giorni. 3. Nell’esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l’accesso alla giustizia; b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all’erogazione del servizio di conciliazione; c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l’estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l’istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell’articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l’iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro; (...)* Fonte: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090691.htm>.

226 DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell’articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. <http://www.mondoadr.it/cms/?p=2244>.

assistere due o piu' soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;"

Na Espanha, onde a atividade de mediação está extremamente desenvolvida nas diversas Províncias, há hoje um Anteprojeto²²⁷ para regulamentar, em âmbito nacional, a mediação. Segundo este documento, é apresentada a seguinte definição:

“Artículo 1. Concepto. A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador.

Pelos conceitos que foram apresentados, podemos afirmar que a mediação se difere da negociação justamente pela presença do terceiro mediador, que terá como função primordial auxiliar as partes a resolver seu conflito.

Normalmente essas partes, após um fracassado processo de negociação, chegam a conclusão de que não são capazes, por elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebração do acordo²²⁸.

²²⁷ Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Disponível para consulta em: http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento&cid=1161680003706&pagename=Portal_del_ciudadano/Documento/TempDocumento.

²²⁸ No mesmo sentido, Maria de Nazareth Serpa afirma que a mediação é um “processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução. Um de seus aspectos-chave é que incorpora o uso de um terceiro que não tem nenhum interesse pessoal no mérito das questões. Sem essa intervenção neutra, as partes são incapazes de engajar uma discussão proveitosa. O terceiro interventor serve, em parte, de árbitro

Buscam, num terceiro, uma forma de viabilizar a via consensual, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontrá-la²²⁹.

Mas é possível também, e é preciso que se advirta dessa possibilidade, que a via consensual esteja irremediavelmente obstruída, por conta um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o conflito.

Nesse caso, deve se recorrer à adjudicação ou decisão forçada, hipótese em que um terceiro deverá, após se certificar que não há mais possibilidade de acordo, emitir um juízo de valor acerca da situação concreta na qual os interesses das partes estão contrapostos²³⁰.

A adjudicação vai assumir, basicamente, a forma ou de arbitragem ou de jurisdição.

Na arbitragem, as partes maiores e capazes, divergindo sobre direito de cunho patrimonial, submetem o litígio ao terceiro (árbitro) que deverá, após regular procedimento, decidir o conflito, sendo tal decisão impositiva.

Há aqui a figura da substitutividade, eis que há a transferência do poder de decidir para o árbitro, que por sua vez é um juiz de fato e de direito²³¹.

A arbitragem pode ser convencionada antes (cláusula compromissória) ou depois (compromisso arbitral) do litígio, sendo certo ainda que o procedimento arbitral pode se dar pelas regras ordinárias de direito ou por equidade, conforme a expressa vontade das partes²³².

A segunda forma de adjudicação é a jurisdição, monopólio do

para assegurar que o processo prossiga efetivamente sem degenerar em barganhas posicionais ou advocacia associada". Op. cit., p. 147.

229 Afirma João Roberto da Silva que *"a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer; pois, quando considera a concepção de realidade não traça um ser mediano e repleto de retidão. Para a mediação frente a análise de realidade não há ninguém normal ou anormal, somente se tem diferentes modelos de realidade". (in A mediação e o processo de mediação. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004, p. 15).*

230 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

231 Cf artigos 1º e 18 da Lei nº 9.307/96.

232 Cf artigos 2º e 3º da Lei nº 9.307/96.

Estado, que hoje é ainda o instrumento mais utilizado na solução dos conflitos no Brasil.

Nela não há limites subjetivos (de pessoas) ou objetivos (de matéria). Ademais, ostenta a característica da coercibilidade e auto-executoriedade, o que não ocorre na arbitragem²³³.

Mas, não custa lembrar, apenas a jurisdição é monopólio do Estado e não a solução dos conflitos.

Vistas essas notas conceituais e definida a amplitude da mediação, analisemos mais a fundo sua consistência.

2. Mediação: espécies e barreiras.

Três são os elementos básicos²³⁴ para que possamos ter um processo de mediação: a existência de partes em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo.

Com relação às partes, podem ser elas pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser também entes despersonalizados, desde que se possa identificar seu representante ou gestor. Podem ser ainda menores, desde que devidamente assistidos por seus pais (veja-se, por exemplo, a utilidade da mediação em conflitos juvenis e escolares e a sua potencialidade como instrumento de prevenção ao envolvimento de adolescentes com atividades criminosas).

O segundo elemento, conflito, delimita a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. É preciso deixar claro que a mediação não se confunde com um processo terapêutico ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico.

233 Explica-se: se o árbitro profere uma sentença arbitral que é descumprida por uma das partes, não pode ele aplicar providências coercitivas para garantir o adimplemento. Deve oficiar (ou requerer, segundo alguns) tal providência a um Juiz de Direito, na medida em que o legislador resolveu transferir ao árbitro todos os poderes do Juiz, exceto aqueles que decorrem da *coertio*.

234 Para Nuria Belloso Martín, a mediação se caracterizará sempre pelos seguintes elementos: a) voluntariedade; b) eleição do mediador; c) aspecto privado; d) cooperação entre as partes; e) conhecimentos específicos (habilidade) do mediador; f) reuniões programadas pelas partes; g) informalidade; h) acordo mútuo; i) ausência de sentimento de vitória ou derrota. MARTÍN, Nuria Belloso. *Reflexiones sobre Mediación Familiar: Algunas Experiencias en el Derecho Comparado*. Artigo gentilmente cedido pela autora quando ministrou disciplina no Curso de Mestrado em Direito da UNESA em novembro de 2005.

É certo que é extremamente desejável que o profissional da mediação tenha conhecimentos em psicologia e, sobretudo, prática em lidar com as relações humanas e sociais. Contudo, deve haver um limite claro para a sua intervenção, sob pena de se perder o foco e tornar o processo abstrato, interminável e, portanto, infrutífero.

Por fim, o mediador deve ser pessoa neutra, equidistante das pessoas envolvidas no litígio e que goze de boa credibilidade. Deve ser alguém apto a interagir com elas, mostrar-se confiável e apto a auxiliar concretamente no processo de solução daquele conflito.

Há duas formas básicas de estabelecer a metodologia e as premissas para a busca da solução.

A primeira é denominada “*rights-based*” e ocorre quando as partes analisam quais são as perspectivas da questão na hipótese de a causa ser levada à jurisdição, a fim de delimitar objetivamente a solução prática a ser alcançada. Esses dados são tomados como ponto de partida para a negociação.

A outra é denominada *interest-based* e se dá quando a solução for buscada com base nos interesses e necessidades das próprias partes no que tange aos direitos em conflito, deixando-se a análise fria do texto legal e das tendências jurisprudenciais para um segundo momento e apenas como forma de conferir executoriedade ao termo de acordo.

Via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre, como visto acima, antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória²³⁵.

É o que se chama de mediação incidental ou judicial. Em nosso ordenamento pode ser feita em duas hipóteses: ou o juiz, ele próprio, conduz o processo, funcionando como um conciliador ou designando um auxiliar para tal finalidade (artigos 331 e 447 do C.P.C.); ou as partes solicitam ao juiz a suspensão do processo, pelo prazo máximo de seis meses, para a efetivação das tratativas de conciliação fora do juízo (artigo 265, inciso II, c/c § 3º, também do C.P.C.).

235 PINHO. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *A Mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo*, in SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coordenadores). *Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 237/256.

De acordo com a postura do mediador, podemos classificar o procedimento em ativo ou passivo.

Na mediação passiva o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador²³⁶ do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista, possíveis soluções ou propostas concretas às partes.

No caso da mediação ativa, o mediador funcionará como uma espécie de conciliador; ele não se limita a facilitar; terá ele também a função de apresentar propostas, soluções alternativas e criativas para o problema, alertar as partes litigantes sobre a razoabilidade ou não de determinada proposta, influenciando assim o acordo a ser obtido. Aqui o mediador assume posição avaliadora.

Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador.

Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho.

A mediação é um trabalho artesanal.

Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas²³⁷, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam²³⁸.

É um processo que pode se alongar por semanas, com inúmeras sessões, inclusive com a participação de co-mediadores, estando as partes, se assim for de seu desejo, assistidas a todo o tempo por

236 O termo facilitação vem sendo largamente utilizado na literatura especializada em mediação. Confira-se, por todos, SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2nd edition, Colorado: Westview, 1994, p. 24.

237 FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

238 Cf, também, as seguintes obras: CRAVER, Charles B. *Effective Legal Negotiation and Settlement*, New York: Lexis, 2001; SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2nd edition, Colorado: Westview, 1994; e WILLIAMS, Gerald R. *Legal Negotiations and Settlement*, Minnesota: West, 1983.

seus advogados, devendo todos os presentes anuírem quanto ao procedimento utilizado e à maneira como as questões são postas na mesa para exame.

Contudo, independentemente do tipo de mediação ou da postura do mediador, é possível identificar alguns comportamentos recorrentes que se constituem em verdadeiras barreiras à mediação.

Essas barreiras podem ser institucionais ou pessoais.

Barreiras institucionais são aquelas opostas por entidades ou grupos políticos e sociais organizados.

Apesar de toda a evolução da teoria da solução alternativa de conflitos, é possível ainda identificar pontos de resistência bastante fortes e que podem ser resumidos em três posições.

A primeira diz respeito à desinformação generalizada sobre o cabimento da mediação, seus limites, potencialidades e conseqüências jurídicas.

A segunda se refere à percepção social da figura de autoridade para a solução do conflito. A sociedade brasileira, de forma geral, ainda enxerga no juiz, e apenas nele, o personagem que encarna, de forma inquestionável, o poder de resolver litígios. Outras figuras como conciliadores, juízes leigos, juízes de paz, integrantes de câmaras de mediação ou câmaras comunitárias, ainda são vistos com certa desconfiança.

A terceira é traduzida pela falta de normatização e sistematização da mediação, aliada a noção de que sempre, de alguma forma, caberá algum tipo de recurso ou medida a ser distribuída ao Poder Judiciário, como forma de questionar providência determinada no âmbito de um método alternativo de solução de conflitos.

Barreiras pessoais são as aquelas impostas pelos que estão diretamente envolvidos num processo de mediação.

O ex-Diretor do Centro de Conflito e Negociação da Universidade de Stanford²³⁹, e Diretor do PON – Program on Negotiation da Harvard

239 Cf sítio em <http://www.stanford.edu/group/sccn> .

Law School²⁴⁰, Robert H. Mnookin²⁴¹, procurou sistematizar as quatro principais barreiras que impedem à obtenção de um acordo entre partes em litígio.

Afirma o professor, que a primeira das barreiras a ser transposta é a estratégica, que está embasada na barganha, onde cada um dos litigantes quer maximizar seus ganhos e diminuir os benefícios do outro.

Os negociadores devem ter em mente que o processo de negociação deve ser encarado como uma forma de atingir o máximo de benefícios para ambos os lados, ao invés de implicar, necessariamente, grandes perdas para um e ganhos correspondentes para o outro, visto que um negócio bem feito pode potencializar os ganhos de ambas as partes²⁴².

Para tanto, mister que as partes negociem com boa-fé, abertas ao maior número de opções possíveis, expondo as suas preferências e os fatos de seu conhecimento.

Também temos como barreira à obtenção de um bom acordo o uso de um preposto (agente) para negociar em nome do titular do direito, visto que é muito difícil que esse terceiro conheça todos os interesses do seu representado, bem como os limites aceitáveis das propostas.

Ademais, não raras vezes, estará também negociando em benefício próprio, pois seus ganhos pessoais dependem dos ganhos de seu cliente, o que tende a amesquinhar a questão e, por isso, dificultar o acordo.

A terceira barreira listada pelo professor Mnookin é a cognitiva, intimamente ligada à capacidade das pessoas em processar informações e lidar com riscos e incertezas.

240 Para maiores informações dos interessados em atender aos Seminários de mediação e negociação promovidos pelo Programa de Negociação de Harvard Law School, e/ou obter material específico sobre o tema, cf o sítio em <http://www.pon.harvard.edu>.

241 Mnookin, Robert H. *Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict*, *The Ohio State Journal on dispute resolution*, vol. 8, nº 2, 1993, pp. 235/249.

242 Essa idéia de ganhos recíprocos e a permanente preocupação com esse parâmetro sempre foi um dos pilares da teoria clássica da negociação em Harvard. Para maiores esclarecimentos veja-se FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving in*, *op. cit.*.

Isso significa dizer que é da essência do ser humano ter medo de perder; esta insegurança natural leva ao receio de assinar um acordo, sem de dar conta de que, em não o firmando, as perdas podem ser potencializadas, até porque a solução consensual não costuma ser disponibilizada por muito tempo, eis que a demora levará, normalmente, à opção pela via adjudicatória para que a questão seja finalmente resolvida.

As inquietantes perguntas ecoam na mente daquele que está prestes a celebrar o acordo. *“Será que esse valor está bom? Será que não posso conseguir mais? Será que com um pouco mais de negociação não consigo uma proposta melhor? Será que os outros vão me achar um mau negociador ou meus amigos vão me recriminar por não ter perseguido uma oportunidade mais vantajosa?”*.

Finalmente, a quarta barreira consiste na tendência, quase que automática, de as pessoas rejeitarem ofertas elaboradas pela outra parte, mesmo que lhes pareça satisfatória, por infundada e pura desconfiança.

Há uma tendência de interpretar uma boa proposta do adversário como barganha baseada em informações não compartilhadas no curso do processo negocial; de acreditar que o outro negociante quer obter apenas ganhos próprios através do acordo, e não que deseja um acordo justo e bom para ambos.

Isto causa sensação de frustração e impotência. Instala-se um processo mental hermético e cíclico, se desvia do foco e inviabiliza o acordo.

Para que sejam ultrapassadas todas essas barreiras, e se chegue a um resultado final satisfatório, imprescindível será o desenvolvimento de um bom trabalho por parte do mediador.

Durante todo o tempo o processo deve ser transparente, com prévias e detalhadas explicações sobre tudo o que está sendo colocado na mesa, os futuros passos e as possibilidades e opções de cada um.

O mediador pode tomar conhecimento de um maior número de informações (as partes lhe confiam dados que dificilmente transmitiriam a seu adversário); pode ter, então, maior noção da atitude de cada um (as partes estarem agindo de boa-fé ou não no decorrer do processo negocial), auxiliando com isso o afastamento da barreira estratégica.

Quanto menos a parte se sentir surpreendida ou vulnerável, mais ela se entrega, sem reservas ou barreiras, ao processo de mediação e torna mais fácil a tarefa e identificar os interesses (muitas vezes escondidos) por trás das posições, estabelecendo as possibilidades de composição entre esses interesses aparentemente antagônicos e inconciliáveis.

Também os mediadores podem superar os problemas decorrentes do uso de prepostos para a negociação visto que sua função será trazer os próprios litigantes à mesa para discutir o problema, estabelecendo relacionamento direto com eles e esclarecendo sobre a importância dessa conexão sem intermediários.

Ademais, será sua responsabilidade auxiliar a descoberta dos interesses comuns entre as partes e contabilizar os custos decorrentes da assinatura ou não do acordo, atitudes que auxiliarão a derrubada da terceira barreira.

E, por fim, segundo alguns, poderá o mediador elaborar as propostas em nome da parte proponente, com o que a quarta barreira ficará sensivelmente mitigada²⁴³.

3. O uso da mediação: filtragem dos conflitos.

Uma vez estabelecida a opção pela mediação, algumas questões devem ser objetivamente colocadas.

Em primeiro lugar, para que seja instituída a mediação, mister que exista a concordância de ambas as partes na adoção de tal meio de solução de conflitos, pois, como vimos anteriormente, a opção pela mediação é, e tem que ser, sempre voluntária.

243 Isto é viável apenas quando se convencionou a mediação ativa. De se observar que hoje, ao contrário da maioria das escolas de mediação nos Estados Unidos, a escola de Harvard se coloca em posição francamente antagônica a essa modalidade de mediação, por acreditar que com isso estar-se-á desnaturando a essência do sistema de mediação. Pela mesma razão, não se admitem sessões privadas com uma das partes (“caucus”) ou a concretização de uma proposta até então abstrata, sob pena de violação da imparcialidade do mediador. Para maiores esclarecimentos, cf. HARVARD LAW SCHOOL. *Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials.* Cambridge, Massachusetts, June, 2004. Sob a perspectiva dos negociadores, veja-se: MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*, Cambridge: Harvard University Press, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation Theory and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

Imprescindível que as partes estejam optando pela mediação de boa-fé, e que conduzam todo o processo nessa perspectiva. Ademais, importante que as partes escolham conjuntamente um mediador (e se empenhem verdadeiramente nesse processo de escolha), que seja de sua irrestrita confiança e esteja apto a compreender aquele conflito, suas dimensões e potencialidades.

Devem as partes, a fim de garantir a aplicação das normas de razoabilidade e do devido processo legal, tomar algumas providências para oficializar o procedimento e preservar seus direitos e garantias.

Inicialmente, devem elaborar um termo de mediação (“*agreement to mediate*”), que deverá conter as informações relevantes no que tange à mediação, como identificação e qualificação das partes, dos seus procuradores e do mediador, o objeto da mediação e a aceitação do encargo de mediador.

Normalmente o mediador se obriga a manter sigilo sobre tudo o que for tratado, (salvo expressa autorização das partes). Deve haver ainda no termo a fixação do local e da forma como serão conduzidas as reuniões entre as partes, prazo para a conclusão dos trabalhos, forma de remuneração do mediador (e a sua divisão entre as partes submetidas à mediação), cláusula determinando o procedimento caso uma das partes desista da mediação (ou caso o próprio mediador chegue à conclusão de que aquele conflito não tem como ser mediado, ao menos naquele momento, hipótese que se denomina “denúncia à mediação”), entre outras.

O ponto chave do processo de mediação é a troca de informações e a barganha entre as partes. Essa troca de informações pode ser desenvolvida tanto em sessões conjuntas (em que estejam presentes ambas as partes, juntamente com o mediador), bem como separadamente, reunindo-se o mediador com cada uma das partes em separado²⁴⁴. Esse último tipo de sessão é denominado de “*caucus*” e pode ser requerido tanto pelo mediador como pelas próprias partes.

244 Ver nota de rodapé supra sobre a posição da Escola de Harvard acerca do “caucus”, o que denota que nem todos os mediadores são adeptos de tal medida. Entendem os especialistas do P.O.N. da Harvard Law School que tal reduz o grau de confiabilidade das partes no mediador e impede a construção de um processo participativo, no qual todos (partes e mediador) devem se envolver nos problemas de todos. Uma expressão comumente utilizada nos Seminários, e que traduz bem essa mentalidade, é: “*anybody’s problem is everybody’s problem!*”.

João Roberto da Silva²⁴⁵ alerta serem as informações obtidas em *caucus* confidenciais, sendo que, a seu ver, diversas vantagens podem resultar daí.

Permite-se ao mediador descobrir as “motivações ocultas” das partes. É razoavelmente seguro supor que as razões expressas pelas partes em disputa como estando na base da sua atitude não sejam as únicas.

Deste modo, uma das tarefas do mediador será descobrir o que mais está a influenciar as suas posições respectivas, isto é, descobrir as “motivações ocultas”. As razões por que são mantidas ocultas podem facultar ao mediador a necessária informação para impulsionar as partes a ultrapassarem o que quer que seja que esteja a bloquear as negociações diretas.

Durante as reuniões, sejam elas em conjunto ou separadamente, caberá ao mediador a condução dos trabalhos; ele deve estar sempre à frente e no controle do processo, estimulando o debate entre as partes, sem nunca perder o foco e o objetivo de todo o trabalho.

Uma vez obtido o acordo, embora não exista regra que assim exija, normalmente será ele formalizado por escrito. Também os advogados das partes, juntamente com o mediador, devem intervir nesta fase, a fim de garantir a exequibilidade daquilo que foi acordado e a adequação às normas em vigor, evitando surpresas desagradáveis na indesejável, porém possível, hipótese de descumprimento dos termos do acordo.

Vale ressaltar que, na forma da Lei brasileira, qualquer acordo extrajudicial, assinado pelas partes, na presença de duas testemunhas, se converte em título executivo extrajudicial na forma do art. 585, inciso II do CPC, o que dispensa a necessidade de ajuizamento de prévio processo cognitivo.

Também é facultado às partes que submetam o acordado à homologação pelo Juiz, em hipótese de genuína jurisdição voluntária, a fim de que aquele acordo adquira o *status* de título executivo judicial, conforme o art. 475, N, inciso V do CPC, impedindo a oposição de embargos e permitindo, apenas, a apresentação de impugnação, nas hipóteses do art. 475, L.

245 SILVA. João Roberto da. *Op. cit.*, p. 19.

Examinadas as etapas do processo, já é hora de inserir a mediação no quadro geral de solução de conflitos e identificar as hipóteses nas quais pode se mostrar mais útil à sociedade.

Maria de Nazareth Serpa, que afirma que o objetivo da mediação não é enquadrar a disputa em nenhuma estrutura legal preestabelecida, mas conduzir a disputa à criação de uma estrutura própria mediante a construção de normas relevantes para as partes²⁴⁶.

Como já tive a oportunidade de ressaltar²⁴⁷, as vias alternativas vêm para somar e não para disputar com a adjudicação.

A mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso. Cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual se deve, sempre que possível, tentar a combinação de métodos.

Temos insistido na tese de que a mediação deve ser utilizada, prioritariamente para os relacionamentos interpessoais continuados.

Em outras palavras; havendo um conflito, este pode se dar entre duas empresas (business to business – B2B); entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica (business to person – B2P); ou ainda entre duas pessoas físicas (person to person – P2P).

Sendo um conflito entre duas pessoas físicas, é preciso investigar a natureza do relacionamento entre elas. Poder ser uma relação descartável (numa ação indenizatória oriunda de ato ilícito qualquer, como, por exemplo, num acidente de automóvel) ou numa relação continuada (aquela que vai subsistir, quer as partes queiram, quer não queiram, após a solução daquele conflito, como é o caso da convivência entre cônjuges, familiares, afins, vizinhos e associados).

É exatamente aqui que, a meu juízo, reside a grande contribuição da mediação. De nada adianta a sentença de um juiz ou a decisão de um árbitro numa relação continuativa sem que o conflito tenha sido adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente²⁴⁸.

246 Idem. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 146.

247 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo*, in SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coordenadores). *Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 237/256.

248 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Uma leitura processual dos direitos*

Por óbvio, dependendo das peculiaridades do caso concreto, a mediação também pode ser indicada para conflitos “B2B” e “B2P”. Cabe às partes e ao mediador avaliar as possibilidades caso a caso.

Nesse sentido, recebemos com certa preocupação o Projeto de Lei nº 94/2002 (antigo Projeto 4.287/98) que tramitou no Congresso Brasileiro e que hoje se encontra paralisado. Em outras palavras, desejamos, desde logo, alertar para o fato de que a mediação não deve ser utilizada indiscriminadamente, quer prévia, quer incidentalmente, em todos os processos.

Isso, de nada adiantará ou contribuirá para o acesso à justiça.

É imprescindível que exista uma forma de triagem e filtragem no início do processo conflituoso. Essa triagem deve ser feita de forma conjunta por todos os operadores do direito, dos advogados aos juízes.

Um confronto de cunho eminentemente emocional é passível de solução mais adequada se for submetido inicialmente à mediação. É necessário decompor os elementos psicológicos e jurídicos e examinar qual deles prepondera naquele caso específico, a fim de que se possa utilizar o “remédio” adequado.

Mais uma vez ressalto, a questão não é de divisão ou repartição de competências entre adjudicação e mecanismos de ADR’s, e muito menos de utilização generalizadas de formas de solução alternativas, mas sim de combinação, mediante um racional e efetivo processo de triagem, no qual todos os jurisdicionados têm muito a ganhar.

4. Perspectivas para o Processo Civil Brasileiro.

Não obstante ainda não ter se convertido formalmente em Lei, é preciso que se diga que a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes, e na escolha por um instrumentos mais profundo de solução do conflito²⁴⁹.

humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos, in KLEVENHUSEN, Renata Braga (organizadora). *Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63/80.

249 Projeto “Movimento pela Conciliação” liderado pelo Conselho Nacional de Justiça e coordenado por Lorenzo Lorenzoni e Germana Moraes, disponível no sítio <http://www.cnj.gov.br>, acesso em 15 de abril de 2008.

Nesse sentido, como já mencionado, na mediação não se busca uma decisão que ponha um ponto final na controvérsia, até mesmo porque o mediador não tem poder decisório, o que, desde logo, o difere do árbitro.

O que se procura é a real pacificação do conflito por meio de um mecanismo de diálogo, compreensão e ampliação da cognição das partes sobre os fatos que as levaram àquela disputa.

Neste tópico, vamos procurar apresentar alguns institutos da mediação e comentar dispositivos do referido Projeto de Lei que consideramos sejam, ainda, merecedores de maior reflexão.

Nessa linha de raciocínio, partindo-se da premissa, já assentada, de que na mediação os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que seja detentor de sua confiança, e, ainda, de que este terceiro não tem poder decisório, é possível compreender que cria-se uma relação mais íntima entre as partes e o mediador.

Cabe ao mediador auxiliá-las na obtenção da solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente, como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio como alternativa ao embate.

Normalmente, ao fim de um procedimento exitoso de mediação, as partes compreendem que a manutenção do vínculo que as une é mais importante do que um problema circunstancial e, por vezes, temporário. A mediação é o método de solução de controvérsias ideal para as relações duradouras, como é o caso de cônjuges, familiares, vizinhos e colegas de trabalho, entre outros.

Não custa enfatizar que o melhor modelo, a nosso ver, é aquele que admoesta as partes a procurar a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressar com a demanda judicial. Não parece ser ideal a solução que preconiza apenas um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado.

Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito.

Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias²⁵⁰ na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o “call center” de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao Juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa.

Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário.

Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito²⁵¹.

Mas esta é apenas uma das facetas desta visão. A outra e, talvez, a mais importante, seja a consciência do próprio Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito.

Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o Princípio da Indelegabilidade da Jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função de julgar, ou seja, se um cidadão bate as portas do Poder Judiciário, seu acesso não pode ser negado ou dificultado, na forma do artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988.

O que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva,

250 A Lei nº 9.958/2000 inseriu as alíneas A a H no artigo 625 da Consolidação das Leis Trabalhistas (C.L.T.) e disciplinou o instituto das “Comissões de Conciliação Prévia”. Em razão dessa sistemática, o Egrégio Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que não pode ser exigida a ida prévia à C.C.P., pois isso seria um injustificável embaraço ao livre acesso ao Poder Judiciário. Maiores informações sobre essa Decisão em noso blog: <http://humbertodalla.blogspot.com>, *post* do dia 14 de maio de 2009. Referência: ADIN 2139/DF. Íntegra do Acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604545>.

251 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURCO, Karol. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional*, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>, acesso em 12 de janeiro de 2010.

limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica.

Não custa lembrar, como nos indica Elidio Resta²⁵², que a conciliação tem o poder de “desmanchar” a lide, resultado este que, na maioria dos casos, não é alcançado com a intervenção forçada do Poder Judiciário.

E mais, num momento inicial, quando não está ainda consolidada a prática da mediação, é preciso que tal postura tenha uma finalidade também educativa e pedagógica.

Importante deixar clara essa nova dimensão do Poder Judiciário²⁵³, aparentemente minimalista, numa interpretação superficial, mas que na verdade revela toda a grandeza desta nobre função do Estado. Nessa perspectiva, efetividade não significa ocupar espaços e agir sempre, mas intervir se e quando necessário, como *ultima ratio* e com o intuito de reequilibrar as relações sociais, envolvendo os cidadãos no processo de tomada de decisão e resolução do conflito.

Isso pode (e deve) ser incentivado pelo próprio Poder Judiciário. Nesse sentido, vale a pena dar uma olhada no “*Alternative Dispute Resolution Act*”²⁵⁴ de 1988, em vigor nos Estados Unidos.

252 RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, p. 119. “a conciliação desmancha a lide, a decompõe nos seus conteúdos conflituosos, avizinhando os conflitantes que, portanto, perdem a sua identidade construída antagonicamente.”

253 Veja-se o excerto adiante transcrito da obra de Eligio Resta: “A oferta monopolista de justiça foi então incorporada no interior do sistema da jurisdição, delegado a receber e a regular uma conflitualidade crescente; tecnicamente aquilo que levou a altos graus de ineficiência o sistema da jurisdição foi um crescimento vertiginoso das expectativas e das perguntas a isso referidas. Tecnicamente se chama explosão da litigiosidade, que tem muitas causas, mas que nunca foi analisada de forma mais profunda. É notório como a nossa estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos remédios (portanto reformas perenes das normas), quase nunca às causas, deixando de lado análises atentas sobre a litigiosidade que cresce, que é constantemente traduzida na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciais. (...) Em face de tal hipertrofia, a direção da política do direito, na qual mover-se, me parece que deva ser no sentido de uma jurisdição mínima, contra uma jurisdição tão onívora quanto ineficaz”. (RESTA, Eligio [trad. Sandra Vial]. *O Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, pp. 99/100).

254 Seguem os principais excertos do “Act”: “(...) (2) certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, minitrials, and voluntary arbitration, may have potential to reduce the large backlog of cases now

A mediação incidental ou judicial já pode ser feita hoje em nosso ordenamento. Contudo, nas duas hipóteses, como já frisamos, terá havido a movimentação da máquina judicial (apresentação da petição inicial, recolhimento de custas, despacho liminar positivo, citação do réu, prazo para contestação, diligências cartorárias, resposta do réu e designação de audiência prévia, sem contar com os inúmeros incidentes processuais que podem tornar mais complexa a relação processual).

O elemento principal, portanto, para a compreensão da mediação é a formação de uma cultura de pacificação²⁵⁵, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.

Nesse sentido, o artigo 2º, na redação atual do Projeto²⁵⁶, dispõe de forma inequívoca que a modalidade a ser adotada pelo Brasil será a passiva, dando a entender que a chamada mediação ativa (conciliação)

pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently; (...) (b) AUTHORITY- Each United States district court shall authorize, by local rule adopted under section 2071(a), the use of alternative dispute resolution processes in all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy, in accordance with this chapter, except that the use of arbitration may be authorized only as provided in section 654. Each United States district court shall devise and implement its own alternative dispute resolution program, by local rule adopted under section 2071(a), to encourage and promote the use of alternative dispute resolution in its district. (...) SEC. 4. JURISDICTION. Section 652 of title 28, United States Code, is amended to read as follows: Sec. 652. Jurisdiction (a) CONSIDERATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN APPROPRIATE CASES- Notwithstanding any provision of law to the contrary and except as provided in subsections (b) and (c), each district court shall, by local rule adopted under section 2071(a), require that litigants in all civil cases consider the use of an alternative dispute resolution process at an appropriate stage in the litigation. Each district court shall provide litigants in all civil cases with at least one alternative dispute resolution process, including, but not limited to, mediation, early neutral evaluation, minitrial, and arbitration as authorized in sections 654 through 658. Any district court that elects to require the use of alternative dispute resolution in certain cases may do so only with respect to mediation, early neutral evaluation, and, if the parties consent, arbitration. (...)". Fonte: <http://www.pubklaw.com/hi/105-315.html>, acesso em 30 de setembro de 2007.

255 WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

256 "Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual".

não se coaduna com o espírito do legislador.

Nesse ponto, mister algumas considerações.

A distinção entre mediação e conciliação é tarefa um tanto árdua.

Alguns autores recomendam tratar os dois termos como sinônimos. Entretanto, na Itália²⁵⁷ os autores estão traduzindo a palavra inglesa *mediation* para *conciliazione*, reservando o termo *mediazione* para a gestão dos conflitos em matéria familiar, social, escolástica e penal.

Isso tem o objetivo de distinguir claramente a atividade praticada pelo Estado em face da existência ou iminência de um processo (*conciliazione*), da atividade meramente espontânea de pacificação social, praticada em face da existência de conflitos latentes ou iminentes, mas sem que ainda se tenha cogitado do processo judicial (*mediazione*).

Porém, considerando que o sistema norte-americano é eminentemente paraprocessual e parajudicial, a proposta brasileira a ele em muito se assemelha. Mantendo a nomenclatura norte-americana, está sendo proposta no Brasil a mediação paraprocessual. Podemos, então, estabelecer três critérios fundamentais:

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver, da forma mais abrangente possível, o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.

Quanto ao método, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito, ao passo que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo de recíproca satisfação.

Por fim, quanto aos vínculos, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz

²⁵⁷ Conferir, por todos, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador. Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos Poderes Públicos. Mesmo a mediação paraprocessual mantém a característica privada, estabelecendo apenas que o mediador tem que se registrar no tribunal para o fim de ser indicado para atuar nos conflitos levados à Justiça.

Ademais, como referido, a mediação não deve ser utilizada na generalidade dos casos. Tal conduta equivocada levaria a uma falsa esperança em mais uma forma de solução de conflitos que não tem o condão de se desincumbir, satisfatoriamente, de certos tipos de litígios. O mediador não tem “*bola de cristal*” e nem “*varinha mágica*”.

Daí a importância, frise-se, de ser instituído um mecanismo prévio e obrigatório para a tentativa da solução negociada dos conflitos, ainda que não necessariamente a mediação.

O autor, ao ajuizar a petição inicial, deveria alegar (e provar) ao magistrado que tentou, de alguma forma, solucionar pacificamente aquele conflito e que só está levando aquela causa ao Poder Judiciário porque não obteve sucesso em suas tentativas.

O juiz, se se convencer das alegações do autor, profere o despacho liminar positivo e determina a citação do réu; se entender, ao contrário, que há espaço e viabilidade para uma solução pacífica, designa uma sessão de mediação (incidental), se estiver convencido de que este mecanismo poderá, concretamente, ofertar alguma contribuição ao litígio que tem em suas mãos.

A mediação deve ser conduzida por profissionais habilitados, treinados e experimentados.

Toda Faculdade de Direito deveria ter, ao menos, uma dessas matérias em sua grade de disciplinas obrigatórias.

Ademais, os escritórios-modelo deveriam incluir um período de “*clínica de mediação*”, tendo o suporte de uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais e terapeutas, de forma a permitir uma formação mais adequada ao acadêmico²⁵⁸.

258 Nesse sentido, veja-se a excelente iniciativa do Ministério da Justiça intitulada “Projeto Pacificar”. Maiores detalhes no sítio da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário no seguinte endereço: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ4F9B9115ITEMIDB273D42CA83B4131AE3FEE93D8C2D174PTBRIE.htm>.

Apenas com a mudança na Academia será possível observar a mudança na mentalidade dos operadores.

Aliado a isso, é preciso uma grande e prolongada campanha de esclarecimento à população a fim de que, de um lado, não se criem falsas expectativas, e, de outro, não se permita uma desconfiança quanto ao novo instituto, fruto de uma tradição arraigada nos países latino-americanos e ligada à falsa premissa de que apenas o juiz pode resolver o problema.

O sistema de mediação (prévia e incidental), tal como apresentado no Projeto de Lei nº 94, deve ser repensado, sob pena de submeter o processo a mais uma desnecessária delonga. É preciso uma racionalização na prestação jurisdicional.

Se, desde o início, fica claro que o cerne da controvérsia não é jurídico, ou seja, não está relacionado à aplicação de uma regra jurídica, de nada adianta iniciar a relação processual, para então sobrestá-la em busca de uma solução consensual. Isto leva ao desnecessário movimento da máquina judicial, custa dinheiro aos cofres públicos, sobrecarrega juízes, promotores e defensores e, não traz qualquer consequência benéfica.

É preciso amadurecer, diante da realidade brasileira, formas eficazes de fazer essa filtragem de modo a obter uma solução que se mostre equilibrada entre os Princípios do Acesso à Justiça e da Duração Razoável do Processo.

Ainda nessa linha de raciocínio, parece ser um verdadeiro despautério cogitar da existência, num mesmo processo, de uma sessão de mediação, uma audiência preliminar e ainda uma AIJ na qual, novamente, tenta-se a conciliação.

Pensamos que, em regra, a conciliação deve ser pré-processual, facultando-se às partes a possibilidade de provocar o Poder Judiciário para obter a homologação do acordo (e com isso mais segurança jurídica para aquela relação); iniciado o fluxo processual, a opção da conciliação fica sempre aberta, mas não cabe mais ao Juiz buscá-la, provocá-la ou mesmo interromper a marcha dos atos processuais no afã obsessivo de alcançá-la. Tal iniciativa deve competir às partes e não ao magistrado.

A questão de ser o mediador um advogado ou não, tem suscitado grandes discussões. Infelizmente, o que move os debatedores não é uma preocupação desinteressada pelo tema. Há um forte “lobby” de setores

da advocacia, em oposição ao movimento feito por setores e grupos ligados à psicologia.

Realmente, não nos parece adequado que o mediador seja, necessariamente, um advogado. Parece que a melhor configuração é a de um mediador não advogado, que pode ser auxiliado por um co-mediador advogado.

Participando da sessão de mediação estarão as partes que poderão levar seus advogados ou solicitar a intervenção de um defensor público ou advogado dativo, naquelas localidades nas quais a Defensoria Pública ainda não estiver estabelecida, ou quando o número de defensores disponíveis não for suficiente para atender a todas as demandas.

Diga-se, de passagem, que o árbitro, que tem poder de julgar, não precisa ser advogado. Por que, então, o mediador deveria ser, já que sua função não é julgar, mas sim auxiliar as partes e entender melhor o problema, aparando as arestas e removendo os obstáculos que impedem o acordo? O que é verdadeiramente importante é que o mediador seja alguém que tenha autoridade moral na comunidade e que sua habilidade para pacificar os conflitos seja reconhecida de forma geral, independentemente de sua profissão.

Costumamos dizer que ninguém deve se apresentar como mediador; essa qualidade é atribuída pela sociedade a partir da observação e do reconhecimento das atitudes daquela pessoa. Hoje, os árbitros mais bem sucedidos e requisitados no mercado são pessoas que devotaram suas vidas à construção de uma reputação sólida e confiável.

É a opção do legislador privilegiar a mediação “passiva”, como já examinado, que não é de nossa tradição.

Desde o ano de 1995, com o advento da Lei dos Juizados Especiais, e a conseqüente “popularização” da justiça de pequenas causas, a população se acostumou com a figura do conciliador nos Juizados Especiais que pratica, na maioria dos casos, a mediação “ativa”, ou seja, interfere no conflito, oferece soluções, sugestões e mesmo valores.

Ao se optar pela mediação passiva, quer se queira ou não, faz-se a escolha por um procedimento mais demorado, profundo e que depende da habilidade do mediador em trazer as partes para um conhecimento mais próximo do problema, fazendo com que enxerguem determinados

aspectos, sem, contudo, sugestioná-las ou de alguma forma interferir na sua cognição.

Se não houver um treinamento adequado (que demanda estrutura, tempo e muitas horas de clínica e exercícios) a opção do legislador não passará de uma norma programática e absolutamente divorciada da realidade prática.

A efetivação do cadastro e do registro de mediadores²⁵⁹ é de suma importância, bem como a postura da OAB que, ao contrário das tradições corporativistas, deve dar o exemplo e punir todo e qualquer profissional que contribua, de alguma forma, para o desvirtuamento do processo de mediação.

Não é necessário referir aqui, posto que notórios, os incontáveis casos de falsidade, desvio e abuso de direitos, poderes e prerrogativas por pessoas que, a pretexto de exercerem a função de árbitros, procuravam travestir-se em falsos juízes de direito.

A redação do artigo 34 do Projeto²⁶⁰, ao dispor sobre os casos

259 “Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça, à Defensoria Pública e às instituições especializadas em mediação devidamente cadastradas na forma do Capítulo III, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo. (...) Art. 17. O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado. (...) Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim. Art. 19. Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais; a atuação do co-mediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça. Art. 20. Se a mediação for incidental, a fiscalização também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do co-mediador, poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis”.

260 “Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos: I – na ação de interdição; II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; IV – no inventário e no arrolamento; V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; VI – na ação de retificação de registro público; VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; VIII – na ação cautelar; IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior,

em que não é cabível a mediação parece equivocada.

A proibição de seu uso no inventário chega a ser absurda, em razão da desjudicialização desse procedimento, promovida pela Lei nº 11.441/07.

Quer nos parecer que a Lei deve, apenas, fixar as premissas básicas, sem arrolar casos específicos. Em outras palavras, o critério para a determinação dos casos nos quais pode ser feita a mediação deve ser *ope iudicis* e não *ope legis*. Havendo dúvida, devem as partes procurar o Poder Judiciário e distribuir uma petição, ainda que com a finalidade de obter apenas a homologação judicial.

Já nos encaminhando para o fim deste breve texto, ciente de que as matérias aqui suscitadas abrem caminho para tantos outros questionamentos, gostaríamos de ressaltar que a mediação é um extraordinário instrumento que possibilita a compreensão do conflito a partir da participação efetiva dos envolvidos. Parece-nos que ao longo da (recente) tradição democrática brasileira, talvez até mesmo como uma expressão da *mea culpa* do Estado, ciente de seu fracasso ao atender as necessidades mais básicas da população, forjou-se a idéia de que o Poder Judiciário deve ter uma posição paternalista em relação ao jurisdicionado. O cidadão procura o Juiz²⁶¹, “despeja” seu problema e fica ao lado, aguardando impacientemente, reclamando e espraguejando se a solução demora ou se não vem do jeito que ele deseja. Estamos em que as partes devem ser envolvidas de forma mais direta na solução dos conflitos e a mediação contribuirá, em muito, para isso.

tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação. Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de noventa dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo”.

261 “A sociedade aprendeu a levar os conflitos para os tribunais. Com as leis aprendeu a evitar a violência, a guerra e a cobrança de seus interesses, necessidades e direitos, com as próprias mãos. Mas esqueceu como resolver conflitos em meio a essas mesmas necessidades e interesses delegando poderes que só ela por si pode exercer. Esqueceu como conquistar e administrar a paz”. SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 62.

5. Referências Bibliográficas.

CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor], *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*, in Revista de Processo, vol. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 82/97.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali, in Revista de Processo, vol 99, p. 249/293.

CHASE, Oscar. Law, Culture and Ritual, New York University Press, New York, 2005. pp. 94/137.

DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENTE AND OF THE COUNCIL, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Texto disponível em http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives.

FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

FULLER, Lon. *Mediation: its forms and functions*, 44 S. Cal. Law Review, 305, 1971.

GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4th edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003.

MARTIN, Nuria Beloso. Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/ce sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 2, vol. 2, janeiro a dezembro de 2008, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*, Cambridge: Harvard University Press, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation Theory and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

NOVO PROJETO DE LEI SOBRE A MEDIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>, acessado em 15 de janeiro de 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in *Revista Dialética de Direito Processual*, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “*Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*”, in “*Acesso à Justiça: efetividade do processo*, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 105/124.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, capítulo 23.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria Geral da Mediação – à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURCO, Karol. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional*, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>, acesso em 12 de janeiro de 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo*, in SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coordenadores). *Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 237/256.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos*, in KLEVENHUSEN, Renata Braga (organizadora). *Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63/80.

RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

A DEFENSORIA PÚBLICA E OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Renata Tavares da Costa Bessa²⁶².

Resumo

A luta pela implementação dos direitos humanos no Brasil mediante a incorporação da normativa internacional pelo ordenamento jurídico interno ganha um novo e importante ator que é o Defensor Público. As inovações trazidas pela lei complementar 132, redefinem o conceito de defensor público e, especificamente em relação a promoção dos direitos humanos, além de educação popular aos usuários da Defensoria, está a atuação no dia-a-dia onde o defensor fará uso de todo direito convencional- declarações, tratados, jurisprudência de órgãos internacionais para embasar seus pedidos e iluminar os julgadores com novos estândares.

Abstract

The battle for the human rights implementation in Brasil gains a new warrior: the public defensor. Between the novelties of the Complementary Law number 132, is the new concept of public defensor where his perform is much more active. One of them, is to promote the human rights not only with the users of the institution, but also and fundamentally with the daily routine where they can use the international law as a foundation in theirs petitions.

Palavras-chave

Defensoria Pública- Direitos Humanos- Lei Complementar 132- Poder Judiciário

1. Introdução

Em maio do corrente ano a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou medidas cautelares contra o Brasil no Caso de Hidroelétrica de Belo Monte. O Governo Brasileiro reagiu imediatamente retirando a candidatura do Dr. Paulo Vannuchi a uma vaga neste órgão, o Itamaraty soltou nota repudiando atuação da Comissão,

²⁶² Mestranda do Mestrado de Direito Internacional dos Direitos Humanos da Universidade de Buenos Aires e Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

chamou o embaixador em Washington, por fim, não repassou a verba destinada a ajuda²⁶³. A presidenta Dilma Russef chegou a reunir-se com a Presidenta da Argentina, Cristina Kirchner, para estudarem uma maneira de diminuir o poder da Comissão, somando-se a campanha iniciada pelo Presidente da Venezuela, Hugo Chavez, que “retirou” seu país do dito órgão²⁶⁴.

Correndo em direção oposta, seguem países como essa mesma Argentina e outros como Colômbia, Peru em perfeita consonância com tais sistemas, alguns deles inclusive criaram órgãos em suas estruturas administrativas para facilitar o cumprimento dessas decisões internacionais²⁶⁵.

O Brasil, nesta conjuntura, é um fenômeno singular na América Latina. Enquanto todos os outros países demonstram respeito aos Sistemas Internacionais de Direitos humanos, acatando suas decisões e, principalmente, embasando suas defesas dentro dos limites normativos, nosso país, juntamente com a Venezuela, resolveu assumir um papel de destaque na negação da autoridade dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos²⁶⁶, principalmente em relação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

263 POREN Jr, Alberto, Belo Monte e a OEA, *Brasilianas.Org*, qui, 15/09/2011, disponível em <<http://www.advivo.com.br/blog/alberto-porem-junior/belo-monte-e-a-oea>>, acessado em 3/12/2011. Veja-se também a notícia veiculada no site do Ministério das Relações Exteriores disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/selecao-diaria-de-noticias/midias_nacionais/brasil/o-globo/2011/04/07/governo-ja-prepara-dura-resposta-a-oea>, acessado em 01/12/2011.

264 Estado de São Paulo, disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,venezuela-sai-da-comissao-interamericana-de-direitos-humanos,516338,0.htm>>, acessado em 01/12/2011.

265 Na Argentina, o primeiro governo democrático pós-76, de Raul Alfonsín, estabeleceu o fim das leis de auto anistia possibilitando o julgamento e a sanção de inúmeros militares envolvidos na Ditadura. Depois, publicaram duas leis que suspenderam os processos que já existiam e impossibilitaram os possíveis futuros. Foi a Corte Suprema, adotando os padrões de uma decisão da Corte Interamericana contra o Peru- Caso Barrios Altos, para declarar a inconstitucionalidade dessas leis, reabrindo os processos terminados e possibilitando novos litígios. A Colômbia é o único país da América do Sul de conta com um órgão administrativo responsável pelo cumprimento das sentenças internacionais de Direitos Humanos.

266 Talvez lembrando o papel que fez Alberto Fujimori, quando presidente, que literalmente retirou o Peru da Corte, mandando seu embaixador na Costa Rica devolver o processo no local onde funciona em São José. Para mais informações veja-se CASSEL, Douglas, “El Peru se retira de la Corte: Afrontará El reto el sistema interamericano de Derechos Humanos?”, disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/29/pr/pr5.pdf>, acesso em 3/12/2011.

Por outro lado, historicamente temos um país um pouco alijado desta temática. Desde a formação política do Estado brasileiro- da proclamação da independência ao governo do presidente-operário, pouca coisa mudou em relação a aplicação do direito internacional dos direitos humanos em nosso país. Defende Emir Sader que tais direitos só entram na pauta de lutas a partir de período ditatorial que vai de 1964 a 1984²⁶⁷.

No “mundo jurídico” as coisas não diferem muito. A começar pelas faculdades de direito que organizaram suas cátedras de direitos humanos muito recentemente. Posso afirmar, por alto, que a maioria dos Defensores do Estado do Rio de Janeiro não chegou a estudar direitos humanos na Faculdade. Se para os Defensores não há dados empíricos que comprovem esta afirmação, não é o caso dos juízes de nosso estado. Tudo porque de acordo com a pesquisa realizada pelo professor José Ricardo Cunha, 84% dos juízes não estudaram direitos humanos pois não havia cátedra em suas universidades!

A própria evolução da interpretação da aplicação das normas internacionais de direitos humanos demonstra uma atuação tímida e restritiva do poder judicial. Assim o é, pois o antigo parágrafo segundo do art. 5º de nossa Constituição por si só já previa o que os juristas chamavam de Cláusula Aberta- a incorporação de todos e qualquer tratado de direitos humanos pelo artigo 5º, ou seja, como norma constitucional. Lamentavelmente foi o STF, adotando uma postura conservadora, que nos primeiros anos do atual período democrático, impôs interpretação restritiva, adotando os postulados do que a cátedra de Direito Internacional chamaria de Dualismo- existência de dois ordenamentos jurídicos- interno e internacional, que impediu a aplicação das normas e convenções internacionais diretamente. Fato ultrapassado por esse mesmo Tribunal ante a inclusão do parágrafo 3º no artigo 5º de nossa Carta Magna. Diante dele, toda a jurisprudência do STF em relação aos tratados internacionais de direitos humanos mudou²⁶⁸. No

267 SADER, Emir. *Contexto histórico e educação em direitos humanos no Brasil: da ditadura à atualidade*. In Silveira, Rosa Maria Godoy ET AL (Coord). *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos Teórico-metodológico*. Disponível em < http://www.redhbrasil.net/educacao_em_direitos_humanos.php>. Acesso em 3/12/2011.

268 Veja-se, por todos, a Sumula nº 25 do STF e alguns acórdãos: “(...) após o advento da EC 45/2004, consoante redação dada ao § 3º do art. 5º da CF, passou-se a atribuir às convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquia constitucional (...). Desse modo, a Corte deve evoluir do entendimento então prevalecente (...) para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção. (...) Se bem é verdade que existe uma garantia ao duplo grau de jurisdição, por força do pacto de São José, também é fato que tal garantia não é absoluta e encontra exceções na própria Carta.” (AI 601.832-AgR, voto

entanto, a aplicação das normas internacionais sempre respaldada por uma norma constitucional.

Assim como o STF, alguns campos avançaram nestes últimos anos. A partir das lutas de resistência contra a ditadura, de afirmação de direitos de alguns grupos sociais dominados como afrodescendentes, as mulheres, os povos originários, ajudaram a afiançar uma pauta de lutas pelos direitos internacionais dos direitos humanos no Brasil.

Mas, como demonstrado no início, falta ainda um árduo caminho a seguir e o que proponho a pensar no papel da Defensoria Pública neste contexto.

2. A Lei Complementar 132/2009 e as Novas Funções da Defensoria Pública.

Segundo o Prof. José Augusto Garcia, a lei complementar nº 132 estabelece uma nova definição para a Defensoria Pública que agora passa a ser “ expressão e instrumento do regime democrático, ligada visceralmente à promoção de direitos humanos”²⁶⁹.

Isto ressignifica legalmente o papel do defensor: de uma atuação liberal limitada à performance burocrática processual para uma ação mais ativa, de efetiva participação em vários outros campos da sociedade.

Em relação aos direitos humanos, várias são as passagens da lei. Em primeiro lugar podemos citar o próprio artigo primeiro:

“Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.

do Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-3-2009, Segunda Turma, **DJE** de 3-4-2009.) **Vide: RE 466.343**, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, **DJE** de 5-6-2009, com repercussão geral.

269 GARCIA, José Augusto. Apresentação. Idem (Coord) *Uma nova Defensoria Pública Pede Passagem*. Lumen Iuris, Rio de Janeiro 2011. Pag. XI.

O interessante aqui é que a lei complementar faz diferença entre direitos humanos e os direitos individuais. Pessoalmente não consigo vislumbrar uma diferença empírica: entendo como direitos individuais os chamados direitos fundamentais e que, por isso, explicitados no “núcleo duro”²⁷⁰ da Constituição. Ao contrário, mais uma vez demonstra o legislador brasileiro que faz diferença entre direito interno e internacional no campo dos direitos humanos- como se houvesse um homem interno e um internacional. São pessoas humanas e só!

Depois, já no artigo 3ºA, aponta como um dos objetivos da Defensoria a “a prevalência e efetividade dos direitos humanos”. Ou seja, a obrigação e o compromisso que todo defensor público tem com o acesso e a realização de uma sociedade que conhece e respeita o rol dos chamados direitos humanos.

Já o artigo 4º que estabelece as funções institucionais da Defensoria Pública, atribui a representação perante os organismos internacionais de Direitos Humanos. Fato que, no meu entender, não precisaria estar estabelecido em lei, pois já estaria inserido na cláusula da ampla defesa, inerente ao trabalho do Defensor- mais uma fato de ressalta o “caráter declaratório das inovações da LC 132”²⁷¹.

De acordo com a perspectiva inaugurada com esta lei, os Defensores tornam-se “agentes de educação jurídica” com atribuição de divulgar os direitos humanos.

E aqui, segundo entendo, está o pondo chave do que pretendo defender: **a função de divulgar os direitos humanos não se limita à educação jurídica popular, mas também à conscientização dos operadores do direito, principalmente aos juízes e membros do ministério público, através, não de uma produção bibliográfica acadêmica, mas prioritariamente no trabalho do dia-a-dia do defensor.**

Muito se fala se escreve e se defende a educação jurídica popular. A idéia mãe é aquela que entende que estende o rol dos defensores

270 Entendo por “núcleo duro” o grupo de normas constitucionais que são protegidos de emendas constitucionais, as chamadas clausulas pétreas.

271 Expressão do Prof. José Augusto Garcia de Souza, “O Destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido –sobre tudo após a Edição da LC 132/09-a visão individualista respeito da Constituição?”, in “Uma Nova Defensoria Pública pede Passagem, GARCIA, José A.(Cood), ED. Lumen Iuris, 2011. Pag 37.

públicos para além da atuação processual. A maioria dos defensor-doutrinadores entende que é obrigação do Defensor, sendo papel-chave, para efetivação dos direitos de acesso à justiça é a consciência de ter direitos²⁷².

Em minha opinião, não basta a consciência do cidadão sobre seus direitos. Mas além de saber ter os direitos, é importante que o poder judiciário- destinatário final destas normas- tenha também essa consciência. Afinal, é o Poder Judiciário que decide.

Por isto a proposta aqui defendida de uma mirada humanista para o poder judiciário a fim de que em todas as suas decisões levem em consideração os direitos internacionais dos direitos humanos.

3. O Poder Judiciário e os Direitos Humanos

Para o Prof. José Ricardo Cunha, o problema dos direitos atuais é a questão de sua justiciabilidade. Para ele, esta justiciabilidade não “decorre de uma alma metafísica da própria norma, mas, antes de tudo, do conhecimento que os operadores jurídicos em geral e os juízes em particular possuem a respeito delas”. Não basta conhecê-las, é preciso aplicá-las²⁷³.

Os dados da pesquisa levada a cabo pelo Prof. Cunha, aclaram o tamanho do problema da aplicabilidade das normas de direitos humanos. O problema começa na graduação: 84% dos juízes e 79% dos Desembargadores não cursaram direitos humanos na universidade. Somente 4% estudaram como disciplina obrigatória. No entanto, para 57% entende que os direitos humanos são normas plenamente aplicáveis quando o caso concreto exigir.

Estes dados perfilam um campo muito grande de trabalho de atuação do Defensor Público. Para além da possibilidade do litígio internacional, entendo que o grande papel do Defensor está nas ações internas: na educação jurídica popular que reflexa sua relação com o usuário da Defensoria e, por outro, na atuação convencionalmente constituída.

272 Veja-se, por todos, ALVES, Cleber Francisco, Defensoria Pública e Educação em Direitos humanos in SOUZA, José Augusto Garcia (Coord), Uma Nova Defensoria Pública Pende Passagem, Ed Lumen Juris, pag. 199.

273 CUNHA, José Ricardo (Org.), Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade, Ed. FGV, Rio de Janeiro, 2011. Pag. 9

Por atuação convencional entendo ser a adoção do marco internacional dos direitos humanos como condição de validade e legitimidade do direito. Assim, por exemplo, se o Defensor vai pedir uma liberdade provisória, tem que, antes dos parâmetros constitucionais, falar sobre a normativa internacional- os pactos, declarações, a jurisprudência e etc..., depois a Constituição e , por fim, a lei aplicável ao caso.

Na atuação no dia-a-dia vamos cobrar do poder judicial decisões que aceitem ou repulsem os tratados internacionais de direitos humanos, forçando aos juízes que não conheçam ou tem pouco contato, que aumente sua relação, familiarizando-se com este ramo do direito. E assim, educamos em direitos humanos o Poder Judiciário.

4. Rumo a Concentração de um Protagonismo Internacional

Mas não foi só a Lei Complementar 132 que trouxe boas novidades para os Defensores Públicos. No mesmo ano de 2009, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Associação Interamericana de Defensores Públicos (AIDEP) firmaram um acordo cooperação e incentivo em que a Corte reconhece, incentiva e apóia a participação da AIDEP através dos Defensores Públicos par atuar no caso de vitimas sem representação legal. Nestes casos, a AIDEP designará um defensor para estas vitimas.

Os Defensores Interamericanos foram escolhidos e tomam curso de capacitação em Direitos Humanos todos os anos. E já foram designados alguns casos para estes Defensores²⁷⁴.

E em junho do corrente ano outra grande surpresa: a Resolução 2656 da OEA. Com ela, a Organização dos Estados Americanos reconhece o acesso à justiça como direito humano, recomendando aos estados a construção de uma defensoria democrática e independente.

Dois feitos que já revelam o protagonismo que os Defensores Públicos terão num futuro próximo. Agora a missão é nos preparar para isso: conhecendo os sistemas internacionais de direitos humanos, seus documentos e usando-os em nossas petições, no nosso dia-a-dia de modo que possamos ajudar ao povo e aos juízes a ter acesso a estes novos paradigmas.

274 Dois casos foram designados para os Defensores Argentino.

5. Conclusão

O Brasil, dentro da América Latina, em temas relacionados absorção dos direitos internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico interno, obediência de decisões internacionais, está na contramão. Enquanto países como Argentina, Colômbia e Peru seguem avançando ou absorvendo os padrões internacionais ou criando em sua estrutura administrativa órgãos para implementar das decisões internacionais, o governo brasileiro soma uma campanha de desmoralização de alguns órgãos internacionais.

Isso se deve, entre muitas outras causas, ao pouco conhecimento que os brasileiros tem sobre os direitos internacionais dos direitos humanos. Muitas vezes estas discussões são limitadas pelo discurso da soberania nacional- capaz de se sobrepor, nas palavras de alguns, à dignidade da pessoa humana.

De fato, nosso país só a partir das lutas de resistência à ditadura que os direitos humanos entram nas pautas de lutas. Depois, estes padrões foram usados por outros grupos sociais para pautar suas agendas. Assim foram com as questões relacionadas as pautas de reivindicação dos afrodescendentes, as mulheres, povos originários e outras categorias vulneráveis.

Também o mundo jurídico ficou alijado do processo de implementação dos Direitos Humanos. Até pouco tempo atrás, a maioria das universidades não tinha cátedra de direitos humanos. Mesmo o Supremo Tribunal Federal insistia em manter o entendimento sobre o uma dualidade de ordenamento jurídico até a Emenda Constitucional nº45 quando estabelece a cláusula aberta de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos.

A boa nova é que a LC 132 trouxe inúmeras inovações importantes em relação aos Direitos Humanos. Redefinindo a Defensoria Pública, diz a lei que agora a instituição é expressão e instrumento do regime democrático. Em razão disso, nasce para o defensor a obrigação de atuar para além do processo como agente difusor dessa nova ideologia.

Esse novo papel da Defensoria pode ser exercido através da educação jurídica popular, ensinado os usuários a conhecer e exigir esses direitos. Por outro lado, deve atuar em relação aos juízes que efetivamente decidem as causas e asseguram os direitos.

Com efeito, a maioria dos juízes, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, está alijada desta matéria. Seja porque não estudou na universidade, seja porque nunca fez qualquer curso de atualização, pós-graduação, etc...

O Defensor então deve trabalhar no seu dia-a-dia, nas suas peças processuais, alegações e etc...sobre a ótica do direito convencional formado pelos tratados internacionais de direitos humanos e de rango constitucional.

Atuação esta que irá melhorar não só o mundo ao redor do Defensor, mas como prepará-lo para um futuro próximo, de um protagonismo internacional, principalmente no caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Referências Bibliográficas:

Citadas:

CASSEL, Douglas “El Peru se retira de la Corte: Afrontará El reto el sistema interamericano de Derechos Humanos?”, disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/29/pr/pr5.pdf>, acesso em 3/12/2011.

CUNHA, José Ricardo (Org.), *Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade*, Ed. FGV, Rio de Janeiro, 2011.

POREM Jr, Alberto. Belo Monte e a OEA, Brasilianas. Org, qui, 15/09/2011, <http://www.advivo.com.br/blog/alberto-porem-junior/belo-monte-e-a-oea>.

SADER, Emir. Contexto histórico e educação em direitos humanos no Brasil: da ditadura à atualidade. In Silveira, Rosa Maria Godoy ET AL (Coord). *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos Teórico-metodológico*”. Disponível em http://www.redhbrasil.net/educacao_em_direitos_humanos.php. Acesso em 3/12/2011.

SOUZA, José Augusto Garcia. Apresentação. Idem (Coord), *Uma nova Defensoria Pública Pedo Passagem*. Lumen Iuris, Rio de Janeiro2011. Pag. XI.

Pesquisadas:

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite, Pluralismo e Justiça: estudos sobre Habermas, Ed. Edições Loyolas, São Paulo, 2010.

CAMINI, Isabela, Escola itinerante: na fronteira de uma nova escola, Ed. Expressão Popular, São Paulo , 2009.

GARGARELLA, Roberto, Injertos y Rechazos: Radicalismo Político y Transplantes Constitucionales em America. Disponível em <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella_Spanish_.pdf>. Acessado em 30/11/2011.

LUZ, Vladimir de Carvalho, Assessoria Juridica Popular no Brasil, ED. Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2008.

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E O ACESSO À JUSTIÇA

ELIDA SÉGUIN²⁷⁵
EVANNA SOARES²⁷⁶

Sumário: Introdução. 1 Meio Ambiente do Trabalho. 2 O Ministério Público do Trabalho. 3 A Defensoria Pública. 4 Acesso à Justiça e competência judicial. 5 Assistência jurídica aos trabalhadores. 6 Justiça Ambiental. 7 As 100 regras de acesso à Justiça. Conclusões. Referências.

Resumo

O artigo versa sobre a sinergia existente entre o Meio Ambiente do Trabalho e duas instituições jurídicas, o Ministério Público do Trabalho e a Defensoria Pública, no contexto do acesso à Justiça. No Meio Ambiente do Trabalho tem-se a dicotomia empregadores e empregados, com características e interesses que frequentemente entram em rota de colisão. O princípio da publicização do Direito Privado, ao intervir nas relações trabalhistas, reconhece que os trabalhadores constituem um grupo vulnerável, sendo essencial que o Poder Público garanta seu acesso à Justiça e aos Tribunais, como forma de garantir os direitos fundamentais desse segmento. Constata-se, no entanto, que as atividades da Defensoria Pública da União e dos Estados não estão suprimindo esta necessidade, que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, deveriam se aliar e incrementar a atuação de outros legitimados, em especial o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Direito Ambiental do Trabalho. Meio Ambiente do Trabalho. Ministério Público do Trabalho. Defensoria Pública.

275 Advogada. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Público, Membro da Associação Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB), do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP) e do Instituto de Advogados do Brasil (IAB). Professora Adjunta da UFRJ (aposentada). Autora de livros e artigos. E-mail: elidaseguin@gmail.com.

276 Procuradora Regional do Trabalho na 7ª Região (CE). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA, Buenos Aires). Mestre em Direito Constitucional (Unifor, Fortaleza). Pós-graduada (Especialização) em Direito Processual (UFPI, Teresina). Membro da Academia Piauiense de Letras Jurídicas. Autora dos livros Ação Ambiental Trabalhista (Sérgio Fabris Editor, 2004) e Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho (no prelo, Ed. LTr) e de dezenas de artigos jurídicos publicados. E-mail: evannasoares@hotmail.com.

Abstract

This article is about the existing synergy between Work Environment and two juridical institutions, the Labor Public Ministry and the Public Defender Service, in the context of public access to Law. Within the work environment, there is this dichotomy between employers and employees whose characteristics and interests are frequently clashing. When there is Public Law intervention in issues involving Private Law towards work relations, it is recognized that workers make up a vulnerable group which makes it essential that the Public Power guarantee their access to Justice and to Courts, as a way of preserving their fundamental rights. Nevertheless, it has been proved that the Public Defenders' activities at the Federal and State levels are not fulfilling this need, which should have been fulfilled since the promulgation of the 1988 Federal Constitution when both Federal and State defenders should have allied with each other in order to improve the actions of other legitimate institutions such as the Labor Public Ministry and the Workers' Unions.

Introdução

A forma como a humanidade evolui, alterando seus códigos sociais, tem algo de imprevisível pelo grande número de variáveis que interferem neste processo, posto que atua em rede numa sinergia permanente.²⁷⁷ Esta conexão, com numero amplo de influências, pode ocasionar que duas situações com as mesmas características tenham desfechos distintos. Para acompanhar estas alterações, o Direito varia no tempo e no espaço, na dependência do avanço da teoria do conhecimento das práticas sociais, numa autopoiese imponderável e que traz surpresas.

Esta dinâmica também ocorre no ambiente laborativo, em especial considerando que a palavra “trabalho” embute um sentimento de desprazer, de castigo. Através do trabalho o homem se apropria da Natureza, transformando-a segundo seus interesses e necessidades e é neste ambiente que passa a maior parte das horas do dia em que fica acordado. A tarefa de focar este tema pela ótica do trabalhador que busca o acesso à Justiça e aos Tribunais é árdua, posto que, pela falta de políticas públicas de educação ambiental do trabalhador, nem sempre ele introyeta a correlação entre sua atividade profissional e a poluição ambiental, bem como as consequências de seus atos.

277 CAPRA, Fritjof. *As Conexões Ocultas: Ciência para uma vida sustentável*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002, in passim.

O descaso com o planeta que nos hospeda foi uma constante do ambiente do trabalho. A revelação da importância do papel desempenhado pelo trabalhador na preservação ambiental é recente. O marco regulatório internacional do despertar da consciência ecológica ocorreu em 1972, com a celebração da Convenção de Estocolmo.²⁷⁸ No Brasil, apesar da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938) datar de 31.01.1981, foi a Constituição de 1988 que deu visibilidade a premência de preservar as riquezas ambientais para a presente e as futuras gerações. A consciência ambiental do trabalhador ainda aguarda seu despertar, talvez pela carência de políticas públicas de educação ambiental no trabalho.²⁷⁹

Percebe-se, nada obstante a legislação e a doutrina sobre Meio Ambiente do Trabalho, uma deficiência de acesso à Justiça nessa matéria. Neste artigo, uma Procuradora do Ministério Público do Trabalho e uma Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, sem pretenderem esgotar o tema, abordam o acesso à Justiça para defesa do Meio Ambiente do Trabalho. Inicia-se o estudo com conceitos introdutórios sobre Meio Ambiente do Trabalho, passando a seguir a pincelar informações sobre as duas instituições que podem e devem ir em socorro do trabalhador: O Ministério Público do Trabalho e a Defensoria Pública. Para tecer a forma como estas instituições laboram é necessário esclarecer como ocorre o acesso à Justiça do trabalhador. Constata-se que o trabalhador integra um grupo vitimizado e vulnerável, sobre o qual incide uma injustiça, buscando-se, através da Justiça Ambiental, a desvitimização deste segmento da sociedade.

1. Meio Ambiente do Trabalho

O meio ambiente sadio é um direito fundamental, apesar de não estar incluído no rol do art. 5º da CF, denominado, por alguns autores, como de terceira dimensão “(direito planetário), mas que também abriga características de primeira (direito à vida) e segunda (direito à saúde) gerações”.²⁸⁰

278 Na Conferência das Nações Unidas, realizada na Suécia, no período de 5 a 16 de junho de 1972, com a participação de 113 países, reunidos para tentar organizar as relações de Homem e Meio Ambiente, veio a lume a convenção que mencionamos.

279 Sobre o tema ver Aducação Ambiental no Meio Ambiente do Trabalho in O Direito Ambiental na Atualidade. Estudos em Homenagem ao Prof. Guilherme José Purvin de Figueiredo, coordenado por DANTAS, Marcel Buzaglo, AHMED, Flávio e SÉGUIN, Elida. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

280 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Legitimidade Ativa da Defensoria

A Carta de 1988 elevou o ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de *garantia coletiva*²⁸¹ ao prescrevê-lo como direito de todos, posto que essencial à sadia qualidade de vida da presente e das futuras gerações. Tratou do tema em momentos distintos estabelecendo uma tipologia: meio ambiente natural (art. 225); meio ambiente cultural (arts. 215 e 216); meio ambiente construído (arts. 182 e 183); e meio ambiente do trabalho (art. 7º, XXII e XXIII, e inciso VIII do art. 200), para garantir a sustentabilidade *social*,²⁸² *ecológica*,²⁸³ *espacial*²⁸⁴ e *cultural*.²⁸⁵ As empresas visam ao lucro e à competitividade, mas precisam atingir essas metas com Responsabilidade Socioambiental, preservando o ambiente e a integridade física, social e psicológica dos trabalhadores.

O meio determina o que o homem médio come e veste, seus entretenimentos, hábitos sociais e a forma como trabalha. O desenvolvimento humano está diretamente ligado ao ambiente que apresenta desafios ou benesses. Ele interfere e condiciona o ser humano, que vive dentro de uma teia de relações, a que Ruy Jornada Krebs denominou de desenvolvimento contextualizado, afirmando que qualquer hipótese de mudança ou integração introduzida nas pessoas, por ambientes ora receptivos ora adversos, está embasada no cotidiano.²⁸⁶ No Meio Ambiente do Trabalho (MAT) a contextualização é imposta, vez que o empregado deve ater-se às regras determinadas pela lei e pelo empregador, e os trabalhadores levam os hábitos adquiridos no MAT para outros ambientes.

Pública em Ações Civis Públicas, in SOUZA, José Augusto Garcia de, A Defensoria Pública e os Processos Coletivos, Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de Janeiro de 2007. 2. tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 165.

281 A Convenção de Estocolmo incluiu o meio ambiente equilibrado no rol dos direitos humanos.

282 A sustentabilidade social densifica-se em políticas públicas, tendo como meta a diminuição das polarizações ricos/pobres, incluídos/excluídos, etc., e resgate da cidadania para um pleno desenvolvimento humano. São comuns campanhas contra o trabalho escravo ou infantil.

283 A sustentabilidade ecológica determina o uso seletivo dos recursos associados a investimentos em pesquisas e tecnologias utilizando-se sempre da capacitação e a informação dos menos favorecidos.

284 A sustentabilidade espacial objetiva a melhor distribuição a agrupamento nas áreas metropolitanas que leva a destruição do ecossistema por processos de colonização explosiva;

285 A sustentabilidade cultural visa à preservação e ao desenvolvimento de patrimônios culturais particulares estimulados para que haja uma visão do valor regional.

286 KREBS, Ruy Jornadas. Teoria dos Sistemas Ecológicos. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria: 1997.

A Constituição Federal ao tratar, no art. 170, da ordem econômica alicerçou na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para assegurar a dignidade da pessoa e os princípios de justiça social. Vinculadas aos processos produtivos, as situações de risco e de alteração ambiental afetam o trabalhador, base da pirâmide produtiva e vítima de doenças decorrentes de suas atividades.

O MAT não está restrito ao “chão de fábrica”, compreende também o complexo de bens, instrumentos e meios de natureza material e imaterial²⁸⁷ de uma empresa e suas práticas de produção ante a normatização de determinadas atividades e suas repercussões no Meio Ambiente, vinculando ao exercício de atividades produtivas, dentro e fora das paredes da empresa.²⁸⁸ É o local onde o ser humano exerce atividades produtivas, independentemente de vínculo empregatício.

Um MAT equilibrado “está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentam”²⁸⁹ (pessoais ou trabalhistas), sendo irrelevante o vínculo do trabalho para a prevenção dos danos à saúde.

O MAT adequado e seguro “não é um mero direito trabalhista vinculado ao contrato de trabalho, pois a proteção daquele é distinta da assegurada ao meio ambiente do trabalho, porquanto esta última busca salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador no ambiente onde desenvolve as suas atividades”.²⁹⁰ Um ambiente de trabalho adequado e seguro é um direito do trabalhador a ser garantido pelo Poder Público, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), do Sistema Único de Saúde (SUS) e das vigilâncias sanitárias, pelo empregador, pelo empregado e pela sociedade. O MTE é responsável pelo estabelecimento de normas de segurança, higiene e medicina do trabalho (Portaria 3.214/1978) e pela fiscalização do seu cumprimento.

A saúde físico-psíquica dos trabalhadores é tutelada de forma

287 Os bens imateriais constituem a propriedade intelectual da empresa, como suas marcas e patentes.

288 Existem trabalhadores que exercem suas atividades fora das instalações da empresa, em especial em logradouros públicos, como os agentes de telefonia.

289 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, in passim.

290 MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. Responsabilidades legais, Dano material, Dano moral e Dano estético, 3. ed., São Paulo: LTr, 2008, p. 28.

especial, tanto assim que a CF, ao dispor sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), no art. 200, expressamente determina que a este compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (VIII).

As normas de MAT, como toda norma ambiental, são cogentes, não podendo ser transacionadas pelas partes envolvidas ante as consequências de seu descumprimento, como os atos praticados de forma diversa da prescrita no ordenamento jurídico,²⁹¹ frente à irrenunciabilidade, a intransacionabilidade e a inderrogabilidade. Seu aspecto cogente decorre da necessidade de proteger o trabalhador da desigualdade traduzida pelo autoritarismo do poder financeiro ou hierárquico do empregador, bem como da crise econômica que força pessoas a se submeterem a condição de trabalho degradante ou quase escravo para garantir a sobrevivência e de sua família.

Convém destacar que o Termo de Ajuste de Conduta (TAC), também denominado Compromisso de Ajustamento ou Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, constitui importante instrumento extrajudicial para proteção do MAT, previsto no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985, podendo ser tomado dos infratores pelos representantes das entidades públicas legitimadas para propositura da ação civil pública. Analisando sua natureza jurídica e conteúdo com vistas a perquirir a possibilidade de, através dessa ferramenta, flexibilizarem-se as normas ambientais de trabalho, entende Soares que:

Termo de ajuste de conduta *não é acordo*, nem instrumento de *negociação* ou *transação*, mesmo porque os interesses em jogo, de natureza coletiva, pertencem a *todos* e não aos encarregados de sua defesa, não podendo ser transigidos nem alvo de renúncia. Trata-se de um reconhecimento *voluntário*, feito pelo causador do dano, de que se acha em situação irregular para com os interesses coletivos, e da formulação do *compromisso* de que vai ajustar sua conduta às exigências legais. Em suma, o *compromitente* promete, formalmente, cumprir a lei (objeto do compromisso), sob cominações - multa, via de regra - perante o agente do Poder Público (o *compromissário*, cuja participação é marcadamente formal, visto que não emite vontade obrigacional no título), evitando, assim, ser demandado em ação civil.

²⁹¹ Um exemplo seria a produção de substâncias proibidas por serem malélicas à saúde do trabalhador, como o amianto e o asbesto previstos na Lei nº 9.055, de 01.05.1995.

O termo de ajuste não deve conter nada mais do que esse compromisso de cumprimento das exigências legais, sob cominação, dele devendo constar a obrigação certa e determinada. Nada obstante não seja possível a transação das exigências legais, na prática tem sido negociado, quando necessário, um *prazo* razoável para cumprimento das obrigações, mostrando-se tal concessão de extrema importância para ressalva dos interesses coletivos, visto que abrevia a solução do problema, sendo certo que a satisfação voluntária de tais obrigações alcança melhores e mais rápidos resultados do que quando se tem de recorrer às vias judiciais.²⁹²

O Judiciário Trabalhista também reconhece a impossibilidade de flexibilização *in pejus* das normas protetoras da saúde e segurança dos trabalhadores nos instrumentos coletivos de trabalho, considerada sua inegociabilidade. Exemplo disso é o entendimento consolidado na Orientação Jurisprudencial nº 342, da Subseção de Dissídios Individuais-1 do Tribunal Superior do Trabalho, que considera, de regra, “inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inofensa à negociação coletiva.”²⁹³

O MAT abrange as relações de trabalho e emprego e também a preocupação internacional com os Direitos Humanos, face às condições em que o labor é desempenhado. Repercute ainda na questão ambiental, eis que o trabalhador é um dos primeiros a sentir os efeitos deletérios da poluição que ajuda a produzir. A desinformação cobra alto preço à saúde do trabalhador, onde interesses empresariais buscam a privatização dos lucros e a socialização dos encargos.²⁹⁴ Este descaso popularizou o provérbio: “é melhor morrer de câncer aos 50 do que de fome aos 20”.

292 SOARES, Evanna. Ação Ambiental Trabalhista. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 240.

293 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. OJ-SBDI-1 nº 342. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html#SBDI-1>. Acesso em: 04.10.2010.

294 É sabido que quando um trabalhador adquire uma doença causada pelo trabalho é a Previdência Social que passa a arcar com o ônus de seu benefício, ficando a empresa que causou a doença profissional sem qualquer ônus ou responsabilidade, exceto, como previsto no art. 7º, XXVIII, da CF, a obrigação de indenizar quando incorrer em dolo ou culpa.

2. O Ministério Público do Trabalho

O Ministério Público do Trabalho (MPT) é um dos ramos do Ministério Público da União (CF, art. 128). Rege-se pelos mesmos princípios próprios dessa Instituição (unidade, indivisibilidade e independência funcional), assegurados constitucionalmente. Compete-lhe, como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”, perante os órgãos da Justiça do Trabalho, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art.127 da CF).

Entre as funções institucionais que lhe são confiadas pelo art. 129 da CF, destaca-se, no item III, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública “para proteção do ... meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A legitimidade e o dever de proteger o meio ambiente, embora não com exclusividade, do Ministério Público, como se pode ver, decorrem expressamente do texto constitucional.

Os instrumentos de atuação e as competências do Ministério Público do Trabalho constam da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, destacando-se em seu art. 83: promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas; manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção; promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores; propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho; recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for parte, como naqueles em que officiar como fiscal da lei, bem como pedir revisão dos Enunciados da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho; funcionar nas sessões dos Tribunais Trabalhistas, manifestando-se verbalmente sobre a matéria em debate, sempre que entender necessário, sendo-lhe assegurado o direito de vista dos processos em julgamento, podendo solicitar as requisições e diligências que julgar convenientes; instaurar

instância em caso de greve, quando a defesa da ordem jurídica ou o interesse público assim o exigir; promover ou participar da instrução e conciliação em dissídios decorrentes da paralisação de serviços de qualquer natureza, oficiando obrigatoriamente nos processos, manifestando sua concordância ou discordância, em eventuais acordos firmados antes da homologação, resguardado o direito de recorrer em caso de violação à lei e à Constituição Federal; promover mandado de injunção, quando a competência for da Justiça do Trabalho; atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho; requerer as diligências que julgar convenientes para o correto andamento dos processos e para a melhor solução das lides trabalhistas; intervir obrigatoriamente em todos os feitos nos segundo e terceiro graus de jurisdição da Justiça do Trabalho, quando a parte for pessoa jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional. No art. 84, II, sobressai-se, a incumbência de instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores.

Nesse contexto e considerando o dever de agir judicialmente para a defesa do MAT, o Ministério Público do Trabalho pode promover na Justiça do Trabalho: ação civil pública, ação civil coletiva, ação anulatória de contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho, mandado de segurança, mandado de injunção e dissídio coletivo. Dispõe, ainda, como instrumentos extrajudiciais de atuação com a mesma finalidade: o inquérito civil, a recomendação, a requisição, o termo de ajuste de conduta,²⁹⁵ a audiência pública, a mediação e a arbitragem.

Independente do extenso rol de legitimados ativos²⁹⁶ para propositura de ação civil pública – o principal instrumento judicial de tutela do MAT – a sua proteção constitui prioridade de atuação do Ministério Público do Trabalho,²⁹⁷ tanto que possui na sua estrutura,

295 Veja detalhadamente as ações pelas quais se pode tutelar o meio ambiente do trabalho, bem assim os instrumentos extrajudiciais à disposição do MPT com a mesma finalidade, em SOARES, Evanna, op. cit., 2004, p. 169-242.

296 Ou seja, Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações que, concomitantemente: estejam constituídas há pelo menos um ano nos termos da lei civil; incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, conforme dispõe a Lei nº 11.448/2007.

297 As outras prioridades são: promoção da igualdade, erradicação do trabalho

criada pela Portaria do Procurador-Geral do Trabalho nº 410, de 14 de outubro de 2003, a Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente de Trabalho (CODEMAT), cujo objetivo é harmonizar as ações desenvolvidas pelo MPT nessa área, inclusive no que se refere ao relacionamento com outros órgãos e entidades voltados para o ambiente laboral, adotando como áreas de atuação preferencial, especialmente, as doenças ocupacionais e os problemas de saúde e segurança do trabalhador.²⁹⁸

Nesse contexto, vêm recebendo atenção especial do MPT os seguintes setores em que se detectam maior número de ocorrências graves ao ambiente laboral: setor agrícola, os causadores de LER/DORT, a construção civil, os serviços de guarda, transporte e segurança de valores, os serviços nas empresas que trabalham com radiação ionizante e não ionizante, nas empresas que apresentam risco de infecção por meio de instrumentos perfuro-cortantes, as pedreiras, as marmorarias e as cerâmicas, as siderúrgicas e as refinarias, as minas e os subterrâneos, os setores elétrico, telefônico e de TV a cabo e o setor de limpeza pública.²⁹⁹

São esses, portanto, os parâmetros de atuação do MPT no que se refere à proteção do MAT.

3. A Defensoria Pública

Um direito só se efetiva quando pode ser exercido, ensina Dallari.³⁰⁰ O referido autor também especifica uma categoria que abrange e expressa, de certa forma, todas as outras expressões de direitos: o direito à proteção dos direitos. Cita ainda o “prejuízo injusto” daquele que não soube ou não pode usar um direito e que, por isso, o perdeu. Acrescentamos que é prejudicial ao direito a existência de uma opacidade, decorrente de um hiato entre a organização jurídico-social e a efetiva compreensão dessa organização, como alerta Cárcova³⁰¹. Para

infantil, abolição do trabalho escravo, eliminação das fraudes trabalhistas, combate às irregularidades trabalhistas na Administração Pública, proteção do trabalho portuário e aquaviário e garantia da liberdade sindical. BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/>>. Acesso em 04.10.2010.

298 BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/atuacao/meio-ambiente-do-trabalho/>>. Acesso em: 04.10.2010.

299 d., *ibid.*

300 DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. São Paulo: Moderna, 1998, p. 69.

301 CÁRCOVA, Carlos María. A opacidade do Direito. São Paulo: LTr, 1998, p. 13-16.

tornar mais efetivo o acesso à Justiça e aos Tribunais, a Constituição Federal de 1988 criou uma instituição com este fim específico: a Defensoria Pública.

No Brasil, a Defensoria Pública nasceu no Estado do Rio de Janeiro onde, em 05.05.1897, um Decreto instituiu a Assistência Judiciária na cidade do Rio de Janeiro, então capital do Império Brasileiro. A previsão da garantia de uma assistência jurídica, como caução constitucional, mas sem a designação da instituição encarregada desta tarefa, coube à Carta de 1934, no capítulo Dos Direitos e das Garantias Individuais:

Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.³⁰²

No entanto, foi o Pacto Social de 1988 que, concretizando-a, previu, pela primeira vez, a instituição encarregada desta atribuição: a Defensoria Pública. Apesar de a Carta Magna estar festejando seus 22 anos, a instituição prevista lamentavelmente ainda não foi implantada em todo o território nacional, devendo também ser registrado que, na maioria dos estados da federação em que ela existe, o número de Defensores Públicos não é suficiente, ainda havendo pessoas que desempenham tal função sem que tenham sido aprovados em concurso público. O número insuficiente de membros não é privilégio das Defensorias Públicas Estaduais. A Defensoria Pública da União, para atender todo o território nacional, conta com apenas 335 Defensores Públicos³⁰³.

302 BRASIL. Presidência da República. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 07.10.2010.

303 BRASIL. Defensoria Pública da União. Portaria nº 378, de 11.8.2010. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/conselho_superior/arquivos/pdf/Portaria%20378_10_08_2010%20-publicacao%20lista%20de%20antiguidade%2010-08%20

No Estado do Rio de Janeiro, ela inicialmente patrocinou apenas direitos individuais de hipossuficientes econômicos. Num segundo momento incluiu em suas atividades a defesa de direitos coletivos e metaindividuais, atendendo a grupos vulneráveis como crianças/adolescentes, idosos, mulheres e pessoas com deficiência. É num terceiro momento que inicia sua atuação na tutela de direitos difusos, tendo como marco regulatório a Lei nº 11.448, de 15.01.2007, que a incluiu no rol dos legitimados para propor ação civil pública (ACP).

O art. 134 da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei Complementar nº 80, de 12.01.1994, vigorando atualmente com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 de 07.10.2009. Ela abrange as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas para a organização da instituição nos Estados.

São objetivos da Defensoria Pública: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Estes objetivos se coadunam com a tutela jurídica dos direitos dos trabalhadores.

São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, com uso da mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais ad%20referendum>. Acesso em 07.10.2010.

homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; impetrar **habeas corpus**, mandado de injunção, **habeas data** e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; atuar nos Juizados Especiais; participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; executar e receber as verbas sucumbências decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

Constata-se que do extenso rol do art. 4º da Lei Complementar 80/1994 não consta expressamente a atribuição para a defesa do trabalhador, mas que o conjunto das funções institucionais da Defensoria Pública é totalmente compatível com o patrocínio jurídico dos interesses dos trabalhadores, no contexto do art. 134 da CF.

Note-se que o art. 21 da Lei Complementar 80/1994 prevê que os Defensores Públicos Federais de 1ª Categoria atuem perante Tribunais Regionais Federais, nas Turmas dos Juizados Especiais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais Regionais Eleitorais. Contudo, o parco número de Defensores Públicos Federais torna tal atribuição praticamente nula e restringe o acesso à Justiça dos trabalhadores apenas à tutela jurisdicional promovida pelos sindicatos e pelo Ministério Público.

4. Acesso a Justiça e Competência Judicial

O conceito de acesso à Justiça vem evoluindo e deixou para trás a ideia liberal-burguesa, segundo a qual o “Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”.³⁰⁴

Essa evolução teórica acompanhou o crescimento e a transformação profunda sofrida pelo conceito de direitos humanos nas sociedades contemporâneas, no qual se detecta a preponderância do caráter coletivo sobre o individual, forçando o abandono da antiga “[...] visão individualista dos direitos, refletida nas ‘declarações de direitos’, típicas dos séculos dezoito e dezenove [...]”, para adotar o reconhecimento de “[...] *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos [...]”³⁰⁵, de sorte que não basta mais a previsão formal de direitos, fazendo-se necessária, inclusive com a atuação positiva dos Estados, a efetivação, ou seja, o gozo dos direitos sociais previstos.

Nesse contexto, as soluções práticas para resolução dos problemas de acesso à Justiça vieram em “ondas”: primeiro a assistência judiciária para os pobres, depois as reformas visando a possibilitar a representação de interesses difusos, notadamente os ambientais e os dos consumidores; e a remoção das barreiras de acesso à Justiça,³⁰⁶ em sua concepção mais ampla, envolvendo o estímulo à solução extrajudicial de conflitos (como a mediação, por exemplo), a adaptação das regras processuais civis ao procedimento coletivo, a instituição de *class action* e as reformas na estrutura dos tribunais, entre outras medidas.

Como se disse acima, o MAT não constitui meramente um direito

304 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9.

305 Id., *ibid.* 1988, p. 10.

306 Id., *ibid.* 1988, p. 31.

trabalhista, mas sim verdadeiro direito humano de todo trabalhador, qualquer que seja o regime jurídico da prestação de serviços (“celetista”, “estatutário”, autônomo e até “informal”).³⁰⁷

Merece ser destacado que o *status* de direito humano do MAT está reafirmado expressamente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aprovado pelas Nações Unidas, vigente desde 1977, na medida em que prevê no art. 7º o “direito à segurança e higiene no trabalho” a toda pessoa, para que goze de condições de trabalho equitativas e satisfatórias. No Brasil, esse direito humano foi positivado, galgando posição de direito fundamental (arts. 7º, XXII, 200, VIII e 225, todos da CF/1988).

Essa positivação permite que o direito seja reivindicado quando não satisfeito, ameaçado ou agredido, perante os órgãos jurisdicionais brasileiros.

Então, como direito fundamental, o MAT é defensável perante todos os ramos do Poder Judiciário por meio de ações individuais movidas pelos lesados e de ações coletivas ajuizadas pelos legitimados previstos em lei, destacando-se a já mencionada ação civil pública.

Uma das grandes dificuldades para essa defesa judicial refere-se à discussão sobre o ramo do Judiciário materialmente competente para conhecer das ações sobre MAT, tanto individuais como coletivas.

O ideal seria que o MAT fosse defendido somente perante a Justiça do Trabalho – de longe a mais habilitada para essa tarefa, independente da natureza jurídica da prestação de serviços ou da atividade econômica em que se verificar a ofensa ao MAT. Mas, há na jurisprudência uma forte tendência para que essa tutela judicial seja feita perante o mesmo órgão jurisdicional que seria competente para defesa de outros interesses do trabalhador ou grupo de trabalhadores afetados pelo MAT inadequado, nos litígios travados com o tomador de sua mão de obra. Assim, por exemplo, o MAT em determinada empresa do setor privado será defensável perante a Justiça do Trabalho; nos demais casos, tais como “estatutários”, autônomos e prestadores de serviços regidos por contratos de natureza civil, essa defesa ocorrerá perante a Justiça comum, federal (art. 109 da CF) ou estadual.³⁰⁸

307 SOARES, Evanna, op. cit., p. 82-83.

308 O STF proferiu um acórdão sem igual em que, sem dar tanta relevância à natureza do regime jurídico de trabalho para definição da competência jurisdicional para conhecer de ação civil pública na qual se buscava a adequação do maio ambiente de trabalho

Um grande problema apresenta-se, porém, nessa corrente de pensamento sobre competência judicial, naqueles casos de ambientes de trabalho compartilhados por trabalhadores vinculados aos tomadores de serviços por laços de natureza variada. Citem-se os exemplos das unidades hospitalares públicas nas quais laboram servidores estatutários, estagiários, médicos residentes, prestadores de serviço e trabalhadores terceirizados submetidos à CLT. Em casos tais, considerando que o meio ambiente é incindível, a solução está em admitir-se uma competência concorrente, de modo que tanto a Justiça do Trabalho como a Justiça comum podem ser acionadas por um dos legitimados coletivos visando à sua reparação ou proteção.

Outra dificuldade de acesso à Justiça repousa nas discussões sobre o prazo prescricional para as ações que tutelam o MAT, considerado o prazo fixado no art. 7º, XXIX, da CF. Há de prevalecer o entendimento segundo o qual as ações que tenham por objeto a correção do MAT, ainda que este venha sendo agredido há vários anos, não caducam, tendo em vista que o direito ao MAT saudável não constitui mero direito trabalhista nem um singelo direito patrimonial, mas sim, um direito fundamental, para o qual não há que se falar de prescrição.

Discussões subsistem, porém, quanto às ações que versem sobre reparações financeiras (danos morais e materiais contra o empregador) para as vítimas do MAT inadequado, notadamente os trabalhadores que sofreram acidente de trabalho.

Sobre esse tema, recentemente o Tribunal Superior do Trabalho assentou que, relativamente às lesões ocorridas antes da Emenda Constitucional n. 45, de 31/12/2004, aplica-se o prazo prescricional previsto no art. 206, §3º, V, do Código Civil, ou seja, três anos, para as ações de reparação de dano moral e material decorrente de acidente de trabalho. Tratando-se de lesão verificada depois dessa data, aplica-se a prescrição trabalhista, isto é, aquela regida pelo art. 7º, XXIX, da CF (dois anos depois da extinção do contrato de trabalho ou cinco anos no curso da relação de trabalho)³⁰⁹. Esse entendimento é consequência da

no Instituto de Medicina Legal de Teresina, reconheceu-a para a Justiça do Trabalho apesar de o Estado do Piauí alegar que seu pessoal se submetia a Estatuto próprio, e não à Consolidação das Leis do Trabalho. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Reclamação nº 3.303-PI, relator Min. Carlos Ayres Britto, Pleno. Brasília: Diário da Justiça eletrônico de 16.5.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527277>>. Acesso em 06.10.2010.

309 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. nº RR-9951400-04.2006.5.09.0513. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO>.

Súmula 736 e da Súmula Vinculante n. 22, ambas do Supremo Tribunal Federal, que deferem à Justiça do Trabalho a competência material para conhecer das ações da espécie, excetuadas aquelas que já tramitavam perante a Justiça Estadual e que tinham recebido sentença antes da EC n. 45.

Outra relevante dúvida em matéria de competência acha-se resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, no caso em que o autor da referida ação de reparação de danos for o sucessor do trabalhador falecido: compete também à Justiça do Trabalho, observado o marco temporal previsto na Súmula Vinculante n. 22.³¹⁰

Além desses questionamentos sobre competência material e prescrição que dificultam o exercício do direito de acesso à Justiça para tutela do MAT e das reparações individuais aos trabalhadores acidentados no trabalho, identifica-se o pertinente à responsabilidade civil do empregador. O problema tem raiz na redação do art. 7º, XXVIII (parte final), da CF, que prevê como um dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. À luz desse dispositivo a jurisprudência inicialmente ditada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no particular, excluía a responsabilidade civil objetiva do empregador, reconhecendo o dever de indenizar somente quando comprovada a culpa ou dolo do empregador causador da lesão à saúde e segurança no trabalho.³¹¹

O Superior Tribunal de Justiça tem decisão que, dando outro enfoque a esse dispositivo, estabelece uma presunção relativa de culpa do empregador considerado seu dever de preservar a integridade física do trabalhador, e admite a inversão do ônus da prova.³¹²

Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=11332> Acesso em: 07.10.2010.

310 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Conflito de Competência n. 7.545-7/SC, relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília: Diário da Justiça eletrônico de 13.8.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600710>>. Acesso em 12.10.2010.

311 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. nº RR-3.467/2002-037-12-00.2, relator Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma. Brasília: Diário da Justiça eletrônico de 03.08.2007. Disponível em: <http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-RR%2020acidente%20e%20trabalho%20e%20dolo%20e%20culpa>. Acesso em 12.10.2010.

312 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Proc. Recurso Especial n. 1.067.738-GO, relatora p/ acórdão Min. Nancy Andrigly, 3ª Turma. Brasília: Diário da Justiça

Mostram-se equivocadas as correntes de pensamento que isolam a responsabilidade civil do empregador no art. 7º, XXVIII, da CF. Esse artigo 7º contém um elenco “mínimo” de direitos do trabalhador. A tutela do meio ambiente, inclusive do trabalho – como direito fundamental que é – vai além dessa disposição trabalhista, devendo socorrer-se de outros dispositivos da Constituição e da legislação ordinária.

De modo resumido, o dano ambiental ao trabalho pode ser reparado:

a) No plano individual, à vítima de acidente de trabalho (ou seus sucessores), pelo Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT), instituído conforme a teoria do risco social, segundo a qual os danos causados são suportados por toda a coletividade. Fundamenta-se no art. 7º, XXVIII, da CF, primeira parte (seguro obrigatório contra acidentes de trabalho feito pelo empregador). Esse seguro, no que tange aos trabalhadores vinculados ao regime geral de previdência social, rege-se pela Lei n. 6.367/1976 e é pago pelo INSS - indenização acidentária). Tem como requisito apenas a prova do dano decorrente de um dos eventos identificados em lei como acidente de trabalho.

b) Ainda no plano individual, segundo a responsabilidade civil subjetiva, conforme art. 7º, XXVIII, da CF, segunda parte. Devem ser comprovados, porém: a ação ou omissão da empresa, sua culpa ou o dolo, o dano e o nexo de causalidade. Serve de fundamento também para a reparação do dano coletivo ao ambiente de trabalho.

c) Nos planos individual e coletivo, com fundamento na responsabilidade civil objetiva prevista no art. 225, §3º, da CF. Nessa hipótese basta demonstrar a ocorrência do dano em consequência da atividade poluidora ou nas formas enquadradas no conceito legal de dano ambiental. Fundamenta-se também no art. 927, parágrafo único, do Código Civil – “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (teoria objetiva pura).

Nesse embate entre as teorias da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, a jurisprudência mais recente do Tribunal Superior do Trabalho avança no sentido de admitir a culpa *lato sensu* do empregador eletrônico de 25.6.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5403223&sReg=200801364127&sData=20090625&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 12.10.2010.

nas atividades de risco, reconhecendo a possibilidade de incidência também da responsabilidade civil objetiva, como se pode constatar no seguinte trecho de acórdão:

[...] DANO MORAL. ARTIGO 7º, XXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CULPA *LATO SENSU*. PRECEDENTE DA SBDI-1 DESTA CORTE. DESPROVIMENTO. A interpretação sistemática e teleológica do art. 7º, *caput* e XXVIII, da Constituição Federal, permite concluir que o rol de direitos dos trabalhadores ali enumerados não é taxativo, em nada impedindo que sejam atribuídos outros direitos aos trabalhadores, bastando que impliquem a melhoria de sua condição social. Assim, o inciso XXVIII do artigo 7º da Carta Magna traz um direito mínimo do trabalhador à indenização por acidente de trabalho, no caso de dolo ou culpa, mas outra norma pode atribuir uma posição mais favorável ao empregado que permita a responsabilidade por culpa *lato sensu*. Assim, a teoria do risco profissional considera que o dever de indenizar decorre da própria atividade profissional, principalmente naquelas de risco acentuado ou excepcional pela natureza perigosa, de modo que a responsabilidade incide automaticamente. Assim, a obrigação de indenizar por ocorrência de acidente de trabalho subsiste, incidindo na hipótese a regra do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, no que se refere à ocorrência da responsabilidade sem culpa *stricto sensu* [...].³¹³

Observa-se que as dificuldades de ordem teórica e processual para a tutela do MAT vêm sendo superadas paulatinamente pela jurisprudência.

No caso do ambiente de trabalho dos trabalhadores subordinados a empregador, com foro na Justiça do Trabalho nos termos do art.

313 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. RR - 9951600-44.2005.5.09.0093, relator Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma. Brasília: Diário da Justiça eletrônico de 12.3.2010. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=%285061701.nia.%29&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 12.10.2010.

114 da Constituição, sua defesa coletiva vem sendo patrocinada pelo Ministério Público do Trabalho, preponderantemente, observando-se que os sindicatos também estão legitimados para tanto (CF, art. 8º, III).

No âmbito da Justiça do Trabalho, portanto, o ambiente laboral está dotado de agentes e ferramentas processuais mínimas para sua proteção no plano coletivo.

Na Justiça comum atuam o Ministério Público Federal e o Estadual, bem assim os demais legitimados ativos para a ação civil pública em condições de promoção dessa defesa coletiva.

Pode-se dizer que não há carência de legitimados nem de instrumentos judiciais para a proteção coletiva do ambiente de trabalho. As deficiências que existem são materiais e de pessoal.

Constata-se, por outro lado, uma falha de proteção no que se refere aos direitos individuais, notadamente das pessoas hipossuficientes, que não podem pagar advogado e as despesas processuais, e que são vítimas do MAT inadequado, cuja consequência visível é o acidente de trabalho.

Em outras palavras: falta acesso à Justiça aos acidentados no trabalho, aos doentes ocupacionais e aos dependentes dos trabalhadores falecidos em decorrência do inadequado ambiente laboral e das doenças e acidentes ocorridos no trabalho.

Exatamente quando o trabalhador mais necessita, por força da fragilidade imposta pela perda da saúde, bem assim nos casos em que a família fica sem seu provedor, ainda se verifica grave deficiência do sistema de proteção judicial de seus direitos.

5. Assistência Jurídica para os Trabalhadores

Ora, sabe-se que o Ministério Público não está autorizado a defender direitos individuais disponíveis, nem mesmo dos necessitados – tarefa cometida, expressamente, pela Constituição (art. 134, da CF), à Defensoria Pública, como corolário do dever estatal de prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV, da CF). Excetuados os casos de interesse de incapazes, não pode o *Parquet* agir em defesa de direito individual visando apenas à reparação de danos decorrentes de ambiente laboral inadequado ou de acidentes

de trabalho contra o empregador ou ex-empregador, perante a Justiça do Trabalho (art. 114, VI, da CF e Súmula 736 do STF). Não pode mover, igualmente, perante a Justiça comum, as ações (individuais) acidentárias regidas pela Lei n. 6.367/1976 contra o INSS.

A missão de prestar a assistência jurídica aos trabalhadores nessas ações individuais, tanto perante a Justiça do Trabalho, como junto à Justiça comum, cabe aos sindicatos das categorias profissionais (art. 8º, III, da CF, sejam os trabalhadores interessados hipossuficientes, ou não) e à Defensoria Pública Federal, no caso da Justiça do Trabalho, ficando quase inócua tal determinação ante o reduzido número de membros dessa categoria.

Note-se que na Justiça do Trabalho ainda se prestigia a vigência do art. 14 da Lei n. 5.584/1970, que impõe a prestação da assistência judiciária aos necessitados pelos sindicatos. A disposição, no entanto, não pode ser lida atualmente como “obrigação” sindical, uma vez que tal dever, desde 5/10/1988, é do Estado. Pode-se entender a subsistência desse art. 14 como uma “faculdade”, mais uma incumbência legal dos sindicatos, apenas, não como dever institucional.

Ainda que tal assistência judiciária constituísse obrigação dos sindicatos na vigência da CF de 1988, muitos trabalhadores continuariam (como continuam) sem atendimento, em especial aqueles que atuam em setores não organizados em sindicatos ou trabalham em locais em que tais entidades ainda não foram constituídas pela categoria profissional. Nesses casos os “sem sindicato” não têm assistência jurídica.

Merece ser salientada uma particularidade na Justiça do Trabalho consistente do *jus postulandi* das partes (art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho) que prevalece para as lides decorrentes da relação de emprego e, segundo a Súmula 425 do Tribunal Superior do Trabalho, “... limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”. Não é preciso muito esforço mental para constatar que um trabalhador hipossuficiente, cuja situação se acha agravada pela doença ou pelo acidente sofrido no trabalho, não tem condições físicas nem intelectuais de exercer esse direito de postular diretamente na Justiça do Trabalho, sem a assistência jurídica de um advogado público ou particular, nem de acompanhar o respectivo procedimento, falar sobre prova pericial, inquirir testemunhas e praticar os demais atos especializados exigidos

pelas demandas sobre ambiente laboral, saúde e segurança no trabalho. Não há que se cogitar, assim, razoavelmente, da possibilidade fática de exercício do *jus postulandi* nas ações individuais dessa natureza.

Conclui-se, então, que o dever legal de defender os interesses individuais dos trabalhadores hipossuficientes é verdadeiramente da Defensoria Pública, sem que nenhuma outra entidade possa substituí-la nessa obrigação, perante qualquer instância ou ramo do Poder Judiciário. E esse entendimento decorre expressamente do disposto na Lei Complementar n. 80/1994, arts. 1º, 4º, I e X, com redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009.

E para bem desincumbir-se dessa obrigação faz-se necessário que as Defensorias Públicas Federal e Estaduais aparelhem-se para a proteção não apenas do MAT no plano coletivo – missão compartilhada com os demais legitimados para as ações coletivas, notadamente o Ministério Público e os sindicatos – mas, principalmente, para a proteção dos direitos individuais dos trabalhadores carentes, buscando as reparações por meio de ações trabalhistas contra os empregadores ou ex-empregadores causadores dos danos materiais e morais à saúde e à segurança dos trabalhadores ou, no caso de óbito destes, das reparações aos seus sucessores, bem como por intermédio das ações acidentárias em face da Previdência Social.

A nosso ver, melhor seria a criação, a exemplo do que ocorre no Ministério Público (Federal, Estadual e do Trabalho), de uma Defensoria Pública do Trabalho, com atribuição para todas as causas de interesse dos trabalhadores, particularmente as referentes ao ambiente laboral, com carreira estruturada e ingresso mediante concurso público de provas e títulos, como os demais defensores públicos. Essa criação atenderia também ao Princípio da Especialização e da Eficiência.

6. Justiça Ambiental

Na década de 80, a preocupação ecológica passa a ter destaque nos EEUU, com a promulgação de leis sobre poluição atmosférica e hídrica: “*Clean Air Act*” e “*Clean Water Act*”. Em 1982, naquele país, cresce o movimento de “Justiça Ambiental” (*Environmental Justice*), identificando a desigualdade de ações governamentais impostas a segmentos sociais diversos, com o repúdio de representantes de minorias³¹⁴ étnicas a decisões sobre a instalação de aterros de

314 Sobre minorias ver SEGUIN, Elida. Minorias e Grupos Vulneráveis. Rio de

resíduos perigosos próximos a bairros residenciais de negros, por isto recebendo, inicialmente, o nome de Racismo Ambiental, posto que as obras beneficiariam grupos hipersuficientes em detrimento de grupos desfavorecidos e das minorias raciais, vizinhas dos aterros. Posteriormente o movimento passou a ser denominado de Justiça Ambiental.

Em todos os lugares as minorias e os grupos vulneráveis, como os trabalhadores, são afetados desproporcionalmente pelos efeitos negativos das ações/omissões governamentais. Os hipossuficientes técnicos e econômicos não participam das decisões que os afetam mas são mais expostos a riscos, sendo o campeão deste triste troféu o trabalhador, submetido a assédio moral e sexual, a insegurança nas suas condições de trabalho, etc. Sobre controle social, Alves assevera que:

O Estado, na maior parte das vezes, não postula dimensões autocríticas, pois os agentes públicos responsáveis pela organização e pelo controle da ação pública são, em grande porção, carentes de controladores. Quem controla os controladores? Se aqueles que controlam não são efetivamente controlados, surge um problema muito grave quanto à manipulação e aplicação de recursos públicos, obtidos pela movimentação fiscal. Os recursos de todos parecem ser recursos de “ninguém”.³¹⁵

Algumas leis preveem o controle social, v.g., o Estatuto da Cidade (Lei nº 11.257/2001) e a Política Federal de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007).

No MAT existe a previsão da participação do trabalhador na composição da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA). Essa Comissão, instituída pelo art. 163 da Consolidação das Leis do Trabalho, “[...] tem como objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador”.³¹⁶ Entre as várias e relevantes atribuições da

Janeiro: Forense, 2002, in passim.

315 ALVES, Alaôr Caffê. Desafio do século XXI: Estrutura Econômico-Social, Questão Metropolitana e Meio Ambiente Urbano-Regional. O Direito Ambiental na Atualidade: Estudos em Homenagem a GUILHERME JOSÉ PURVIN DE FIGUEIREDO. DANTAS, Marcelo Buzaglo, SÉGUIN, Elida e AHMED, Flávio (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 6.

316 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Manual da CIPA - A nova NR 5.

CIPA destacam-se: “[...] identificar os riscos do processo de trabalho e elaborar o mapa de riscos com a participação do maior número de trabalhadores [...]”, “[...] elaborar plano de trabalho que possibilite a ação preventiva na solução de problemas de segurança e saúde no trabalho [...]” e “[...] divulgar aos trabalhadores informações relativas à segurança e saúde no trabalho [...]”.³¹⁷ Nada obstante a generosidade normativa sobre o funcionamento da CIPA, ela não consegue realizar sua missão a contento, posto que seus membros são suscetíveis às pressões patronais³¹⁸, a Comissão não é obrigatória para todos os estabelecimentos e o treinamento nem sempre é eficiente, entre outros problemas.

Voltando à Justiça Ambiental, a busca pela equidade era a principal reivindicação daquele movimento, pleiteando a isonomia de acesso aos bens ambientais disponíveis, para fruição racional. Como dimensão substantiva, tinha-se que os ônus decorrentes do desenvolvimento econômico, especialmente os alcançados de forma irresponsável por agentes públicos e empresários, deveriam ser preferencialmente eliminados ou, pelo menos, suportados igualmente por toda a coletividade,³¹⁹ enfatizando o controle social e a participação dos segmentos afetados pelas ações/omissões governamentais. A Justiça Ambiental contesta a eficácia da legislação ambiental que deixa de alcançar todas as camadas sociais,³²⁰ marginalizando, ainda mais, comunidades já excluídas economicamente.

Brasília: Secretaria de Inspeção do Trabalho, 2006, p. 10.

317 Ibid., 2006, p. 20-22.

318 A CIPA é formada por representantes dos empregados e do empregador, mas somente os representantes dos empregados devidamente eleitos para o encargo gozam de garantia de emprego contra a despedida arbitrária (art. 10, II, “a”, do ADCT/CF de 1988).

319 Está em tramitação o Projeto de Lei nº 4.972/2009, de autoria da Deputada Federal Rebecca Garcia do PP-AM, que “obriga as empresas a ressarcirem ao Sistema Único de Saúde (SUS) as despesas decorrentes da assistência prestada aos seus empregados vítimas de acidente do trabalho ou doença profissional ou do trabalho.” BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.972/2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/643711.pdf>. Acesso em 13.10.2010.

320 Um exemplo desta inaplicácia é a Lei nº 11.445/2007, que instituiu a Política Federal de Saneamento Básico, que prevê a universalidade do saneamento básico, quando é sabido o elevado índice de áreas, sempre de baixa renda, que não possuem esgoto sanitário e onde as águas servidas correm a céu aberto. O princípio do acesso universal garante que o atendimento sanitário, independentemente da vontade do consumidor, seja prestado como um requisito de saúde pública, evitando-se que a pessoa desatendida transforme-se em vetor de problemas ambientais e de saúde pública para a coletividade e as gerações futuras. Isto transmuda o “direito” ao saneamento em um “dever fundamental” de consumir responsabilmente tais serviços.

Além da distribuição dos benefícios, riscos e gravames, a Justiça Ambiental possui um viés de cidadania, tirando do papel as políticas públicas ambientais, preservando a saúde do cidadão, diminuindo diferenças sociais e promovendo a inclusão social.

Em 2001 foi criada a Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA),³²¹ com o objetivo de incentivar ações que articulem as lutas ambientais com as por justiça social. No Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, realizado em Niterói de 24 a 27 de setembro de 2001, foram formuladas denúncias sobre a dimensão ambiental das desigualdades econômicas e sociais existentes nos países representados, concluindo-se que a injustiça ambiental caracteriza o modelo de desenvolvimento dominante no Brasil, em especial quando se fala em MAT. Como assevera Cavedon:

Se a Justiça Ambiental caracteriza-se por um tratamento equitativo no que se refere à distribuição de poder, riscos, custos e benefícios ambientais, acompanhado da democratização dos processos decisórios, a injustiça ambiental se configura com uma espécie de discriminação ambiental, ao impor a grupos vulneráveis uma carga desproporcional de custos e riscos ambientais se comparados com aqueles que são impostos à sociedade em geral. Destas situações de desigualdade, discriminação e injustiça ambiental podem decorrer violações de direitos humanos, o que reforça a necessidade de análise integrada dos regimes jurídicos de proteção do meio ambiente e dos direitos humanos.³²²

321 Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Disponível em: <http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=229>. Acesso em: 13.10.2010.

322 CAVEDON, Fernanda de Salles. Conexões entre Direitos Humanos e Direito Ambiental como um contexto mais favorável para a Justiça Ambiental. O Direito Ambiental na Atualidade: Estudos em Homenagem a GUILHERME JOSÉ PURVIN DE FIGUEIREDO. DANTAS, Marcelo Buzaglo, SÉGUIN, Elida e AHMED, Flávio (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 168.

Prova dessa injustiça ambiental na seara trabalhista são os dados estatísticos oficiais mais recentes publicados sobre acidentes de trabalho no País:³²³

Ano	Total	Acidentes típicos	Acidentes de trajeto	Doenças ocupacionais	Sem CAT ⁵⁰ registrada
2005	499.680	398.613	67.971	33.096	-
2006	512.232	407.426	74.636	30.170	-
2007	659.523	417.036	79.005	22.374	141.108
2008	747.663	438.536	88.156	18.576	202.395

Sob a ótica da Justiça Ambiental os trabalhadores são vítimas diretas, em que pese o inciso XXII, do art. 7º da CF, prever a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. A higiene ocupacional está ligada à prevenção, reconhecimento, avaliação e controle dos fatores ambientais, das tensões emanadas ou provocadas pelo local de trabalho³²⁴ que podem ocasionar enfermidades, comprometer a saúde ou criar incidente significativo para trabalhadores ou comunidade.

Existem vítimas indiretas, como os produtores agrícolas cujas terras perdem a fertilidade na contaminação por agrotóxicos; os trabalhadores submetidos desnecessariamente a riscos por tecnologias sujas, muitas delas já proibidas em outros países por seus malefícios que comprovadamente acarretam, mesmo quando já existem sucedâneos; as mulheres que lavam os uniformes de trabalho contaminados de seus maridos, entre outros.

Constatam-se também danos decorrentes da flexibilização de normas, que produzem vantagens apenas para um pequeno grupo de pessoas em detrimento de uma comunidade, como a continuidade da produção do amianto (Lei nº 9.055/1995)³²⁵ embora já existam

323 BRASIL. Previdência Social. Estatísticas da Previdência Social. Disponível em: <<http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>. Acesso em: 13.10.2010. Esses dados referem-se somente aos trabalhadores filiados à Previdência Social e não incluem os servidores públicos nem os casos não notificados ou não diagnosticados.

324 Desde a antiguidade existe registro do reconhecimento da relação entre trabalho e saúde/doença. Hoje já se inclui entre os riscos ambientais do trabalho as tensões psicológicas a que o empregado é submetido, como o assédio moral e sexual ou o medo de perder o emprego pela automação dos serviços (art. 7º, inciso XXVII da CF).

325 A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 3937), contestou a vigência da Lei

substâncias que o substituam, ou a permissão para se continuar a produzir óleo diesel com alto grau de enxofre.³²⁶

7. As 100 Regras de Acesso a Justiça

Nos dias 9, 10 e 11 de dezembro de 2009, foi realizada na cidade do Rio de Janeiro uma reunião das Instituições do Sistema de Justiça do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile, onde se discutiu o acesso à Justiça de pessoas ou grupos em condição de vulnerabilidade. Houve mesas específicas para gênero, encarcerados, moradia e minorias, mas não foi expressamente discutido o acesso à Justiça pelo trabalhador.

Importante esclarecer que minoria não é sinônimo de um contingente numericamente inferior, mas de um grupo de indivíduos, destacado por uma característica que o distingue dos outros habitantes do país. Bobbio, em seu Dicionário de Política, no verbete “minorias” remete o leitor à *Teoria das Decisões Coletivas*,³²⁷ onde é definido como

noção ...[que]... nasce da distinção entre decisões provenientes de uma coletividade e as decisões individuais. Aquelas são decisões subtraídas à competência de cada indivíduo como tal. Se por decisão individual se entende que cada indivíduo

paulista nº 12.684/2007. A entidade alegou que a norma usurpa competência da União e entra em confronto com a Lei federal 9.055/1995, que permite o uso controlado do amianto no país. No caso, do amianto da variedade crisotila (asbesto branco). O Pleno do STF indeferiu a liminar e ainda não julgou o mérito da ação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proc. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2544561>>. Acesso em: 13.10.2010.

326 O CONAMA, pela Resolução nº 315/2002, impôs um limite de 50 partes por milhão (ppm) de enxofre para o diesel (s50) e deveria entrar em vigor em janeiro de 2009. Atualmente, a concentração no diesel brasileiro é de 500 ppm nas regiões metropolitanas e de 2.000 ppm nas áreas rurais. Na Europa, essa concentração é de 10 ppm e nos estados unidos, 15 ppm. Ela foi modificada por uma resolução da Agência Nacional de Petróleo (ANP) e um TAC, firmado em ACP, colocou uma pedra de cal na questão em detrimento do Meio Ambiente. Normas que reduzem a poluição e previnem doenças, como a Lei nº 11.445/2005, que instituiu a Política Federal de Saneamento Básico (PFSB), permanecem apenas no papel, parecendo ser desimportante a economia que estes equipamentos sanitários representam para a saúde pública.

327 BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. 10ª ed., Brasília: Ed. UNB, 1997, vol. 2, p. 7..

decide por si, então as decisões coletivas são decisões não individuais.

Bobbio assevera ainda que nessa teoria inexistente definição unívoca de grupo, embora estejam delineadas diferenças de funcionamento entre os pequenos e os grandes grupos, em especial pela relação face a face. Alerta que a “[...] regra da maioria não funciona só quando existe uma maioria hegemônica”.³²⁸ A nomeação de algumas minorias aprioristicamente parece um contrassenso, tal como o trabalhador que constitui a maioria numérica da população mundial. Em verdade, minoria é um grupo destituído de poder, não sendo relevante para identificá-lo o número percentual de seu contingente.

O texto da Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas, de dezembro de 1992, sobre Direitos de Minorias, reiteradamente, sem estabelecer uma definição, faz referência a *persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities* (pessoas que pertencem a uma nacionalidade ou minorias étnicas, religiosas e linguísticas). Existem doutrinadores que defendem a inviabilidade de uma definição, posto que se poderia tornar um obstáculo no campo normativo para a proteção das minorias, pois cada minoria, dependendo da situação em que se encontre, tem suas características:

*A definition of minorities in international law had often done little more than impede the process of standard-setting and had not been included in the Declaration; law in fact had proceeded without sharp definitions in order to preserve flexibility, openness and the possibility of progress.*³²⁹

A propósito, é significativo que o **Princípio da Publicização do Direito Privado**, consubstanciado nas ingerências estatais em atividades tradicionalmente privadas, tenha encontrado terreno fértil no Direito do Trabalho. A relação patrão/empregado pressupõe uma subordinação jurídica, registrando-se, inclusive, prazos prescricionais para reivindicação dos créditos resultantes das relações de trabalho - cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do pacto laboral - conforme art. 7º, XXIX, da CF.

328 Id., *ibid.*, 1997, p.7.

329 Uma definição de minorias em direito internacional tem frequentemente quase impedido o processo de fixar padrões e excluir os que não tinham sido incluídos na Declaração; a lei tem procedido na realidade sem definições precisas para preservar a flexibilidade, a franqueza e a possibilidade de progresso. (Tradução livre).

Assim, para atender às diretrizes de direitos humanos constantes dos tratados firmados pelo Brasil, é essencial a garantia de acesso à Justiça e aos Tribunais. Neste sentido, as “100 Regras” aprovaram, entre outras, as seguintes diretrizes:

1. Detectar grupo em situação de vulnerabilidade, que não encontram proteção de direitos nem reconhecimento de suas identidades, motivando a ampliação de cobertura de serviços jurídicos gratuitos e educação em direitos humanos, consagrando novos organogramas internos para fazer frente a estes desafios.³³⁰

Nesta diretriz pode perfeitamente ser incluído o trabalhador como grupo vulnerável a ser protegido pelas Regras, com a efetivação do acesso à Justiça e aos Tribunais, não mais dependente dos “favores” de um sindicato ou de outro legitimado coletivo, mas como titular de direito ao referido acesso. Vale ainda consignar a necessidade de implementação de uma Política Pública de Educação Ambiental do Trabalhador, inexistente, na prática, no Brasil.

2. Nos comprometemos a exercitar uma atuação a fim de priorizar litígios estratégicos como mecanismos para modificar violações sistemáticas de direitos humanos.

3. Nos comprometemos a construir rede entre os atores do sistema de justiça para apresentar sugestões ao Anteprojeto de Convenção Interamericana contra a Discriminação.³³¹

Estes dois comprometimentos são emblemáticos, pois as violações aos direitos humanos do trabalhador ainda são constantes, particularmente na seara do ambiente laboral, como exemplificam as estatísticas de acidentes do trabalho no Brasil acima referidas.

330 Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Disponível em: <http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=229>. Acesso em: 13.10.2010..

331 Id., *ibid.*

Conclusões

Os trabalhadores são minorias posto que destituídos de poder e constituem um grupo vulnerável, notadamente quanto ao acesso à Justiça com vistas à fruição do meio ambiente de trabalho saudável e seguro.

O meio ambiente de trabalho, considerado como direito fundamental, deve ser tutelado com prioridade, individual e coletivamente, eliminando-se as dificuldades de acesso à Justiça, notadamente as referentes à representação judicial do interesse defendido e as questões processuais a exemplo da competência material que, se mal resolvidas pela jurisprudência, podem desestimular e até mesmo impedir o exercício do direito.

A tutela do meio ambiente do trabalho deve dar-se de modo a beneficiar os trabalhadores de todas as categorias, e não apenas os regidos por relação de emprego, os quais necessitam ter pleno acesso aos meios de solução extrajudicial de conflitos e também aos órgãos da Justiça comum e da Justiça do Trabalho.

Para o efetivo acesso à Justiça são indispensáveis as providências jurídicas de efeito coletivo, nas quais vem se sobressaindo o Ministério Público do Trabalho como legitimado ativo para receber os termos de ajuste de conduta dos infratores e para mover ação civil pública em defesa do meio ambiente laboral, bem como os sindicatos e, mais recentemente, a Defensoria Pública - esta com a vantagem de poder atuar perante todos os ramos do Judiciário.

A presença da Defensoria Pública para tutela do meio ambiente de trabalho é indispensável também no que se refere à defesa dos trabalhadores hipossuficientes, vítimas do ambiente de trabalho inadequado, ou de seus sucessores, por meio do ajuizamento de ações individuais que visem à reparação de danos morais e materiais contra os tomadores da mão de obra e causadores de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, bem assim da propositura de ações acidentárias em face da Previdência Social.

Propõe-se, nesse contexto, também a criação de uma Defensoria Pública especializada na defesa dos interesses individuais e coletivos dos trabalhadores, especialmente o direito ao meio ambiente do trabalho saudável. Num primeiro momento, para tanto, é essencial o reconhecimento da classe trabalhadora como um grupo vulnerável,

justificando-se, então, a criação de um segmento da Defensoria Pública com atribuição específica para garantir-lhe o acesso à Justiça e aos Tribunais.

O debate sobre o acesso à Justiça e o Estado Democrático de Direito perpassa pela discussão de padrões formais de um modelo de sociedade que exclui a maioria numérica de indivíduos (por aspectos econômicos, culturais e éticos), “e super inclui uma pequena série de privilegiados (que por relações pessoais e de poder econômico não têm deveres ou não veem obrigação de cumpri-los)”.

Na análise das “100 regras” foi apontada a necessidade de se pensar em políticas bidimensionais para o sistema de Justiça. Por um lado, redistributivas, promovendo distribuição de renda, serviços, capital, e por outro, que contemplem o aspecto do reconhecimento, de forma a ressaltar as individualidades em suas diferenças e características culturais mais próprias de cada grupo. Imprescindível ainda a construção de paridade participativa, garantindo o acesso a bens e serviços e também às mesmas condições de participação e influência para todos os que não são incluídos.

Para tornar efetivo o acesso à Justiça, é mister reordenar os órgãos judiciais, não só em suas estruturas, mas também em suas funções, para contemplar políticas de paridade participativa.

No referido documento é abordada a necessidade de uma “compreensão entre eficiência burocrática e eficiência ética; pensar estes preceitos de forma humanística, incluindo a perspectiva dos indivíduos e beneficiários do sistema de Justiça na construção de indicadores de alto desempenho do Judiciário”.

Inegavelmente, é extremamente importante a definição de uma estratégia da incorporação dos tratados internacionais dos direitos humanos na linha argumentativa das peças e decisões produzidas pelas entidades do Sistema de Justiça.

Referências Bibliográficas

ALVES, Alaôr Caffé. Desafio do século XXI: Estrutura Econômico-Social, Questão Metropolitana e Meio Ambiente Urbano-Regional. **O Direito Ambiental na Atualidade: Estudos em Homenagem a GUILHERME JOSÉ PURVIN DE FIGUEIREDO**. DANTAS, Marcelo Buzaglo; SÉGUIN, Elida e AHMED, Flávio (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual da CIPA A nova NR 5**. Brasília: Secretaria de Inspeção do Trabalho, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas: Ciência para uma vida sustentável**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do Direito**. São Paulo: LTr, 1998.

CAVEDON, Fernanda de Salles. Conexões entre Direitos Humanos e Direito Ambiental como um contexto mais favorável para a Justiça Ambiental. **O Direito Ambiental na Atualidade: Estudos em Homenagem a GUILHERME JOSÉ PURVIN DE FIGUEIREDO**. DANTAS, Marcelo Buzaglo, SÉGUIN, Elida e AHMED, Flávio (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Educação Ambiental no Meio Ambiente do Trabalho, *in* **O Direito Ambiental na Atualidade. Estudos em Homenagem ao Prof. Guilherme José Purvin de Figueiredo**. DANTAS, Marcelo Buzaglo; AHMED, Flávio e SÉGUIN, Elida (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Legitimidade Ativa da Defensoria Pública em Ações Cíveis Públicas, *in* **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos, Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de Janeiro de 2007**. SOUZA, José Augusto Garcia de (Org.). 2. tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

KREBS, Ruy Jornadas. **Teoria dos Sistemas Ecológicos**. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria: 1997.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. Responsabilidades legais, Dano material, Dano moral e Dano estético**, 3. ed., São Paulo: LTr, 2008.

SEGUIN, Elida. **Minorias e Grupos Vulneráveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____, Elida & LIMA, Sergio. **Ingresso nas Carreiras Jurídicas no Estado:**

da Imprescindibilidade de Concurso Público, *in* ADVOCACIA DE ESTADO E DEFENSORIA PÚBLICA: FUNÇÕES PÚBLICAS ESSENCIAIS À JUSTIÇA, coordenado por ORDACGY, André da Silva & FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

SOARES, Evanna. **Ação Ambiental Trabalhista**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

ELETRÔNICAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.972/2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/643711.pdf>. Acesso em 13.10.2010.

_____. Defensoria Pública da União. Portaria nº 378, de 11.8.2010. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/conselho_superior/arquivos/pdf/Portaria%20378_10_08_2010%20-publicacao%20lista%20de%20antiguidade%2010-08%20ad%20referendum. Acesso em 07.10.2010.

_____. Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/atuacao/meio-ambiente-do-trabalho/>. Acesso em: 04/10/2010.

_____. Presidência da República. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 07.10.2010.

_____. Previdência Social. Estatísticas da Previdência Social. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>. Acesso em: 13.10.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Proc. Recurso Especial n. 1.067.738-GO, relatora p/ acórdão Min. Nancy Andrighy, 3ª Turma. Brasília: **Diário da Justiça eletrônico** de 25.6.2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5403223&sReg=200801364127&sData=20090625&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 12.10.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Proc. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2544561>. Acesso em: 13.10.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Proc. Conflito de Competência n. 7.545-7/SC, relator. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, Brasília: **Diário da Justiça eletrônico** de 13.8.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600710>. Acesso em 12.10.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Proc. Reclamação nº 3.303-PI, relator

Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. Brasília: **Diário da Justiça eletrônico** de 16.5.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527277>>. Acesso em 06.10.2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. OJ-SBDI-1 nº 342. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html#SBDI-1>. Acesso em: 04.10.2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. nº RR-9951400-04.2006.5.09.0513. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=11332> Acesso em: 07.10.2010.

Tribunal Superior do Trabalho. Proc. nº RR-3.467/2002-037-12-00.2, relator Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma. Brasília: Diário da Justiça eletrônico de 03.8.2007. Disponível em: <<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?acao=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-RR%20-%20346700-21.2002.5.12.0037&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAQv2AAC&dataPublicacao=03/08/2007&query=responsabilidade%20e%20empregador%20e%20acidente%20e%20trabalho%20e%20dolo%20e%20culpa>>. Acesso em 12.10.2010.

Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Disponível em: <http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=229>. Acesso em: 13.10.2010.

**O DESTINO DE GAIA E AS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS
DA DEFENSORIA PÚBLICA: AINDA FAZ SENTIDO
(SOBRETUDO APÓS A EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR
132/09) A VISÃO INDIVIDUALISTA A RESPEITO DA
INSTITUIÇÃO?**

José Augusto Garcia de Sousa³³²

Resumo: Nos tempos atuais, ainda se sustenta a visão individualista a respeito da Defensoria Pública? A questão é lançada e respondida — negativamente — por este trabalho, orientado pelo método instrumentalista. Por uma série de razões, a começar pela centralidade da questão ambiental, o Direito, hoje, rende-se ao solidarismo, e tais influências acabam chegando ao porto da Defensoria Pública, servindo para transformar a racionalidade individualista que durante muito tempo presidiu as funções institucionais. O marco fundamental dessa transformação foi a Lei Complementar 132, de 07 de outubro de 2009. Ao longo do trabalho, endossa-se e justifica-se a nova racionalidade institucional, demonstrando-se em especial a constitucionalidade do perfil não individualista da Defensoria Pública. E ao final são apresentadas, concretamente, várias atuações não tradicionais da Defensoria — entre elas a defesa de direitos difusos —, revelando-se todas elas muito valiosas do ponto de vista social, além de perfeitamente constitucionais.

Palavras-chave: Defensoria Pública – Funções institucionais – Individualismo – Solidarismo – Legitimidade – Ações coletivas – Direitos difusos.

Sumário: 1. Introdução – 2. A centralidade da questão ambiental – 3. O fortalecimento do solidarismo jurídico – 4. Um reflexo do solidarismo: a objetivação (e a correspondente “dessubjetivação”) do Direito – 5. O impacto na questão da legitimidade processual – 6. Um dado adicional trazido pelo movimento do acesso à justiça: a pluralização do fenômeno da carência – 7. A positivação do novo perfil da Defensoria Pública – 8. A necessidade de uma nova leitura e uma nova classificação para

332 Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor Assistente de Direito Processual Civil da UERJ, *Professor de Direito Processual Civil da Fundação Getúlio Vargas (RJ)*.

as funções da Defensoria Pública – 9. A constitucionalidade do perfil não individualista da Defensoria Pública – 10. A voz do Supremo Tribunal Federal – 11. Uma relevante manifestação do perfil mais solidarista da Defensoria: a legitimidade para a propositura de ações civis públicas, inclusive e principalmente no que toca aos interesses difusos – 12. Aplicações práticas – 13. Resenha final – 14. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em 2009, foi editada a Lei Complementar 132, modificando amplamente a Lei Complementar 80/94 (a lei orgânica nacional da Defensoria Pública). Dada a profundidade das inovações trazidas pela Lei Complementar 132/09, positivando avanços longamente maturados, tivemos aí autêntico divisor de águas na história da Defensoria, elevando ainda mais a necessidade de se refletir sobre as funções da instituição. É a reflexão que retomaremos aqui.³³³

Uma premissa capital — e óbvia — acompanhará a discussão, a saber, a premissa de que a assistência jurídica aos carentes e a Defensoria Pública não são abstrações desligadas da história. Muito ao contrário. Tudo que diz respeito ao Direito acompanha a essência deste: um produto da cultura. Em seus primórdios no Brasil, a assistência judiciária estava intimamente ligada aos ideais abolicionistas e deles se alimentava.³³⁴ Agora, naturalmente, as prioridades são outras. Vivemos

333 Há quase dez anos, escrevemos o artigo “Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado” (*Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1, jul./set. 2002, publicado também na *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, nº 19, 2004 e in Fábio Costa Soares org., *Acesso à Justiça: segunda série*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004). De lá para cá, a Defensoria Pública brasileira, embora convivendo ainda com sérias dificuldades, amadureceu e avançou bastante. Isso nos motivou a atualizar aquele texto, ratificando muitas das suas ideias e ao mesmo tempo lançando novos olhares sobre o tema das atribuições deferidas à Defensoria pelo ordenamento nacional. Aduza-se que o presente artigo já foi publicado na *Revista de Direito do Estado*, nº 14, abr./jun. 2009, p. 49-105, mas sem levar em conta a Lei Complementar 132/09, que só viria ao mundo um pouco depois. Nesta “segunda edição” do artigo, passamos a considerar (inclusive no título) a importantíssima LC 132/09, que reforçou sensivelmente o que sustentamos desde 2002.

334 Consulte-se, a propósito, Peter Messite, Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história, *Revista dos Tribunais*, nº 392, jun. 1968, p. 401: “desde o princípio, a ideia de Nabuco de Araújo contava com a colaboração ativa dos abolicionistas, que viam no programa uma garantia de justiça para os escravos a serem libertados. O mais

em uma sociedade pós-moderna — ou “pós-tudo”, no dizer inspirado de Luís Roberto Barroso³³⁵ —, com gravíssimos problemas ambientais. Dentro desse contexto confuso e perturbador, vale a indagação: que rumos deve tomar a instituição incumbida de assegurar, no Brasil, o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita?

A metodologia escolhida para a nossa investigação vai afinar-se, como não poderia ser diferente, com a premissa acima declinada. Qual a metodologia? Parece oportuno, a respeito, um paralelo com o processualismo contemporâneo. Assim como o sistema processual, caracteriza-se a Defensoria Pública pela meta de atuar dinamicamente o ordenamento jurídico-constitucional, a este conferindo efetividade. Em outras palavras, a Defensoria, tanto quanto o processo, é um verdadeiro instrumento da Constituição, notadamente de alguns valores fundamentais da nossa ordem jurídica, como a dignidade humana, a igualdade substancial e o acesso à justiça. Se consiste em instrumento, visando ainda por cima à materialização de valores fundamentais, deve funcionar de modo eficiente, adequado e orientado finalisticamente, o que implica atenção a realidades exteriores. Decorre daí o imperativo de se interpretar a Defensoria e suas funções de acordo com o método instrumentalista, consagrado de forma explícita, na doutrina brasileira, pela pena de Cândido Rangel Dinamarco. Na já clássica *A Instrumentalidade do Processo*, defende o mestre paulista seja privilegiada a visão exterior do processo, promovendo-se uma releitura dos institutos processuais que leve em conta os escopos extrajurídicos do sistema. No que toca à Defensoria, aplicam-se as mesmas diretrizes, devendo ser estreitados ao máximo os vínculos entre a instituição e as exigências gerais da ordem constitucional, da sociedade brasileira e do mundo contemporâneo.

Não se mostra gratuito, portanto, o paralelo traçado em relação ao direito processual. Se o instrumentalismo representa hoje linha metodológica de enorme valia no campo processual, idêntica

destacado colaborador nesse sentido foi, sem dúvida, Perdigão Malheiros, predecessor de Nabuco de Araújo na Presidência do Instituto, que escrevera um grande tratado sobre a escravidão no Brasil. Assim, juntado à forte corrente do abolicionismo, o movimento de assistência judiciária só poderia beneficiar-se.” No mesmo sentido, Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva, *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Liber Juris, 1984, p. 85-86.

335 Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 15, 2001, p. 11.

importância pode ter no trato das questões institucionais da Defensoria Pública.

É claro que a interpretação aberta autorizada pelo instrumentalismo deve prestar contas à Constituição. Sem o respaldo desta, caímos no perigoso terreno do voluntarismo hermenêutico, no qual a racionalidade jurídica se vê atropelada pelos desejos e intenções — boas ou más, não importa — do intérprete.

A Constituição de 1988 foi bastante econômica — até demais — em relação à Defensoria Pública, deferindo-lhe apenas um dispositivo, o art. 134, ligado umbilicalmente ao art. 5º, LXXIV, este cuidando do direito fundamental à “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Segundo a literalidade do art. 134, *caput*, da nossa Carta, a Defensoria Pública é “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

Da leitura do texto constitucional, percebe-se claramente que foi deixada uma larga margem de manobra, não só ao legislador mas também ao intérprete, para a construção do perfil institucional mais adequado aos reclamos do solo e do tempo. Com efeito, a “Defensoria Pública constitucional” está assentada em cláusulas generosamente abertas, como “essencial”, “necessitados”, assistência jurídica “integral” e “insuficiência de recursos”. Qual o real alcance da essencialidade da instituição ou da assistência integral que deve prestar? De que necessitados e de que insuficiência de recursos se cogita? Só os carentes sob o prisma econômico podem ser atendidos? E quando carentes econômicos estiverem de braços dados, em alguma relação incindível, com pessoas não carentes? E se a proteção direta de uma pessoa abastada aproveitar reflexamente a um pobre? Todas essas questões, e muitas outras, não encontram no texto constitucional uma resposta pétreia e definitiva, muito pelo contrário. Nitidez maior só existe quanto ao norte básico da Defensoria: o acesso substancial à justiça prometido pelo Estado brasileiro.

Dessa forma, a parcimônia do constituinte de 1988 em relação à Defensoria Pública teve um aspecto favorável — e desafiador. Positivaram-se apenas algumas “chaves” hermenêuticas, que podem, se manejadas com sensibilidade, abrir caminho para o aprimoramento da instituição, em termos normativos e práticos.

Pois bem, abordaremos aqui, de maneira mais específica, a questão do individualismo na seara da Defensoria Pública. Inegavelmente, a filosofia individualista timbrou por muito tempo a atuação institucional, até porque o próprio entorno adotava perspectiva idêntica.³³⁶ Dois diplomas, entretanto, deram a entender que todo esse individualismo já não fazia sentido: a citada Lei Complementar 132/09 e também a Lei 11.448/07, que concedeu à Defensoria, de maneira ampla, legitimidade para a propositura de ações civis públicas.³³⁷

336 No início dos anos 1990, o tema foi objeto de um rico trabalho, de autoria de Brenno Cruz Mascarenhas Filho (*A Dinâmica do Individualismo na Defensoria Pública do Rio de Janeiro*, dissertação apresentada, em 1992, ao Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ, no Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional). Sobre a tradição individualista, constatou Mascarenhas Filho em sua dissertação (p. 108): “Quanto ao ponto de partida, de que a filosofia que presidiu a atuação da Defensoria Pública desde os seus primórdios é marcadamente individualista e, como tal, com raízes no liberalismo, parece não haver dúvida.” O quadro começou a se alterar quando a Defensoria Pública, especificamente no Estado do Rio de Janeiro, implantou, ao lado das defensorias que Mascarenhas Filho chama de “tradicionalistas” (órgãos de atuação ligados diretamente aos órgãos jurisdicionais e mais os núcleos de primeiro atendimento), as defensorias “não tradicionais”, a saber, o Núcleo de Terras e Habitação, o Núcleo de Defesa do Consumidor e o Núcleo de Regularização de Loteamentos. Foi exatamente nas defensorias “não tradicionais” que a dissertação se concentrou, concluindo Mascarenhas Filho que “com esses espaços, pelo menos dentro dos seus limites, a Defensoria Pública supera o individualismo que tradicionalmente a caracteriza e, em seu campo específico de atuação, rompe com a conceituação clássica da processualística civil, que vedava, ou restringia a proteção aos direitos coletivos” (p. 111). Ao final da dissertação (datada, repita-se, de 1992), ressaltou Mascarenhas Filho (p. 115): “Contudo, estaríamos nos equivocando, se concluíssemos que o conjunto das atividades da Defensoria deixou de ser predominantemente marcado pelo individualismo.”

337 Tratou-se, na verdade, de uma lei mais “declaratória” do que “constitutiva”, à medida que a Defensoria Pública, mesmo sem norma expressa, já detinha e exercia a legitimidade para ações coletivas. Sustentando o entendimento de que a Defensoria já possuía a legitimidade, confirmam-se: Fábio Costa Soares, *Acesso do hipossuficiente à justiça. A Defensoria Pública e a tutela dos interesses coletivos lato sensu dos necessitados*, in Raphael Augusto Sofiati de Queiroz (org.), *Acesso à Justiça*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002; Adriana Silva de Britto, *A Defensoria Pública e a Tutela Coletiva: o encontro das ondas renovatórias potencializando o acesso à justiça*, dissertação de mestrado apresentada na UERJ (orientação de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes), 2006; José Augusto Garcia de Sousa, *A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas*, in José Augusto Garcia de Sousa (coord.), *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008; Daniele Regina Marchi Nagai Carnaz, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Luiz Manoel Gomes Júnior, *Legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações civis públicas*, *Revista de Processo*, nº 163, set.

Buscaremos demonstrar que realmente não se sustenta mais a percepção individualista da Defensoria Pública e suas funções. Nessa evolução, os diplomas legais que acabamos de mencionar foram sem dúvida muito relevantes, como não poderia ser diferente em um sistema de *civil law*, reverente ao princípio da legalidade. Mas houve fatores talvez ainda mais decisivos, que não podem de maneira alguma ser esquecidos, a bem da melhor hermenêutica a respeito das normas concernentes à Defensoria. É o que passaremos a ver.

2. A centralidade da questão ambiental

O século XXI não começou bem, positivamente. Sua primeira década será lembrada por acontecimentos ruinosos e dramáticos: crise econômica profunda, guerra, genocídio, terrorismo. Mas nada parece tão grave e abrangente quanto a questão ambiental. Marcando essa prioridade, figura no título do artigo uma alusão ao “destino de Gaia”. Referimo-nos ao pensamento do cientista britânico James Lovelock, cujo prestígio cresceu imensamente nos últimos anos. Antes desacreditado, Lovelock é hoje uma das vozes mais ouvidas no mundo científico a respeito daquele que talvez seja o maior desafio da raça humana no século XXI: desmontar a bomba ambiental. Para Lovelock, Gaia é o planeta Terra, castigado impiedosamente pelo seu mais ilustre morador, o homem. Em eras remotas, devastações semelhantes já ocorreram. Mas Gaia sobreviveu. Como? Dando um jeito de expelir o elemento agressor. Segundo a teoria de Lovelock, então, Gaia seria um organismo vivo que se autorregula, a bem sempre da sua preservação. Se a polêmica teoria estiver correta, a trajetória humana aproxima-se de tempos muitos sombrios, ou mesmo do seu epílogo.³³⁸

Estando em risco a própria continuação da espécie, como jamais aconteceu, a questão ambiental tornou-se absolutamente central para o planeta, influenciando de forma intensa todos os setores da atividade e do conhecimento humanos. Até mesmo os círculos religiosos passaram a reconhecer a transcendência do drama ambiental. Tome-se como exemplo Leonardo Boff, destacado arauto da “teologia da libertação”. Ele vê a ecologia como “um eixo novo que redefine todos os demais

2008, esp. p. 293.

338 Consulte-se especialmente James Lovelock, *A Vingança de Gaia*, tradução de Ivo Korytowski, Rio de Janeiro, Intrínseca, 2006.

temas”³³⁹ e a partir daí propõe uma “teologia ecológica da libertação”,³⁴⁰ trazendo “um novo padrão civilizatório de consumo responsável e solidário e de relação cooperativa e respeitosa para com a natureza.”³⁴¹ Forte na crítica ao antropocentrismo, defende Boff, ainda, a emergência de uma “democracia ecológico-social-planetária”, abrindo-se a democracia “para uma biocracia e uma cosmocracia.”³⁴²

É claro que o Direito não poderia ficar indiferente ao peso e à urgência da questão ambiental. Miguel Reale, com a clarividência que lhe era peculiar, já dizia em obra lançada originalmente em 1990: “Parece-me de grande importância assinalar que a defesa dos valores ecológicos, em virtude do seu caráter planetário, vai importar na revisão de vários conceitos do Direito Internacional, a começar pelo de soberania, a qual não pode ser incompatível com a imprescindível cooperação de todos os povos da Terra para sua salvação comum.”³⁴³

Saliente-se a intensidade da influência da questão ambiental. Não são apenas ramos específicos que se veem tocados.³⁴⁴ Acima disso, é a própria racionalidade jurídica que se altera, à luz do novo paradigma. Assim como o individualismo marcou profundamente o Direito moderno, chegou a vez de a ecologia transformar o Direito do século XXI. Pela primeira vez, a dogmática jurídica sente-se obrigada a pensar seriamente na proteção de gerações que nem nasceram ainda.³⁴⁵

Na seção seguinte, falaremos da direção apontada pelo paradigma ambiental.

339 Leonardo Boff, *Do Iceberg à Arca de Noé: o nascimento de uma ética planetária*, Rio de Janeiro, Garamond, 2002, p. 70.

340 Leonardo Boff, *Do Iceberg à Arca de Noé...*, cit., p. 92.

341 Leonardo Boff, *Do Iceberg à Arca de Noé...*, cit., p. 74.

342 Leonardo Boff, *Do Iceberg à Arca de Noé...*, cit., p. 61.

343 Miguel Reale, *Nova Fase do Direito Moderno*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 126.

344 Para uma análise da influência sobre os institutos fundamentais do processo civil, confira-se Marcelo Abelha, *Processo Civil Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

345 Aparece “um novo sujeito grupal”, qual seja, conforme esclarece o argentino Ricardo Luis Lorenzetti (*Fundamentos do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 219), o das “gerações futuras”, cujas necessidades “não podem ser comprometidas para a satisfação das necessidades presentes.”

3. O fortalecimento do solidarismo jurídico

Ou se salvam todos ou o suicídio é coletivo, eis a alternativa imposta pelo dramático agravamento do problema ambiental. Nesse contexto, ganharam óbvia primazia a cooperação e a solidariedade. Nunca foram tão atuais as palavras célebres de John Donne: “Nenhum homem é uma ilha, completo em si mesmo. Todo homem é um pedaço do continente, uma parte da terra firme. A morte de qualquer homem diminui a mim porque estou envolvido na humanidade. Por isso não mandes indagar por quem os sinos dobram. Eles dobram por ti!”³⁴⁶

Dessa forma, a questão ecológica vem forçar, de um modo geral, a aceitação do pensamento solidarista. E nem estamos mais falando de ética. Estamos falando de um imperativo de sobrevivência. Apesar das poderosas forças em sentido contrário, tornou-se o solidarismo um valor universal de primeira grandeza, a ser obrigatoriamente reconhecido por qualquer ordem jurídica. Reforçou-se consideravelmente, assim, a imperiosidade de uma visão solidarista do Direito. A afirmação, reconheça-se, tem um certo sotaque jusnaturalista, mas assenta na história viva do tempo presente, e não em fatores imutáveis e etéreos. À beira do Vesúvio prestes a entrar em erupção, na imagem de Lenio Luiz Streck, o jurista não pode se dar o luxo de continuar arrumando o quadro de Van Gogh na parede...³⁴⁷

Mas não se pense que a história do solidarismo jurídico começou ou vai começar por estes dias. Na segunda metade do século XIX, já vamos perceber nitidamente as suas pegadas. Foi a época em que se deu, notadamente no continente europeu, a irrupção definitiva da questão social, gerando para o Direito a necessidade de adaptação dos seus institutos à nova realidade, insubmissa ao individualismo liberal. Vale invocar, a propósito, *A Origem do Direito de Solidariedade*, de José Fernando de Castro Farias, muito provavelmente a obra nacional que mais se aprofundou sobre o tema do solidarismo jurídico.³⁴⁸ Como

346 John Donne foi um poeta e reverendo anglicano que viveu no século XVII. Suas palavras atravessaram séculos e foram usadas até como título de romance (*For Whom the Bell Tolls*), por Ernest Hemingway.

347 Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 871.

348 Fora do âmbito jurídico, na doutrina social da Igreja, confira-se Fernando Bastos de Ávila, *Solidarismo: alternativa para a globalização*, Aparecida, Editora Santuário, 1997. Nessa obra, defende o Padre Ávila, pensador que integra a Academia Brasileira de Letras, a ascensão, no Brasil, do chamado “solidarismo comunitário”, de índole democrática e cristã.

o título da obra já sugere, Castro Farias procede a uma verdadeira “arqueologia” do direito de solidariedade, cujas bases foram fixadas por juristas como Léon Duguit, Maurice Hauriou e Georges Gurvitch, a partir dos quais a experiência jurídica passou a ser vista “como uma experiência coletiva e solidária”, que transcende a normatividade estritamente estatal.³⁴⁹ O solidarismo levantou uma nova racionalidade jurídica, que rompeu com as premissas postas pela Escola da Exegese, inaugurando-se então o “*Estado de solidariedade*”.³⁵⁰

Grande foi a contribuição do solidarismo em prol do enquadramento jurídico das práticas e da própria personalidade dos novos atores sociais coletivos — as associações em geral, sobretudo os sindicatos —, corpos intermediários que por muito tempo estiveram proscritos na França posterior à Revolução de 1789 (para se ter ideia da força do individualismo reinante à época, somente em 1864 foi suprimido o delito de formação de associações). Além disso, os cultores do direito de solidariedade influíram intensamente na reformulação de figuras e institutos caríssimos ao individualismo voluntarista do Direito moderno, como é o caso do contrato, do ato jurídico, da propriedade e do próprio direito subjetivo. Em poucas palavras, pode-se dizer, com Castro Farias, “que o discurso do direito de solidariedade representa [...] a tentativa de se passar do estado subjetivo, no qual o direito havia se fechado, à fase objetiva.”³⁵¹

349 José Fernando de Castro Farias, *A Origem do Direito de Solidariedade*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 222. Na mesma obra, à p. 191, junta-se que “No Brasil do fim do século XIX e início do século XX, o discurso solidarista não passou totalmente despercebido por Rui Barbosa, Tobias Barreto e Joaquim Nabuco.”

350 Castro Farias, *A Origem do Direito de Solidariedade*, cit., p. 91, grifado no original. Sobre essa nova positividade, diz o autor ainda (p. 277): “O solidarismo jurídico almeja ser o discurso do Estado de Direito; não de um Estado de Direito liberal, mas de um Estado de Direito democrático [...]. A subordinação dos atos dos governantes e da administração a um controle jurídico é baseada não mais em uma lógica individualista ou formalista, mas na lógica solidarista. O direito de solidariedade se sobrepõe ao individualismo em matéria de organização social e política. Trata-se de uma ruptura na história do Estado de Direito.”

351 Castro Farias, *A Origem do Direito de Solidariedade*, cit., p. 85. Sobre o assunto, leciona Michele Giorgianni (O direito privado e as suas atuais fronteiras, tradução de Maria Cristina de Cicco, *Revista dos Tribunais*, nº 747, jan. 1998, p. 43): “É no século XIX, no entanto, que se realiza — e não somente no terreno dogmático — a parábola descendente do ‘direito subjetivo’, que, de senhoria da vontade, se torna interesse juridicamente protegido, até se chegar — à parte a sua completa negação — a formulações nas quais é evidente a sua absorção pelo direito objetivo [...]. O próprio negócio jurídico, no passado considerado como sendo o domínio da vontade, é permeado por tintas ‘normativistas’. Todo o fundamento do direito se inverte: o

Curiosamente, pensa Castro Farias que a solidariedade, embora “*ideia-força* de nossa contemporaneidade”, tornou-se “um paradigma perdido”, desprezando o homem, em larga escala, “as tentativas de imaginar uma democracia social e pluralista”.³⁵² Não podemos concordar integralmente com o erudito doutrinador. Se o direito de solidariedade brilhantemente germinado há mais de cem anos não chega aos dias de hoje em todo seu esplendor e pureza, essa é uma sina da qual não conseguem fugir quase todas as teorias, mesmo as grandes teorias. De toda sorte, parece inegável que incontáveis eflúvios do solidarismo podem ser encontrados no Direito contemporâneo. Observe-se, por exemplo, a terceira dimensão dos direitos fundamentais, formada por direitos tipicamente solidaristas. Mire-se ainda a segunda “onda” do movimento do acesso à justiça, uma onda objetivista focada na necessidade de dotar de adequada instrumentalização processual os interesses coletivos e difusos.³⁵³ Enfim, apesar de todos os dramas e tragédias que o egoísmo continua causando ao redor do planeta, não se pode duvidar que a solidariedade é um valor *jurídico* bastante prestigiado no mundo atual, pelo menos no que toca à porção democrática do mundo.

Veja-se a ordem constitucional brasileira. A positivação do solidarismo aparece logo no transcendente art. 3º, I, da nossa Carta Magna: constitui objetivo fundamental da República “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Para que não reste qualquer dúvida acerca do significado do comando constitucional, figuram nos incisos seguintes, também entre os objetivos da República, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), e a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV).³⁵⁴

direito, mesmo o privado, promana da vontade do Estado.”

352 Castro Farias, *A Origem do Direito de Solidariedade*, cit., p. 194.

353 Ada Pellegrini Grinover, em relatório que produziu sobre os processos coletivos nos países de *civil law*, destaca (Grinover, Kazuo Watanabe, Linda Mullenix, *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 251): “Finalmente, pode-se afirmar que existe uma clara linha evolutiva na situação dos processos coletivos nos países de *civil law*. Em trinta anos, partiu-se do nada para chegar a um ponto de efervescência legislativa, doutrinária e jurisprudencial que indica um futuro róseo para a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais.”

354 A importância do art. 3º da Constituição, que enumera os objetivos fundamentais da República, foi assinalada em texto de Cármen Lúcia Antunes Rocha (Ação afirmativa: o conteúdo do princípio da igualdade jurídica, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 131, jul./set. 1996). Destaca a autora os incisos I, III e IV

Além dessa base normativa central, vários outros dispositivos constitucionais seguem a mesma corrente, evidenciando que o solidarismo se acha firmemente estabelecido em nossa ordem jurídica. Exemplificativamente, podemos citar o entranhamento da função social no próprio conteúdo do direito de propriedade (art. 5º, XXIII), a adoção de “prestação social alternativa”³⁵⁵ como sanção criminal (art. 5º, XLVI, *d*), a abertura de um amplo capítulo para os direitos sociais (arts. 6º a 11), a tutela especial de pessoas naturalmente fragilizadas — como as portadoras de deficiência (art. 37, VIII), as crianças e os adolescentes (art. 227), os idosos (art. 230) — e a positivação do “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, [...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225). Também merecem destaque os inúmeros mecanismos de democracia participativa espalhados pela Constituição.³⁵⁶ Frise-se ainda o estímulo da Constituição à tutela coletiva, estímulo que aparece de forma clara nos dispositivos que tratam da ação popular (ampliada objetivamente), do mandado de segurança coletivo (remédio antes não existente) e da ação civil pública (positivada no plano constitucional).

À vista desse imponente conjunto de normas, pode-se dizer com segurança, sem concessões a qualquer voluntarismo hermenêutico, que

do referido art. 3º, os quais evidenciam a profunda transformação operada pelo sistema constitucional de 1988 no princípio da igualdade (p. 289-290): “Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa — construir, erradicar, reduzir, promover — são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído. [...] O significado maior do art. 3º da Lei Fundamental da República é, pois, a demonstração de uma mudança essencial do constitucionalismo brasileiro, de uma proposta de sociedade diferente da que percebeu o constituinte de 87/88 e que não lhe pareceu livre, justa, fraterna e solidária.”

355 Consulte-se, a respeito, Rosana Navega Chagas, Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida, *Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 29, 2005.

356 A propósito, leiam-se os arts. 10, 11, 14, I e II, 29, XII e XIII, 31, § 3º, 61, § 2º, 194, VII e 198, III, da Constituição.

a Constituição brasileira acolhe e enaltece o *princípio da solidariedade*, um princípio fundamental que deve espargir sua força normativa por toda a extensão do nosso ordenamento.³⁵⁷ Por sinal, é sintomático o fato de constituir o “princípio da socialidade”, na voz autorizada de Miguel Reale, um dos três princípios fundamentais do Código Civil de 2002.³⁵⁸

Encerre-se a seção retomando a questão ambiental. Com o advento do paradigma ecológico, a fundamentação e o poder de convencimento do princípio solidarista reforçam-se tremendamente, tornando-se o princípio um qualificado “mandamento de otimização” (na conhecida formulação de Robert Alexy) da ordem jurídica brasileira.

Nas seções seguintes, trataremos dos impactos desse pujante solidarismo.

4. Um reflexo do solidarismo: a objetivação (e a correspondente “dessubjetivação”) do Direito

Já vimos, com José Fernando de Castro Farias, que o “direito de solidariedade” intentou uma transformação excepcional para o Direito: passar do estado subjetivo para uma fase muito mais objetiva. E realmente tal evolução aconteceu. Inumeráveis são as manifestações, em todos os setores. Veja-se por exemplo o terreno da responsabilidade civil: de um elemento subjetivo, a culpa, passa-se em diversas hipóteses a um elemento objetivo, o risco. Outra manifestação eloquente é a relevância cada vez maior que se dá à boa-fé objetiva.³⁵⁹

357 Especificamente sobre a positividade constitucional do princípio da solidariedade, importa citar as seguintes palavras de Maria Celina Bodin de Moraes (O Princípio da Solidariedade, in Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho organizadores, *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 169): “A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade.”

358 Miguel Reale, *História do Novo Código Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 38-40.

359 A propósito, confira-se texto de Antonio do Passo Cabral (O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *Revista de Processo*, nº 126, ago. 2005), no qual se defende com muito brilho o entendimento de que, também na seara processual, a exigência de boa-fé há de ser analisada sob o prisma objetivo.

Abordaremos com mais profundidade, aqui, a área processual, influenciada intensamente por ideias solidaristas, sobretudo na ordem jurídica brasileira, o que já se percebe a partir do fértil direito processual coletivo que promana da nossa Constituição. Sem prejuízo de muitas outras repercussões,³⁶⁰ é exatamente na área da jurisdição coletiva que se dá o impacto maior, mais especificamente no campo dos interesses ou direitos difusos. Nada a estranhar. Afinal, os interesses difusos possuem, como é sabido, forte acento solidarista, pertencendo tipicamente à terceira dimensão de direitos fundamentais. Ao contrário dos direitos subjetivos tradicionais, os interesses difusos são materialmente indivisíveis — ninguém pode ser “dono” exclusivo de um direito difuso — e não ostentam caráter patrimonial, reportando-se principalmente, conforme a doutrina de Márcio Flávio Mafra Leal, a dois aspectos fundamentais: “*qualidade de vida* e uma concepção de igualdade vista como *direito à integração*, baseada em aspectos participativos nas várias esferas da vida social.”³⁶¹

A necessidade de reformulação de conceitos trazida pela tutela dos direitos difusos é tão intensa que vai alcançar a própria natureza da atividade jurisdicional. Esta se desliga da exigência de um conflito concreto e assume feição prospectiva ou semilegislativa, destinando-se a “normatizar e prever as consequências futuras da sentença e seu impacto social”³⁶², característica que põe em xeque o dualismo do ordenamento jurídico.³⁶³ Logicamente, cresce de modo sensível o peso político do processo, aproximando-se o Judiciário da formulação positiva

360 A título de exemplo, cite-se a Questão de Ordem suscitada no REsp 1.063.343, representativo de controvérsia (CPC, art. 543-C, § 1º): decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (por maioria) ser “inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia”. Ou seja, o lado objetivo falou mais alto do que o lado subjetivo. Sendo representativo de controvérsia, fica o recurso especial afetado a um fim público, que deve prevalecer sobre desejos individuais.

361 Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações Coletivas: história, teoria e prática*, Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 103.

362 Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações Coletivas...*, cit., p. 50.

363 Segundo o dualismo, o processo não participa da tarefa de construção dos direitos. À vista de fatores vários, entre eles o fortalecimento da tutela dos direitos difusos e o incremento da criatividade judicial — algo incentivado metodologicamente na era do pós-positivismo, e não mais um fenômeno fortuito ou esporádico —, temos a convicção de que não pode continuar a ser aceita de forma irrestrita a concepção dualista, ainda escorada pesadamente em centenárias lições do grande Chiovenda. Para uma defesa vigorosa do dualismo, mas registrando algumas ressalvas, confira-se Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 230-237.

de políticas públicas, tornando-se os juízes verdadeiros “engenheiros sociais”.³⁶⁴ A tutela processual, além de tudo, passa a dirigir-se não tanto a pessoas diretamente, mas sim a instituições, como “o ambiente preservado, o mercado descartelizado ou baseado na concorrência leal, o patrimônio histórico, patrimônio público, entre outras.”³⁶⁵ Para se ter ideia de como tudo isso subverte a lógica das demandas tradicionais (protagonizadas pelos intrépidos Caio, Mévio e Tício), basta dizer que, em sede de interesses difusos, o próprio causador do dano não deixa, muitas vezes, de pertencer ao conjunto de titulares do direito por ele mesmo violado. Pense-se por exemplo em alguém que polui o meio ambiente: ele próprio é titular de uma “cota” do direito difuso ao meio ambiente sadio. Isso quer dizer que, sendo réu em lide ambiental coletiva, poderá ser beneficiado por uma decisão de... procedência do pedido!

Portanto, tem-se na defesa dos interesses ou direitos difusos — reflexo direto do solidarismo — uma notável objetivação da tutela processual. Para explicar tão formidáveis transformações, surge a “teoria objetivista ou institucional” das ações coletivas, assim apresentada pelo já citado Márcio Flávio Mafra Leal: “Diante desse direito material *especial*, atribuído a uma entidade *fluida*, em virtude da indeterminação de seus membros (*comunidade*), e sem personalidade jurídica, e por isso direito *difuso*, o enfoque se desloca da legitimação da *representação* de grupos para a necessidade de um autor que implemente tais direitos e que possa levá-los a juízo. A *identidade* do representante como membro ou possuindo alguma particular pertinência com a comunidade representada, nesse caso, é irrelevante ou secundária. A ideia é que as ações coletivas focalizam direitos e valores tais que devem ser judicializados com a mera constatação de violação *objetiva* das normas que consagram direitos difusos, bastando essa verificação para desencadear a legitimação e o interesse de agir.”³⁶⁶

Cumprido assinalar que o fenômeno da objetivação não sucede apenas no campo dos interesses difusos. Conquanto em escala mais branda, o mesmo fenômeno aparece também nas duas outras modalidades de direitos coletivos *lato sensu*, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Mesmo estes últimos, considerados “acidentalmente” coletivos, não privilegiam apenas o fator subjetivo. Tem-se reconhecido, deveras, que os direitos individuais homogêneos

364 Expressão de Timothy Wilton reproduzida por Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações Coletivas...*, cit., p. 108.

365 Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações Coletivas...*, cit., p. 74.

366 Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações Coletivas...*, cit., p. 71.

ganham uma nova configuração, muito relevante socialmente, quando tomados no seu aspecto conjunto, “molecular” (expressão muito usada por Kazuo Watanabe). Essa relevância social não parece difícil de comprovar, dizendo respeito à necessidade de prevenir e desestimular práticas nocivas à coletividade. Portanto, as demandas ligadas a interesses individuais homogêneos têm em vista mais diretamente a meta da reparação, mas também se movem no terreno da prevenção, cujo valor tem sido crescentemente encarecido no Direito e em muitas outras esferas (como por exemplo a esfera médica). É principalmente essa faceta preventiva, importantíssima para a sociedade, que transmite caráter objetivo às demandas para a defesa de direitos individuais homogêneos, pelo menos no que diz respeito ao seu primeiro estágio, que se estende até o momento da sentença condenatória genérica prevista no art. 95 do Código de Defesa do Consumidor.³⁶⁷

E mais. Por conta de uma série de fatores — como a valorização dos direitos fundamentais, a pulsão por efetividade e a massificação da sociedade —, até certos direitos individuais não homogêneos ganharam um caráter objetivo que antes não lhes era reconhecido. Esse caráter objetivo tem sido pronunciado especialmente no plano dos direitos fundamentais.³⁶⁸ O mesmo acontece com os chamados “novos direitos”, que apresentam nítido interesse social e coletivo. É o caso dos direitos do consumidor.³⁶⁹

367 Nesse sentido, o REsp 586.307, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento unânime em 14/09/04: “Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses interesses transindividuais participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despatrimonialização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais.”

368 Diz a respeito Ingo Wolfgang Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 138): “A constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui, sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais.” Willis Santiago Guerra Filho, por seu turno, assim se manifesta sobre a dimensão objetiva (*Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 39): “é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar.”

369 Em outro trabalho doutrinário, a propósito, cuidamos do “princípio da dimensão coletiva das relações de consumo”, asseverando o seguinte (O princípio da dimensão

Enfim, todas as faixas de interesses tuteláveis foram atingidas por algum grau de objetivação. Ao mesmo tempo, como não poderia ser diferente, balançaram os alicerces da dogmática da legitimidade, tradicionalmente encharcada de individualismo e voluntarismo. É o que veremos com mais vagar na próxima seção.

5. O impacto na questão da legitimidade processual

Faltou abordar, de maneira específica, o ponto da legitimidade. É mais um ponto sobre o qual o solidarismo vai repercutir de modo significativo, forçando grandes viradas. As razões são evidentes. Já vimos que, em razão especialmente de influxos solidaristas, os institutos jurídicos ganharam tonalidades mais objetivas. Feneceram o poder e o magnetismo da figura do direito subjetivo, que por muito tempo reinou sem rival na ciência jurídica. Abalada a soberania do direito subjetivo, murcharam também as suas repercussões processuais, em especial o apego extremado à legitimação ordinária (apego bem sinalizado pelo art. 6º do CPC de 1973), abrindo-se passagem para legitimidades extraordinárias não previstas expressamente em lei. Aliás, a própria dicotomia legitimação ordinária/legitimação extraordinária perdeu o antigo vigor, notadamente no plano coletivo.³⁷⁰ Os termos

coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 28, out./dez. 1998, p. 108): “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. Impossível e extremamente nocivo, portanto, cuidar das lides de consumo como se fossem lides individuais, impermeáveis à *sombra coletiva* de que falamos.” Em consequência, também demandas individuais de consumo, mormente as que envolvem danos morais, devem privilegiar aspectos objetivos (p. 109): “Nas lides de consumo, as atenções devem recair sobre a conduta do ofensor e os danos por ele causados, ou ameaçados, mais até do que a própria repercussão da ofensa na esfera subjetiva do consumidor. É preciso proclamar, com todas as letras: ao apreciar pedido de indenização por danos morais, no território das relações de consumo, o magistrado deve pensar não só no caso concreto, mas também nos efeitos que a decisão produzirá em um raio muito mais abrangente. Mostra-se fundamental desestimular, da maneira mais *persuasiva* possível, os atentados à ordem pública de proteção ao consumidor. É a materialização do chamado *macroprocesso*, comprometendo a jurisdição com a tarefa de se elevarem os padrões éticos da sociedade.”

370 Nesse sentido, as conhecidas lições de Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 156: “[...] Parcela da doutrina ainda insiste em explicar o fenômeno da tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos pelos esquemas ortodoxos do processo civil. Tenta-se justificar a legitimação do Ministério Público, por exemplo, como

dessa dicotomia, outrora indispensável, viram-se flexibilizados e até renegados. Multiplicaram-se os casos em que não é tão importante a identidade subjetiva do autor, ou mesmo sua vontade, mas sim o objeto da demanda, “conduzido” por uma parte dita “ideológica”, que se apresenta simplesmente como “portadora” de interesses relevantes da coletividade. A ênfase transferiu-se então para o objeto do processo, para a relevância social da matéria levada a juízo, independentemente da figura do “portador” dos interesses. Mais sinteticamente, não interessa tanto *quem* pede, mas sim *o que* se pede. Tal orientação teria algum parentesco remoto, se nos é permitido um paralelo lúdico, com a lógica de um time de futebol: o fundamental não é fazer o artilheiro, mas sim ganhar o campeonato...

Portanto, entrou a legitimação em uma fase de grandes flexibilizações e relativizações, de resto algo a que se assiste em toda a extensão do processo (bastando ver o movimento favorável à relativização da sacrossanta coisa julgada).

Uma lei que já conta mais de quarenta anos, a Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), foi precursora nessa rota de flexibilizações, permitindo até mesmo a troca de polo processual, pela parte, durante o curso da lide.³⁷¹ De lá para cá, a jurisdição coletiva brasileira cresceu imensamente, debilitando ainda mais o elemento subjetivo.³⁷² Hoje, já é possível

extraordinária, identificando-a com o fenômeno da substituição processual. Na verdade o problema não deve ser entendido segundo as regras de legitimação para a causa com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina de legitimação autônoma para a condução do processo [...], instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar referida legitimação.” Em sentido assemelhado, Geisa de Assis Rodrigues (*Juizados Especiais Cíveis e Ações Coletivas*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 44): “[...] A relevância do direito a ser tutelado e a dificuldade de se precisar o espectro dos interessados na tutela do direito impõem, assim, a autonomia cada vez maior da configuração dos sujeitos da relação processual em relação ao direito material. Paradoxalmente, essa autonomia revela a plena instrumentalidade do processo, que adquire nova roupagem para melhor conhecer as demandas transindividuais com suas peculiaridades.”

371 Permite expressamente a troca mencionada o art. 6º, § 3º (“A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”) e o art. 17 (“É sempre permitido às pessoas ou entidades referidas no art. 1º, ainda que hajam contestado a ação, promover, em qualquer tempo, e no que as beneficiar, a execução da sentença contra os demais réus”) da Lei 4.717/65.

372 Alexandre Freitas Câmara (Novas observações sobre a efetividade do processo,

cogitar do fenômeno da litispendência entre demandas titularizadas por autores diversos, considerando-se apenas a identidade do pedido e da *causa petendi*, apesar da letra expressa do art. 301, § 2º, do CPC. É o que acontece quando há identidade objetiva entre uma ação popular e uma ação civil pública. Os autores serão necessariamente diversos, mas estarão simplesmente “portando” interesses transindividuais, o que desarma o óbice literal à caracterização da litispendência.³⁷³ Esse enfraquecimento do elemento subjetivo, com o “afrouxamento das normas de legitimidade para agir”³⁷⁴, é captado muito bem, na doutrina, por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Na hipótese de não haver, numa região afetada por poluição, associações ou órgãos públicos interessados em promover a competente ação civil pública, defende Pinheiro Carneiro a legitimidade de qualquer um dos moradores da região, “para garantir o próprio princípio do acesso à justiça.”³⁷⁵

Ativo participante da arena coletiva, o Ministério Público tem sido não raro beneficiado por esse salutar afrouxamento das normas de legitimidade. Tem-se admitido até mesmo a propositura de ações civis públicas, pelo *Parquet*, visando à proteção de direitos puramente individuais, desde que valores indisponíveis estejam em jogo.³⁷⁶ Em doutrina, valendo-se da mesma lógica instrumentalista, sustenta Geisa de Assis Rodrigues (no campo do ajustamento de conduta): “[...] reputamos que a ofensa a essas regras de legitimidade só enseja a

Escritos de Direito Processual, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 41) chega a dizer: “não resta outra alternativa senão afirmar, como o faz a mais abalizada doutrina pátria, que o Brasil é, hoje, o país mais rico do mundo quando se trata da tutela destes interesses tão valorizados pela sociedade moderna.”

373 No sentido do texto: Ada Pellegrini Grinover, Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência, in Édis Milaré (coord.), *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 26-27.

374 Expressão de Antônio Herman V. Benjamin, A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor, in Édis Milaré (coord.), *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 102.

375 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. 96-97.

376 Nesse sentido o EREsp 466.861, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgamento unânime em 28/03/07: “Processo civil. Ação civil pública visando a garantir atendimento em creche a duas crianças menores de seis anos. Direitos indisponíveis. Legitimação ativa do Ministério Público. CF, art. 127; Lei 8.69/90, art. 201, V.”

invalidez do ajuste quando o órgão com atribuição regular entenda que o objeto do ajuste importou em transação indevida sobre o direito transindividual [...]. Por exemplo, se o Ministério Público do Estado celebra um ajuste com uma empresa cujo objeto é o atendimento pleno da norma trabalhista que determina o fornecimento gratuito de equipamentos de proteção individual, como óculos, máscaras e luvas a seus empregados, não pode o Ministério Público do Trabalho anular esse ajuste com base única e exclusivamente na falta de atribuição do *Parquet* estadual. Precisaríamos de outros argumentos como *v.g.* a inadequação dos equipamentos previstos.”³⁷⁷

Na quadra atual, portanto, a questão subjetiva da legitimidade não pode ser supervalorizada, sob pena de chegarmos a resultados os mais frustrantes. Sobretudo na seara específica dos direitos difusos, exigências rigorosas no tocante à legitimidade revelam-se completamente despropositadas. Nesse sentido, pronuncia-se Rodolfo de Camargo Mancuso: “A exigência de uma ‘organização formal’ para os grupos que se pretendem portadores de interesses difusos conduz, ao mesmo tempo, a uma contradição interna (na medida em que o termo ‘difuso’ se opõe a ‘organizado’) e também a um impasse, visto que são justamente os interesses *difusos*, isto é, não organizados, em estágio ainda fluido, os que realmente carecem de tutela jurisdicional, como o único canal entre o limbo a que estão relegados e o seu reconhecimento pelo Estado e pela sociedade civil.”³⁷⁸

Ressalte-se que idêntica diretriz vale para algumas lides individuais. Mesmo nelas, discussões sobre legitimidade podem mostrar-se assaz inconvenientes. Também aí, via de consequência, são necessárias flexibilizações consideráveis. Tome-se o caso sempre citado de uma criança que está com a vida em risco porque os pais não permitem, por motivos religiosos, a realização de uma transfusão de sangue. Independentemente da solução de mérito, é um conflito que deve ser judicializado, sem dúvida. Numa situação assim, importa saber de quem será a iniciativa da judicialização? Se a iniciativa partir da moça

377 Geisa de Assis Rodrigues, *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 199.

378 Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 221. Diz Mancuso ainda (mesma obra, p. 219): “Uma larga margem do fenômeno coletivo ficará desprovida de tutela se os seus portadores, para obter legitimação ativa, tiverem que, prévia e necessariamente, se aglutinar em pessoas jurídicas perfeitamente instituídas e reconhecidas pelo Estado.”

que faz a limpeza do quarto da criança em risco, o juiz deve abster-se de resolver o delicadíssimo impasse? Certamente que não. Aplica-se, por analogia, a regra do *habeas corpus*: sendo grave o interesse em jogo, a legitimação universaliza-se. Prevalece o solidarismo ardoroso de John Donne: “Nenhum homem é uma ilha, completo em si mesmo...”³⁷⁹

Imbuído da mesma filosofia, assentou o Superior Tribunal de Justiça: “Na ação em que se pleiteia alimentos em favor de filhos menores, é destes a legitimidade ativa, devendo o genitor assisti-los ou representá-los, conforme a idade. A formulação, porém, de pedido de alimentos pela mãe, em nome próprio, em favor dos filhos, em que pese representar má técnica processual, consubstancia mera irregularidade, não justificando o pedido de anulação de todo o processo, se fica claro, pelo teor da inicial, que o valor solicitado se destina à manutenção da família. Ilegitimidade ativa afastada.”³⁸⁰

O julgado logo acima referido marca bem a nova fase da legitimidade. Em outra época, o erro formal, no tocante à legitimidade, talvez não tivesse merecido qualquer complacência. Agora, todavia, o despropósito da anulação de todo o processo, versando sobre alimentos, foi muito bem arredado pelo Superior Tribunal de Justiça. São, insista-se, os novos tempos, dos quais não pode se afastar a interpretação dos institutos processuais. Em 1973, quando o Código Buzaid foi editado, éramos governados pelos militares, Pelé ainda exibia sua genialidade nos gramados brasileiros e estavam na moda as calças “boca-de-sino”. Nos dias atuais, não há como perseverar numa interpretação “boca-de-sino” para o tema da legitimidade...

379 Cândido Rangel Dinamarco abona as nossas palavras (Universalizar a tutela jurisdicional, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, tomo II, 4ª ed., revisão e atualização de Antônio Rulli Neto, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 870): “Mesmo no plano da tutela jurisdicional *individual* a pressão das tendências expansivas constitui legítimo critério interpretativo e deve conduzir a certas mitigações ao que está disposto no art. 6º, sob pena de incoerência com os tempos.” Por seu turno, Rodolfo de Camargo Mancuso (*Interesses Difusos...*, cit., p. 216) admite possa a autorização legal exigida pelo art. 6º do CPC “derivar do *sistema jurídico*, como um todo.”

380 REsp 1.046.130, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento unânime em 06/10/09.

6. Um dado adicional trazido pelo movimento do acesso à justiça: a pluralização do fenômeno da carência

Ao lado da objetivação da ordem jurídica, outro dado contemporâneo crucial para as nossas reflexões é o da pluralização do fenômeno da carência, para fins de uma tutela especial. Trata-se de assunto que tem interessado sobretudo ao movimento do acesso à justiça, um movimento altamente inspirador para a Defensoria Pública, eis que empenhado ao máximo na efetivação dos direitos dos mais fracos. Por “mais fracos”, contudo, não se devem entender simplesmente os mais pobres do ponto de vista econômico, financeiro. Em uma sociedade extremamente complexa, como a atual, é melhor evitar os reducionismos. As carências contemporâneas são as mais díspares, não se podendo eleger um único modelo para fins de proteção, em detrimento das demais espécies. A ideia do acesso à justiça é a mais abrangente e generosa possível. Porfia-se para que todos aqueles que padecem de algum tipo de hipossuficiência, seja qual for a modalidade, possam ver concretizados os seus direitos, rejeitando-se exclusões. Além disso, resta inviável, quando se quer proteger grupos, a análise da situação individual de fortuna de cada um dos integrantes do grupo.

O comandante histórico desse formidável movimento do acesso, Mauro Cappelletti, lembra, a propósito da pluralização do fenômeno da carência, que o próprio reconhecimento da existência de um direito juridicamente exigível, envolvendo a questão da informação, não é uma dificuldade somente dos pobres: “Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos.”³⁸¹ Outro nome importante do movimento, Boaventura de Sousa Santos, confirma o espectro amplo das preocupações do acesso à justiça: “Hoje, pode mesmo dizer-se que este movimento transborda dos interesses jurídicos das classes mais baixas e estende-se já aos interesses jurídicos das classes médias, sobretudo aos chamados interesses difusos, interesses protagonizados por grupos sociais pouco organizados e protegidos por direitos sociais emergentes cuja titularidade individual é problemática.”³⁸²

381 Mauro Cappelletti (com a colaboração de Bryant Garth), *Acesso à Justiça*, tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 22-23.

382 Boaventura de Sousa Santos, Introdução à sociologia da administração da justiça, *Revista de Processo*, nº 37, jan./mar. 1985, p. 129.

Patente, pois, a dimensão ampla que o movimento do acesso à justiça concede ao fenômeno cada vez mais multifário da carência. Toda e qualquer forma de carência merece atenção. Eis aí, claramente, a tendência atual, que sem dúvida vale para o sistema pátrio.

No Brasil, como se sabe, o movimento do acesso à justiça encontrou solo dogmático extremamente fértil. E o tema desta seção ganhou a doutrina nacional. Mais ainda: passou-se a vislumbrar, exatamente no sentido do que é defendido neste trabalho, dimensão bem mais generosa para a assistência jurídica aos carentes, alargando-se a própria noção de “necessitado”. Confira-se a respeito o insuperável magistério de Ada Pellegrini Grinover, atribuindo caráter *relacional* àquela noção:

“No que respeita à assistência judiciária, seu conceito também se renovou, tomando uma dimensão muito mais ampla. [...]

Mas, além disso, também se dilatou o sentido do termo necessitados. Aos necessitados tradicionais, que eram — e ainda são — os carentes de recursos econômicos, acrescentaram-se os carentes de recursos jurídicos. E assim a assistência judiciária aos economicamente fracos foi estendida aos hipossuficientes jurídicos. O primeiro passo nesse sentido foi dado para a defesa penal, quando se tratasse de acusado revel, independentemente de sua capacidade econômica.

Mais recentemente, porém, fala-se em uma nova categoria de hipossuficientes, surgida em razão da própria estruturação da sociedade de massa: são os carentes organizacionais, a que se refere Mauro Cappelletti.

São carentes organizacionais as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sociojurídicas existentes na sociedade contemporânea. [...] Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinante, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico,

social, cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo.”³⁸³

Defendendo igual alargamento para a assistência jurídica, temos Luiz Guilherme Marinoni, um dos processualistas mais expressivos do país: “O Estado, a Ordem dos Advogados, a Universidade, os veículos de comunicação de massa e outros setores da vida privada devem oferecer informação e orientação aos cidadãos a respeito dos direitos. A assistência jurídica deve deixar de ser enfocada apenas através da ótica da pobreza e passar a ser visualizada na perspectiva do cidadão envolvido na complexidade e, às vezes, nos conflitos da sociedade urbana em que vive.”³⁸⁴

Outro grande processualista nacional, Rodolfo de Camargo Mancuso, enfatiza: “o conceito de ‘necessitado’ não pode, em pleno século XXI, prender-se à mesma leitura reducionista das priscas eras (Lei 1.060/50, velha de quase sessenta anos!), texto reportado a uma época, a uma sociedade e a um Brasil muito distantes da realidade contemporânea.”³⁸⁵

A sistemática do Código de Defesa do Consumidor (doravante chamado simplesmente de “CDC”, para simplificar) confirma plenamente a nossa exposição. E esse apoio não poderia vir de fonte mais preciosa. O CDC é um diploma de incontáveis virtudes, que honra demasiado, sem favor algum, a produção legislativa brasileira, sendo usado como modelo em outras partes do mundo. Para encurtar os adjetivos, limitemo-nos a dizer que o CDC é considerado um dos marcos mais significativos do movimento do acesso à justiça no Brasil,

383 Ada Pellegrini Grinover, *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor, O Processo em Evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 116-117. Cuidando dos antigos Juizados de Pequenas Causas, a mesma autora, em outro texto (*Deformalização do processo e deformalização das controvérsias, Revista de Processo*, nº 46, abr./jun. 1987, p. 67), sustentou que, nos Juizados, o patrocínio gratuito, *conditio sine qua non* para a criação destes órgãos jurisdicionais, deveria ser oferecido de maneira irrestrita, estendendo-se com isso o próprio conceito de assistência judiciária, “não mais necessariamente limitada aos carentes.”

384 Luiz Guilherme Marinoni, *Novas Linhas do Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 81.

385 Mancuso, *Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos megaconflitos, Revista de Processo*, nº 164, out. 2008, p. 162.

tendo trazido, entre outros méritos, ferramentas altamente inovadoras no terreno da “facilitação” da defesa dos direitos (art. 6º, VIII, do CDC), como por exemplo a inversão do ônus da prova, a desconsideração da personalidade jurídica em moldes bastante abrangentes e o tratamento coletivo dos direitos individuais homogêneos.

Pois bem, um dos princípios maiores do CDC, senão o maior, é o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, expressamente positivado em seu art. 4º, I. Só que essa vulnerabilidade do consumidor não é exclusivamente econômica, muito pelo contrário. De fato, se o mais opulento empresário do país cismar de adquirir algum produto na quitanda do seu bairro, a ele não se poderá negar a condição de vulnerável, com todas as vantagens decorrentes do regime consumerista. Na verdade, a carência econômica é apenas uma das muitas vulnerabilidades do consumidor, e certamente não representa a mais importante. Mais graves, por exemplo, são a vulnerabilidade ligada à carência de informações³⁸⁶ e a vulnerabilidade decorrente do fato de ser “o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê do que é produzido.”³⁸⁷ Paulo Valério Dal Pai Moraes, que produziu ótima obra sobre o princípio da vulnerabilidade nas relações de consumo, chega a apontar seis tipos distintos de vulnerabilidade: técnica; jurídica; política ou legislativa; biológica ou psíquica; econômica e social; e ambiental.³⁸⁸

Essa breve visita ao CDC evidencia que o fenômeno da carência, extremamente multifacetado nos dias de hoje, há mesmo de merecer uma compreensão ampla, isenta de reducionismos. E não se pense que a própria Constituição não abrace, de forma mais explícita, tal compreensão. Várias das figuras previstas no art. 5º — a saber, o direito de petição e o direito de certidão (inciso XXXIV); a ação popular, “salvo comprovada má-fé” (inciso LXXIII); as ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei, “os atos necessários ao exercício da cidadania” (inciso LXXVII) — foram positivadas com a cláusula

386 Permita-se, a propósito, a remissão ao nosso Tutela da informação e vocação irradiante do Código de Defesa do Consumidor, *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 35, 2006.

387 Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 106.

388 Paulo Valério Dal Pai Moraes, *O Princípio da Vulnerabilidade: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, Porto Alegre, Síntese, 1999, p. 115-174.

expressa da gratuidade, o que indica claramente a preocupação com o acesso abrangente, desvinculado de qualquer cogitação a respeito da fortuna do destinatário. Parece então plenamente demonstrado, não só à vista da teoria do acesso à justiça, mas também com base firme na Constituição, que os mecanismos de acesso, entre eles a Defensoria Pública, devem levar em conta a complexidade assumida hodiernamente pelo fenômeno da carência.

7. A positivação do novo perfil da Defensoria Pública

Nas seções anteriores, cuidamos de um novo paradigma. A centralidade da questão ambiental no mundo contemporâneo reforça a visão solidarista do Direito, cujos institutos ganham cores muito mais objetivas. A par dessa “dessubjetivação” da ordem jurídica, vimos também a pluralização do fenômeno da carência. Logicamente, todos os fatores examinados alguma repercussão haveriam de ter na atuação da Defensoria Pública, sob pena de entendermos que a instituição trabalha no vácuo, olímpicamente impermeável a qualquer evento externo, o que seria um imenso despautério.

E a repercussão realmente aconteceu. Estendeu-se à Defensoria Pública aquilo que tem sido concedido às demais instituições jurídicas, sobretudo a Magistratura e o Ministério Público: repensar e atualizar os seus respectivos papéis sociais, bem como as técnicas jurídicas que lhe são inerentes.³⁸⁹

Coube especialmente a dois diplomas legais sacramentar a mudança de perfil da Defensoria Pública, rumo ao solidarismo. Em primeiro lugar, cronologicamente, veio a Lei 11.448/07, que deu à Defensoria, de maneira ampla, legitimidade para a propositura de ações civis públicas. Dois anos depois, tivemos a Lei Complementar 132, de 07 de outubro de 2009, que alterou inúmeras disposições da Lei Complementar 80/94, a lei orgânica da instituição. Mais do que simplesmente alterar disposições específicas, a Lei Complementar 132/09 significou a superação definitiva da idade individualista da Defensoria. Vale, pois, conferir algumas das inovações trazidas pela Lei Complementar 132/09.

³⁸⁹ Sobretudo o Ministério Público experimentou transformações sensíveis, em virtude das exigências sociais (aí incluídas as exigências ecológicas, muito relevantes para a mudança de perfil do *Parquet*). De órgão basicamente interventivo e fiscalizatório no processo civil, passou a um papel bem mais ativo, tomando a iniciativa de deflagrar a jurisdição em inumeráveis situações.

Em primeiro lugar, frise-se a modificação da própria definição legal da instituição (art. 1º da LC 80/94, com redação da LC 132/09): “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.”

Destaque-se também a inclusão, pela LC 132/09, dos *objetivos* da Defensoria Pública, a saber (art. 3º-A da LC 80/94): “a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais” (inciso I); “a afirmação do Estado Democrático de Direito” (inciso II); “a prevalência e efetividade dos direitos humanos” (inciso III); e “a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório” (inciso IV).

Imensamente relevantes foram os acréscimos produzidos pela LC 132/09 no rol das funções institucionais da Defensoria (previstas no art. 4º da LC 80/94). Vejamos alguns exemplos: “promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios” (inciso II); “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico” (inciso III); “prestar atendimento interdisciplinar” (inciso IV); “representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos” (inciso VI); “exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado” (inciso XI); “atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas” (inciso XVIII); “participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública” (inciso XX); “convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais” (inciso XXII).

Ainda quanto às funções institucionais, a LC 132/09 acrescentou ao art. 4º da LC 80/94 vários incisos voltados para a atuação coletiva: “promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de

propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes” (inciso VII); “exercer a defesa dos direitos individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal” (inciso VIII); e “promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (inciso X).

Portanto, a LC 80/94, na sua versão original, portava um rol acanhado (conquanto aberto) de funções institucionais; com a LC 132/09 passamos a um rol pujante, que dá grande ênfase à atuação coletiva.

Não bastasse, sublinhando o caráter democrático da instituição, a LC 132/09 fez questão de fixar uma lista de direitos dos assistidos da Defensoria Pública (art. 4º-A da LC 80/94).

Não é preciso continuar enumerando inovações trazidas pela LC 132/09. As citadas acima já permitem avaliar o impacto da LC 132/09 sobre o perfil institucional da Defensoria Pública. Além de ser a entidade que presta advocacia aos pobres, consolida-se para a Defensoria o papel de uma grande agência nacional de promoção da cidadania e dos direitos humanos, voltada para quem mais necessita de cidadania e direitos humanos. Desmancha-se de vez o exacerbado individualismo que sempre acompanhou os caminhos da instituição, passando a prevalecer filosofia bem mais solidarista.

Dessa forma, restaram positivadas inclinações que já se mostravam irresistíveis, em função dos fatores aqui mencionados, como a objetivação crescente dos institutos jurídicos e a pluralização do fenômeno da carência. Não por acaso, várias das funções institucionais acrescentadas pela LC 132/09 transcendem em muito a defesa individual de pessoas carentes economicamente.

O novo perfil ditado pela LC 132/09 vai ao encontro, insista-se, das exigências do entorno. Como poderia a Defensoria Pública continuar restrita à defesa de direitos subjetivos individuais se o sistema processual já tomou caminho diverso? Deveria porventura seguir na contramão do sistema? Consistindo a instituição em relevante instrumento de acesso à justiça, essa teimosa contramão não teria, seguramente, qualquer legitimidade constitucional.

Vale a ressalva de que o perfil mais coletivo e solidário da Defensoria não diminui o importantíssimo papel da instituição na defesa individual. Em absoluto. A maioria dos atendimentos da Defensoria será sempre de natureza individual. Isso não significa, porém, que deva ser eternamente imposta à Defensoria uma filosofia institucional individualista e anacrônica, sem qualquer conexão com o contexto em que está situada. O que saudamos aqui, portanto, é a superação definitiva da lógica individualista que durante muito tempo presidiu as funções institucionais, em favor de uma nova racionalidade.

Esclareça-se mais. A defesa de indivíduos carentes pode ser feita com eficácia superior, em muitos casos, através da via processual coletiva; por outro lado, existem alguns processos individuais que geram benefícios formidáveis para a coletividade, ainda mais sob a égide do sistema de precedentes vinculantes que vem sendo implantado em nosso país. Dessa forma, a nova racionalidade institucional não significa isolar-se em um tipo ou outro de tutela processual, e sim valorizar, de modo crescente, as atividades mais afinadas com os anseios solidaristas da sociedade em que vivemos. Em última análise, pois, a remodelagem do perfil da Defensoria Pública nada mais é do que um compromisso com atuações mais eficazes e satisfatórias socialmente.

Abonando o substrato das ideias aqui defendidas, vale ouvir mais uma vez Maria Celina Bodin de Moraes, em seu ensaio sobre o princípio constitucional da solidariedade: “Ao contrário do que pode parecer, elevar a dignidade da pessoa humana (e o desenvolvimento da sua personalidade) ao posto máximo do ordenamento jurídico constitui opção metodológica oposta à do individualismo das codificações. A pessoa humana, no que se difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, há de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social, e nunca como uma célula autônoma, um microcosmo cujo destino e cujas atitudes pudessem ser indiferentes às demais.”³⁹⁰

8. A necessidade de uma nova leitura e uma nova classificação para as funções da Defensoria Pública

Persista-se na linha mestra do trabalho. Muito ferida, Gaia está perigosamente indócil, e isso arrasta mudanças profundas em todas as latitudes. Ao contrário do que se lê no Eclesiastes, há algo de novo, sim, sob o sol. Mudam as órbitas, as estações e as chuvas. Muda o Direito. E mudam também, forçosamente, as funções da Defensoria

390 Maria Celina Bodin de Moraes, O Princípio da Solidariedade, cit., p. 177.

Pública. Submetidas a um novo paradigma, elas passam a exigir uma nova leitura, uma nova classificação. É o que veremos neste tópico.

Antes de mais nada, cabe enunciar a classificação tradicional relativa a tais funções, na dicção do saudoso Sílvio Roberto Mello Moraes: “Típicas seriam aquelas funções exercidas pela Defensoria Pública na defesa de direitos e interesses dos hipossuficientes. E atípicas seriam aquelas outras exercidas independentemente da situação econômica daquele ou daqueles beneficiados com a atuação da Instituição”,³⁹¹ a exemplo da defesa do réu sem advogado na área criminal, bem como a curadoria especial no cível.

Aceitando por ora a classificação tradicional, mas só por ora, dela resulta que as atribuições típicas teriam conexão com a situação econômica do assistido, ao passo que as atípicas estariam completamente desvinculadas desse critério econômico (o assistido pode até ser pobre, mas este dado, como ocorre na curadoria especial, nenhuma relação tem com o atuar da Defensoria).

Abra-se parêntese para esclarecer que não é inflexível a conexão das atribuições típicas com o critério econômico. Com efeito, diz a Lei 1.060/50, no seu art. 4º (com redação dada pela Lei 7.510/86), que faz jus à gratuidade de justiça todo aquele que não estiver em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, “sem prejuízo próprio ou de sua família.” Sobre essa cláusula aberta do “prejuízo”, constrói-se o conceito de necessitado juridicamente, que não guarda correspondência automática com o conceito de necessitado economicamente. Podemos ter necessitados juridicamente que não o sejam economicamente. Tome-se por exemplo uma senhora que despenda cerca de três mil reais, mensalmente, com o tratamento de um filho autista, não lhe sobrando numerário para o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios. Tratar-se-ia de pessoa carente economicamente? Decerto que não, ao menos em termos nominais, pois exhibe rendimentos muito superiores à grande maioria dos brasileiros. No entanto, é sem dúvida necessitada juridicamente, pois o dinheiro que recebe está comprometido com uma despesa muito relevante do ponto de vista social. Ou seja, entre a necessidade econômica e a necessidade jurídica há uma faixa que pode mostrar-se bastante larga, chegando-se à necessidade jurídica através de uma avaliação que está longe de ser

391 Sílvio Roberto Mello Moraes, *Princípios Institucionais da Defensoria Pública: Lei Complementar 80, de 12.1.1994 anotada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 24.

matemática, podendo a operação exigir denso juízo valorativo, lastreado no parâmetro da relevância social.

Por conseguinte, a aferição da necessidade jurídica afigura-se, não raro, uma operação axiológica, infensa a subsunções rígidas, o que já diminui a distância entre as funções típicas e atípicas. A necessidade jurídica, todavia, continuaria dentro da esfera das funções típicas, sendo para tal fim equiparável à necessidade econômica.³⁹²

Esclarecida a distinção entre necessidade econômica e necessidade jurídica, ambas de qualquer forma contidas no âmbito das funções vistas como típicas da Defensoria Pública, sigamos. Insta dizer algo fundamental, a saber: a visão individualista a respeito da instituição tende naturalmente a repudiar as atribuições ditas atípicas, uma vez que estas propiciam, muito mais facilmente, atuações de corte solidarista. Pela visão individualista, então, as atribuições atípicas mereceriam interpretação restritiva, até por serem “atípicas”. Durante longo tempo, foi esse o olhar que prevaleceu.

Ocorre que, conforme pudemos constatar, o solidarismo jurídico contribuiu fortemente para a objetivação do ordenamento em geral, com a correspondente “dessubjetivação” de largos trechos da tutela processual. Por outro lado, o acesso à justiça impôs compreensão muito mais generosa do fenômeno da carência. Tudo isso, claramente, veio privilegiar as atuações ditas atípicas da Defensoria. Deveras, à medida que a própria identificação subjetiva do autor de uma demanda perde a antiga transcendência, e ainda por cima o fenômeno da carência resta desconectado do parâmetro econômico, é evidente que em muitos casos se torna irrelevante, no que tange à assistência jurídica, o questionamento acerca da situação econômica individual da parte. Isso não desvirtua em nada a missão da Defensoria, muito pelo contrário. Incrementando-se as atribuições ditas atípicas, em casos de especial relevo, podem-se alcançar resultados muito mais efetivos para a clientela — globalmente considerada — da instituição, até porque se passa a manejar instrumental de cunho preventivo.

392 Nesse sentido, os pioneiros Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva (*Assistência Judiciária...*, cit., p. 156): as atribuições atípicas da Defensoria são assim denominadas “em razão de sua gênese não se encontrar sediada no prequestionamento do estado do juridicamente necessitado.” Terminologia um pouco diversa, como se percebeu em página anterior deste trabalho, é adotada por Ada Pellegrini Grinover. Para a consagrada jurista, a hipossuficiência jurídica estaria relacionada a hipóteses de atribuições ditas atípicas da Defensoria Pública, como a defesa do acusado revel.

A propósito, é possível fazer mais um paralelo com o direito processual. Assim como este só abandonou a sua lógica individualista quando se livrou da antiga obsessão pela legitimação ordinária, o confinamento às atribuições consideradas típicas impedia que a Defensoria abraçasse uma racionalidade mais adequada aos tempos atuais.

Com a superação do modelo individualista, as funções da Defensoria pluralizaram-se e cresceram em versatilidade. Ganharam uma complexidade maior. A antiga dicotomia restou acanhada e insuficiente. Hoje, podemos enxergar pelo menos cinco tipos distintos de atribuições:

- a) atribuições ligadas à carência econômica (à qual equiparamos a carência “jurídica” da Lei 1.060/50);
- b) atribuições nas quais se tem, concomitantemente, a proteção de pessoas carentes e não carentes, como acontece, *v. g.*, em uma ação civil pública relativa a direitos difusos (assunto que adiante merecerá maior atenção);
- c) atribuições que beneficiam de forma nominal pessoas não necessariamente carentes, repercutindo porém a favor de pessoas carentes, como, por exemplo, a representação judicial de um casal abastado que visa à adoção de uma criança internada (exemplo que adiante comentaremos com mais vagar);
- d) atribuições direcionadas a sujeitos protegidos especialmente pela ordem jurídica, possuidores de outras carências que não a econômica, a exemplo de um portador de deficiência (outro exemplo ao qual voltaremos);
- e) e atribuições em favor primordialmente de valores relevantes do ordenamento, conforme as hipóteses, já mencionadas, da defesa do réu sem advogado na área criminal e da curadoria especial na área cível.

Com a expansão verificada, as funções da Defensoria Pública passaram realmente a não mais caber na dicotomia típicas/atípicas. A simples leitura do rol acima reforça a necessidade de uma nova classificação, no mínimo uma nova terminologia. O que é realmente típico e o que é atípico no rol? Complicado dizer. Seria típica somente a atuação da letra “a”? Mas as hipóteses das letras “b” e “c” também não envolvem pessoas pobres? E a hipótese da letra “d”? É genuinamente atípica, à luz da hodierna pluralização do fenômeno da carência?

Estamos diante, aqui, de algo parecido ao que ocorre na seara do processo civil, onde a tradicional dicotomia legitimação ordinária/ legitimação extraordinária não consegue explicar a contento (consoante lições clássicas de Nelson Nery Jr. já reproduzidas neste trabalho) a questão da legitimidade nas demandas coletivas.

No mínimo, insista-se, há um sério problema terminológico, que não deve ser desprezado (para o bem ou para o mal, os nomes têm uma força própria; não fosse assim, os pais não se importariam tanto com o nome que dão aos filhos).³⁹³ Não parece adequado, na maioria dos casos, falar-se em funções “atípicas”. A terminologia dá a impressão de que estamos nos referindo a funções excepcionais ou mesmo extraconstitucionais, o que não se coaduna, positivamente, com a pujança assumida pelas atribuições institucionais desvinculadas de situações econômicas individuais. Realmente atípicas, a nosso juízo, seriam apenas aquelas atribuições completamente desligadas do mister postulatório, como a participação da Defensoria em um conselho destinado à formulação de políticas públicas (por exemplo, um conselho estadual de defesa da criança e do adolescente).³⁹⁴

Em atenção à nova realidade, propomos uma nova classificação — e uma nova dicotomia —, que é a seguinte: a) de um lado, as atribuições “tradicionais”, ou “tendencialmente individualistas”, compreendendo apenas o item “a” do rol enunciado mais acima (atribuições ligadas ao critério econômico); b) do outro lado, as atribuições “não tradicionais”, ou “tendencialmente solidaristas”, abrangendo todos os demais itens (“b”, “c”, “d” e “e”) do rol acima.³⁹⁵

393 Diz a respeito Cassio Scarpinella Bueno (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 2, tomo III, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 25): “É certo que os nomes não alteram a substância do que eles descrevem, mas, como a ciência jurídica é eminentemente *constitutiva* de seu objeto — o direito não está na natureza para ser ‘descoberto’ e, a partir daí, estudado, diferentemente de outros fenômenos, mas ele é *criado* a partir de determinados modelos —, é importante destacar a razão de empregar esta e não outra nomenclatura.”

394 A propósito, a Lei Complementar 132/09 acrescentou a seguinte função institucional (art. 4º, XX, da LC 80/94): “participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos”. Aí, sim, teríamos o exemplo de uma função realmente atípica.

395 Como se percebe, a nova terminologia inspira-se na dissertação, já citada, de Brenno Cruz Mascarenhas Filho, que dividiu as defensorias públicas em tradicionais e não tradicionais.

Declinada a nova classificação, filha de uma leitura não individualista das funções da Defensoria Pública e respaldada amplamente pela Lei Complementar 132/09, enfrentaremos na próxima seção o teste constitucional.

9. A constitucionalidade do perfil não individualista da Defensoria Pública

Para uma análise direta da constitucionalidade do perfil não individualista da Defensoria Pública, temos de investigar o sentido das cláusulas constitucionais “insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV) e “necessitados” (art. 134). A alternativa é a seguinte: se estiverem os termos ligados exclusivamente ao fator econômico, a visão individualista a respeito da Defensoria agradecerá penhorada; por outro lado, se se entender, como entendemos, que outras carências podem ser atendidas — a exemplo da “pobreza organizacional” apontada pelo movimento do acesso à justiça —, é a concepção solidarista que sairá ganhando.

Tendo-se em vista a força normativa dos princípios constitucionais da solidariedade e do acesso à justiça, dois valores fundamentais da nossa ordem jurídica, o triunfo da concepção solidarista parece assegurado — ainda mais no tempo atual do Direito, dominado pelo neoconstitucionalismo, que encarece não só a supremacia formal da Constituição, mas também e principalmente a supremacia substancial, axiológica.

Mas o fator axiológico, conquanto relevantíssimo na hermenêutica dos nossos dias, não basta. É preciso saber também se o texto e a estrutura da Constituição comportam a leitura não individualista das funções da Defensoria Pública. É o que investigaremos nesta seção.

Já vimos, na introdução do trabalho, que a Constituição de 1988 foi bastante parcimoniosa em relação à Defensoria Pública, deferindo-lhe apenas um dispositivo, o art. 134, ligado umbilicalmente ao art. 5º, LXXIV. A análise dos dois dispositivos ressalta a existência de várias cláusulas abertas, entre elas “necessitados” e “insuficiência de recursos”. Assim, o formato constitucional da Defensoria Pública é manifestamente aberto, inacabado. Da força constitucional da instituição não se pode duvidar, instrumento dileto que é do acesso à justiça, em uma nação marcada secularmente pela desigualdade. Sem embargo, o constituinte delegou não só ao legislador, mas também ao intérprete, a tarefa de moldar para a instituição o perfil mais adequado.

Essa forma flexível do texto constitucional favorece extremamente, nem é preciso dizer, a interpretação contextual aqui preconizada, de resto a interpretação preferida pelo neoconstitucionalismo. O que a Constituição pretende, exatamente, é que haja uma atuação sempre atualizada da Defensoria Pública, algo que se pode conseguir por meio da leitura evolutiva das funções institucionais.

Assim procede Ada Pellegrini Grinover, um dos maiores nomes da nossa ciência jurídica. Em parecer versando sobre a constitucionalidade da Lei 11.448/07, ela sustenta:

“O art. 134 da CF não coloca limites às atribuições da Defensoria Pública. O legislador constitucional não usou o termo *exclusivamente*, como fez, por exemplo, quando atribuiu ao Ministério Público a função institucional de ‘promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei’ (art. 129, I). Desse modo, as atribuições da Defensoria Pública podem ser ampliadas por lei [...].

O que o art. 134 da CF indica, portanto, é a *incumbência necessária e precípua* da Defensoria Pública, consistente na orientação jurídica e na defesa, em todos os graus, dos necessitados, e não sua tarefa exclusiva.

Mas, mesmo que se pretenda ver nas atribuições da Defensoria Pública tarefas exclusivas — o que se diz apenas para argumentar — ainda será preciso interpretar o termo *necessitados*, utilizado pela Constituição. [...]

Isso porque existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os *necessitados do ponto de vista organizacional*. Ou seja, todos aqueles que são *socialmente vulneráveis*: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. [...]

Da mesma maneira deve ser interpretado o inc.

LXXIV do art. 5º da CF: ‘O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem *insuficiência de recursos*’ (grifei). A exegese do termo constitucional não deve limitar-se aos recursos econômicos, abrangendo recursos organizacionais, culturais, sociais.”³⁹⁶

Corroborando as palavras da ilustre doutrinadora, saliente-se que nunca houve qualquer suspeita de inconstitucionalidade no tocante à atuação da Defensoria Pública em prol do réu abastado mas sem defesa na área criminal, ou do réu igualmente próspero mas citado por edital ou com hora certa na esfera cível. Nesses casos, a Defensoria funciona para garantir a incolumidade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ou seja, mais do que representar pessoas, ela está defendendo valores.

E mais. Como demonstramos em seção anterior, as próprias atribuições tradicionais (“típicas”, segundo a terminologia antiga) não estão ligadas exclusivamente ao critério econômico. Deste até mesmo a vetusta Lei 1.060/50 se afastou, preferindo fixar-se na necessidade “jurídica”, em relação à qual nunca se levantou qualquer objeção constitucional. Isso mostra bem a inviabilidade da interpretação restritiva dos termos constitucionais “insuficiência de recursos” e “necessitados”.

Para reforçar ainda mais a argumentação, reflita-se sobre hipóteses mencionadas (mas não discutidas) na introdução do trabalho. Se por absurdo pudesse prevalecer a interpretação restritiva aqui combatida, o que faria a Defensoria Pública quando carentes econômicos estivessem de braços dados, em alguma relação incindível, com pessoas não carentes? Outra: e se o patrocínio de uma pessoa abastada estivesse beneficiando reflexamente um pobre, ou mesmo uma coletividade de pessoas majoritariamente pobres? A Defensoria, em hipóteses tais, deveria cruzar os braços, impotente? Pessoas carentes ficariam sem a assistência da Defensoria pela só razão de estarem, por um azar do destino, envolvidas com outras mais afortunadas numa mesma situação litigiosa? Estariam dessa forma sendo cumpridos os princípios constitucionais da solidariedade e do acesso substancial à justiça? Obviamente que não. A assistência jurídica prestada pela Defensoria poderia ser considerada “integral”? Obviamente que não.

³⁹⁶ Ada Pellegrini Grinover, Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública, *Revista de Processo*, nº 165, nov. 2008, p. 307-308.

E o princípio da eficiência do art. 37 da Constituição? Onde se poderia escondê-lo?³⁹⁷

Já que acabamos de enfatizar a necessidade de interpretação sistemática da Constituição, invoque-se outro grande mestre do Direito brasileiro, José Carlos Barbosa Moreira. Ele não chega a falar diretamente da questão aqui discutida, mas de uma polêmica que se poderia dizer vizinha, fronteira. Confira-se:

“O art. 5º, nº LXXIV, confere o benefício da ‘assistência jurídica integral e gratuita’ aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País ‘que comprovarem insuficiência de recursos’. [...] Pode parecer, à primeira vista, que a Constituição teria restaurado o regime anterior, no qual se exigia do requerente a comprovação da carência. Dir-se-ia, com base nessa interpretação literal, que a Carta de 1988 revogou o texto que dispensa a prova.

É de se rejeitar semelhante entendimento. Nada faz crer que o legislador constituinte, ao elaborar um diploma profundamente marcado — com todos os defeitos que se lhe possam imputar — pela preocupação com o social, haja querido dar marcha-à-ré em processo evolutivo como o de que se cuida. De qualquer maneira, a supor-se que a lei houvesse concedido um *plus* aos necessitados, nem por isso se teria de concluir por sua incompatibilidade com a Constituição, que não estaria sendo contrariada, como seria, por exemplo, se a lei negasse a assistência, em algum caso, *apesar* da comprovação.”³⁹⁸

397 Vale o adendo de que as hipóteses declinadas no parágrafo tendem a ocorrer com frequência cada vez maior. Foi-se o tempo (se é que já existiu) em que os carentes se fechavam em guetos, onde podiam ser facilmente identificados. O que se quer hoje em dia é exatamente o contrário: que haja inclusão social, intercâmbio cultural e intensificação do pluralismo. Tome-se como exemplo o sistema de cotas das universidades públicas, uma das ações afirmativas postas em prática. Goste-se ou não do sistema, ele evidencia a realidade atual, uma realidade complexa, sincrética e plural.

398 José Carlos Barbosa Moreira, O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo, *Temas de Direito Processual: quinta série*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 59-60. Aduza-se que o pensamento do mestre tem prevalecido largamente na jurisprudência brasileira em relação às pessoas naturais. A propósito, o

Pois bem, assim como a “comprovação” da insuficiência de recursos pede interpretação arejada e sistemática, o mesmo se diga da questão da “necessidade”. Ambas devem ser equacionadas a favor do amplo e substancial acesso à justiça garantido constitucionalmente, e não contra.

Mais munição ainda nos é fornecida pela hermenêutica constitucional concernente a outra função essencial à Justiça, o Ministério Público. Ao contrário do que ocorreu com a Defensoria, o Ministério Público foi agraciado pela Constituição de 1988 com normas as mais extensas e minuciosas. Entre elas, contudo, não constou qualquer autorização expressa para a defesa de direitos individuais homogêneos, de resto uma categoria que, à época da Constituição, ainda não havia sido positivada pela nossa ordem jurídica. Por conta disso, o Ministério Público estaria impedido de atuações na área dos direitos individuais homogêneos, mesmo em casos de grande relevo social? Evidentemente que não. Prevaleceu na jurisprudência brasileira uma interpretação evolutiva da Constituição — a mesma que deve ser utilizada em relação à Defensoria —, e ao Ministério Público, com algumas restrições, foi permitida a propositura de ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Diante dos argumentos apresentados nesta seção — somados logicamente às razões de ordem axiológica expostas ao longo de todo o trabalho —, fica claro que é perfeitamente constitucional a leitura não individualista das funções da Defensoria Pública. Melhor dizendo, tal leitura, em verdade, é *imposta* pela Constituição. Dessa forma, passam tranquilamente pelo crivo constitucional as normas legais que perfilham a perspectiva solidarista das funções da Defensoria. Não só. Entendemos que, *independentemente de norma legal expressa*, certas atribuições não tradicionais podem e devem ser autorizadas. Mais adiante, declinaremos exemplos concretos da imprescindibilidade destas últimas.

julgado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 205.746, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgamento unânime em 26/11/97: “Constitucional. Acesso à Justiça. Assistência Judiciária. Lei 1.060, de 1950. C.F., art. 5º, LXXIV. I. - A garantia do art. 5º, LXXIV — assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos — não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV). II. - R.E. não conhecido.”

Antes de seguir, cumpre deixar claro que o caráter aberto das funções constitucionais da Defensoria Pública não é, à evidência, algo que se preste a banalizações e desvios. Não desejamos em absoluto que a visão solidarista aqui exposta conduza a resultados pouco razoáveis. Ao contrário, a razoabilidade — valor eminentemente ecológico, pois nada é tão caro ao meio ambiente quanto o equilíbrio — será ótima conselheira em qualquer juízo que se faça acerca da amplitude das atribuições da Defensoria.³⁹⁹

10. A voz do Supremo Tribunal Federal

Na seção anterior, cuidamos especificamente da constitucionalidade do perfil não individualista da Defensoria Pública. Agora, nada melhor do que auscultar, sobre o assunto, o intérprete máximo da Constituição brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

O grande paradigma do STF foi produzido na Medida Cautelar relativa à ADIn 558, que impugnava vários dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro acerca da Defensoria Pública, entre eles o art. 176, *caput* (que comete à Defensoria, a par da orientação jurídica integral e gratuita, a postulação e a defesa dos direitos e interesses individuais e *coletivos* dos necessitados), e o mesmo artigo 176, § 2º, V, *e* (que arrola entre as funções institucionais da Defensoria o patrocínio, em ação civil pública, “das associações que incluam entre suas finalidades estatutárias a proteção do meio ambiente e a de outros interesses difusos e coletivos”).⁴⁰⁰ No julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal consagrou a interpretação lata do art. 134 da Constituição Federal, seguindo à unanimidade (no particular) o voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, assim vazado:

“21. Certo, a própria Constituição da República giza o raio da atuação institucional da Defensoria Pública, incumbindo-a da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus dos necessitados (art. 134).

399 Exemplo felizmente raro de atuação incompatível com as finalidades institucionais está na Apelação Cível 95.01.34956-0/DF, Rel. Juiz Ítalo Mendes, Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, julgamento em 14/09/00: “Processual civil. Extinção do processo sem julgamento de mérito por ilegitimidade ativa da Defensoria Pública para defender direitos dos contribuintes do imposto de importação de veículos automotores importados.”

400 Esclareça-se que o art. 176, impugnado na ADIn, corresponde hoje ao art. 179 da Constituição estadual, a qual teve inúmeros dispositivos reenumerados.

22. Daí, contudo, não se segue a vedação de que o âmbito da assistência judiciária da Defensoria Pública se estenda ao patrocínio dos ‘direitos e interesses (...) coletivos dos necessitados’, a que alude o art. 176, *caput*, da Constituição do Estado: é óbvio que o serem direitos e interesses coletivos não afasta, por si só, que sejam necessitados os membros da respectiva coletividade.

23. Também não consigo divisar, à vista desarmada, óbice constitucional à validade de que se incumba a Defensoria Pública do patrocínio judicial de associações votadas por seu estatuto à proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos (C. Est., art. 176, § 2º, V, *e*), às quais a lei federal — como sucede com a Lei 7.347/85, endossada pela Constituição superveniente (CF, art. 129, § 1º) — confere legitimação concorrente para as correspondentes ações civis.

24. Estou em que o caráter altruístico da destinação institucional de tais entidades confere razoabilidade plena à outorga pelo Estado do patrocínio judicial gratuito das ações que sirvam à sua persecução, independentemente da indagação *in concreto* da sua capacidade financeira para arcar com os ônus da defesa privada.

25. A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal.²⁴⁰¹

401 Julgamento unânime, na parte que aqui interessa, realizado em 16/08/91. Acórdão reproduzido na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 146, p. 439-440. Registre-se ainda que, quando concluímos este trabalho (abril de 2010), a ADIn ainda não tinha julgamento definitivo, tendo sido transferida a relatoria para a Ministra Cármen Lúcia.

Em relação ao julgado, esclareça-se em primeiro lugar que o Supremo Tribunal Federal não tratou da questão da legitimidade *ad causam* da própria Defensoria Pública ou de órgão seu para as demandas coletivas, vez que a questão não estava em pauta. Outrossim, esclareça-se que, em relação à representação judicial, pela Defensoria, de associações destinadas à defesa de interesses coletivos *stricto sensu*, o Supremo entendeu que só poderia acontecer quando estivesse presente “o requisito da necessidade dos titulares do direito ou interesse coletivo”.

Sem embargo, a decisão referenda, de maneira esplêndida, a expansão das funções da Defensoria Pública, sempre que o interesse social solicitar. É exatamente o que sustentamos: o art. 134 da Lei Maior representa, para a Defensoria Pública, apenas o *mínimo constitucional*, sem prejuízo da extensão — solidarista — dos seus serviços “ao patrocínio de outras atividades processuais [vale acrescentar: ou extraprocessuais] em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal.”

Aduza-se que essa fórmula do *mínimo constitucional* foi também empregada na questão da gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito aos “reconhecidamente pobres” (art. 5º, LXXVI, da Constituição), produzindo o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, jurisprudência extremamente favorável à nossa argumentação. Com efeito, na ADC 5, em que se pleiteou a declaração de constitucionalidade dos arts. 1º, 3º e 5º da Lei 9.534/97 — que preveem a gratuidade geral e irrestrita do registro civil de nascimento e do assento de óbito, bem como da primeira certidão respectiva —, o Pleno do Supremo seguiu por maioria o entendimento do relator, Min. Nelson Jobim, julgando procedente o pedido. Ficou assentado (grifo nosso): “Considerou [o relator] inexistir conflito da lei impugnada com a CF, dado que o inciso LXXVI do art. 5º da CF, ao assegurar a gratuidade desses atos aos reconhecidamente pobres, determina o *mínimo* a ser observado pela lei, não impedindo que esta garantia seja ampliada, e, também, pelo fato de que os atos relativos ao nascimento e ao óbito são a base para o exercício da cidadania, sendo assegurada pela CF a gratuidade de todos os atos necessários ao seu exercício (CF, art. 5º, LXXVII).”⁴⁰²

402 ADC 5, Rel. originário Min. Nelson Jobim, Rel. para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, julgamento por maioria (vencido o Min. Marco Aurélio) em 11/06/07. A reprodução feita acima refere-se ao Informativo nº 421 do Supremo Tribunal Federal, período de 27 a 31/03/06.

Não se desconsidere que o mesmo Supremo Tribunal Federal, na ADIn 3.022, julgou inconstitucional norma gaúcha que atribuiu à Defensoria Pública local a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo.⁴⁰³ Mas tal julgado em nada infirma as ideias aqui declinadas. Como deixamos consignado no final do capítulo anterior, o caráter aberto das funções da Defensoria Pública não se presta a banalizações. E realmente não parece razoável, nem sintonizada com os tão encarecidos princípios do acesso à justiça e do solidarismo, a defesa indiscriminada, pela Defensoria, de todos os servidores estaduais, inclusive dos mais graduados (até mesmo um governador gaúcho foi beneficiado, em sede de ação popular). De mais a mais, dado o grande número de servidores, o encargo revelava-se muito oneroso para a Defensoria. Na verdade, a atribuição soa mais adequada e própria para as entidades incumbidas da defesa da administração pública.⁴⁰⁴

403 ADIn 3.022, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, julgamento unânime realizado em 02/08/04. Aduza-se que pesou no julgamento a argumentação da Procuradoria-Geral da República no sentido de que “a norma desigualada não é necessária, nem adequada. Tampouco proporcional, eis que significará, na maioria das vezes, o patrocínio, pelo Estado, da conduta de ímprobos, corruptos, servidores faltosos”.

404 Tanto assim que a Lei 9.028/95, em seu art. 22, autoriza a Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados “a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, [...] quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas [...]”.

11. Uma relevante manifestação do perfil mais solidarista da Defensoria: a legitimidade para a propositura de ações civis públicas, inclusive e principalmente no que toca aos interesses difusos

Verificada a constitucionalidade plena do perfil não individualista da Defensoria Pública, convém destacar a legitimidade da instituição para a propositura de ações civis públicas, positivada primeiramente pela Lei 11.448/07 e depois reforçada pela Lei Complementar 132/09.⁴⁰⁵ Não poderíamos deixar de fazer o destaque. Afinal, a tutela dos direitos coletivos, como já foi dito, significa um grande marco na concretização do solidarismo jurídico, emprestando caráter francamente objetivo à atividade jurisdicional. Dessa forma, em que pese a controvérsia despertada pelo assunto — em boa parte cevada, não há como negar, por ardores mais corporativos do que propriamente dogmáticos⁴⁰⁶ —,

⁴⁰⁵ A respeito da questão da legitimidade coletiva da Defensoria, de forma mais aprofundada, pedimos licença para remeter o leitor a dois textos nossos: A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas, in José Augusto Garcia de Sousa (coord.), *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008; e A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos: uma abordagem positiva, *Revista de Processo*, nº 175, set. 2009.

⁴⁰⁶ A propósito, foi a Lei 11.448/07 alvo de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), que alegou — certamente esquecida do art. 129, § 1º da Constituição (“A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”) —, que “a norma impugnada [...] afeta diretamente atribuição do Ministério Público, pois ele é, entre outros, o legitimado para tal propositura. A inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados impede, pois, o Ministério Público de exercer, plenamente, as suas atividades”. A ADIn 3.943-1 foi distribuída à Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, não tendo havido julgamento até o tempo da elaboração do presente texto (abril de 2010). Em parecer referendando a constitucionalidade da Lei 11.448/07, afirmou Ada Pellegrini Grinover acerca da ação da CONAMP (Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública, cit., p. 306, grifado no original): “Fica claro, assim, que o verdadeiro intuito da requerente, ao propor a presente ADIn, é simplesmente o de evitar a concorrência da Defensoria Pública, como se no manejo de tão importante instrumento de acesso à justiça e de exercício da cidadania pudesse haver *reserva de mercado*.” Felizmente, amplos setores do Ministério Público pensam de maneira diversa. Veja-se por exemplo o que afirma Eurico Ferraresi, ilustre Promotor de Justiça em São Paulo (*Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 210): “Reitera-se, aqui, a posição defendida nesse estudo no sentido de que órgãos públicos devem se somar na proteção dos direitos difusos e coletivos e não disputar titularidade. As técnicas processuais coletivas existem para benefício de todos. [...] A visão egoística é incompatível com o direito processual coletivo.”

cuida-se de atuação revestida de grande relevância na caminhada da Defensoria rumo a um perfil mais adequado às vicissitudes do tempo atual.

Não pode haver dúvida alguma quanto à conveniência e à higidez constitucional da legitimação da Defensoria Pública para ações civis públicas, que tem merecido o apoio de farta e qualificada doutrina. Além da já citada Ada Pellegrini Grinover, podem ser registradas manifestações expressivas dos seguintes autores (entre outros):

Alexandre Freitas Câmara,⁴⁰⁷ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes,⁴⁰⁸ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.,⁴⁰⁹ Humberto Dalla Bernardina de Pinho,⁴¹⁰ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart,⁴¹¹ Luiz Manoel Gomes Jr.,⁴¹² Rodolfo de Camargo Mancuso.⁴¹³

O tema das ações coletivas é oportuno para se ratificar a *instrumentalidade* da Defensoria. Ela tem um fim precípuo, a tutela dos carentes. Já quanto aos *meios*, não há tipicidade ou limites. A instituição, atada ao *dever de eficiência* (previsto pelo art. 37 da Constituição e também pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor), deve *obrigatoriamente* se valer de todos os meios e técnicas, sejam quais forem, conducentes a uma tutela efetiva da sua clientela. Era exatamente em função desse caráter instrumentalista, muito prezado pela processualística pátria, que a legitimidade da Defensoria para ações coletivas podia ser reconhecida mesmo sem lei expressa, conclusão que

407 Alexandre Freitas Câmara, Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma, in José Augusto Garcia de Sousa (coord.), *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448/07*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

408 Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas, in José Augusto Garcia de Sousa (coord.), *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448/07*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

409 Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 4, 3ª ed., Salvador, Podivm, 2008, p. 236-239.

410 Humberto Dalla Bernardina de Pinho, A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas, in José Augusto Garcia de Sousa (coord.), *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448/07*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

411 Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Curso de Processo Civil*, vol. 2, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 731-732.

412 Luiz Manoel Gomes Jr., *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*, 2ª ed., São Paulo, SRS, 2008, p. 134-139.

413 Rodolfo de Camargo Mancuso, Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos megaconflitos, *Revista de Processo*, nº 164, out. 2008, esp. p. 164.

também era respaldada pela *teoria dos poderes implícitos*, desenvolvida no Direito norte-americano. Com efeito, se se atribui à instituição o monumental encargo de prestar assistência jurídica integral à massa de necessitados do país, ficam automaticamente transferidos os poderes à altura da empreitada, entre eles o poder de movimentar a jurisdição coletiva.⁴¹⁴

Percebe-se assim que a Defensoria Pública não tem sequer a faculdade de atuar na área dos direitos coletivos. Tem o dever. Trata-se de um imperativo de adequação e eficiência. Por outro lado, a denegação do acesso a tal mister representaria a condenação da instituição, com reflexos diretos nos seus assistidos, a uma atuação de segunda classe, privada das vias processuais mais modernas e eficazes. Reincidiríamos na lógica formal — e amarga — da célebre “*Justice is open to all, like the Ritz Hotel*”.

Portanto, violentamente inconstitucional, isto sim, seria a privação da legitimidade. Com efeito, de que instituição “essencial” (art. 134, *caput*) e de que assistência “integral” (art. 5º, LXXIV) estaríamos falando se a Defensoria ficasse impossibilitada de defender em juízo os direitos coletivos da sua imensa clientela? Mais grave ainda: um cerceamento tamanho, atingindo exatamente a instituição voltada para a defesa dos necessitados, teria o endosso do Estado Social instaurado pela Constituição de 1988? Evidentemente que não. Pela legislação brasileira, como se sabe, é farto o rol dos legitimados para as ações coletivas. À vista disso, e considerando que a esmagadora maioria da população é necessitada — em um país que sempre foi segregador do ponto de vista social e ainda hoje é marcado por assombrosas desigualdades —, como poderia restar sem legitimidade justamente a Defensoria?⁴¹⁵

414 Invoque-se, ao ensejo, interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça. Em caso no qual era discutida a possibilidade de o próprio defensor público ir a juízo na defesa de suas prerrogativas funcionais, a Corte assim se pronunciou, afastando as preliminares de ilegitimidade e falta de capacidade postulatória (Recurso ordinário em mandado de segurança 1.054/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, julgamento unânime em 07/10/92): “Se a Constituição outorga ao defensor público poderes para defender os necessitados, implicitamente lhe atribui todos os meios legítimos para tornar efetiva a sua atuação, inclusive legitimidade para propor ações, visando à obtenção de documentos com aquele objetivo.”

415 Exato, a propósito, o seguinte julgado fluminense, anterior, frise-se, à Lei 11.448/07 (Apelação 2003.001.04832, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgamento unânime em 03/06/03): “Constituiria intolerável discriminação negar a legitimidade ativa de

Só se pode concluir que a positivação da legitimidade da Defensoria Pública para pleitos transindividuais — sem embargo do fato de que a legitimidade poderia ser reconhecida mesmo na ausência de lei —, revelou-se uma valiosa ferramenta da efetividade da ordem constitucional pátria, militando em prol da essencialidade substancial da Defensoria e da integralidade da assistência por ela prestada.

Aduza que os defensores públicos, postulando a bem dos mais fracos, aproximam-se dos grupos cujos interesses restam frequentemente ignorados em outras instâncias decisórias, ganhando a instituição especial sensibilidade em relação a tais interesses. Pode-se dizer então que a Defensoria não é apenas mais um ente legitimado à propositura de ações civis públicas. Não. Na verdade, passamos a ter um legitimado *especial*, que, entre outras virtudes, pode valorizar como nunca se fez os interesses específicos das classes desfavorecidas, materializando mesmo um notável mecanismo de *contrapoder*, essencial à democracia pluralista.⁴¹⁶

Em relação especificamente aos direitos difusos, aplicam-se sem ressalvas todas as razões já expendidas a favor da legitimidade da Defensoria Pública. Na verdade, pode-se dizer que tais razões valem *principalmente* para a defesa dos direitos difusos. “Principalmente”?

Sim, principalmente. Tem-se nos direitos difusos um terreno muito favorável à atuação institucional. Em primeiro lugar porque se trata da atividade processual mais “altruística” que pode existir, na feliz expressão do Ministro Sepúlveda Pertence, proferida no julgamento da Medida Cautelar relativa à ADIn 558 (citado no capítulo anterior). Esse julgamento, vale o destaque, reforça demais a legitimidade da Defensoria. Nele, como visto mais acima, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a Defensoria, exatamente em razão do caráter altruístico da defesa dos direitos difusos, poderia representar (era de representação

órgão estatal — como a Defensoria Pública — às ações coletivas se tal legitimidade é tranquilamente reconhecida a órgãos executivos e legislativos (como entidades do Poder Legislativo de defesa do consumidor).”

416 Aduza-se ter a Defensoria Pública um trunfo que os demais legitimados não costumam apresentar, a saber, o seu atendimento individual — que acaba, sem dúvida, estimulando o ajuizamento de ações coletivas. Em virtude da quantidade dos atendimentos e do volume dos processos oficiados, adquirem os defensores um conhecimento profundo a respeito dos problemas que mais afligem a população carente (aí incluído o conhecimento acerca dos argumentos da parte adversária). E surge, naturalmente, o anseio — ou melhor, o dever — de atacar coletivamente os problemas, de maneira a evitar sua infindável reiteração.

que se cuidava na ADIn) qualquer entidade votada à proteção de tais direitos, independentemente da situação econômica da entidade. Aplicada a mesma lógica à seara da legitimação *ad causam*, fica claro que a Defensoria, dada a relevância social da atuação, pode atuar com bastante desembaraço no campo dos direitos difusos, afigurando-se inteiramente despropositado, nesse plano, considerar situações econômicas individuais.

Diga-se mais. Sendo tão altruísta e solidarista, a defesa dos direitos difusos não tem dono e nem aceita monopólio ou reserva de mercado, até porque se cuida de interesses não raro sub-representados.⁴¹⁷ Aliás, muito foi frisada aqui a centralidade da questão ambiental no mundo contemporâneo, que há de ser assimilada pela técnica jurídica, notadamente pela técnica processual. Como reflexo disso, deve ser evitada a todo custo a sub-representação dos interesses ecológicos no plano das ações coletivas. Vem exatamente ao encontro dessa preocupação o ingresso da Defensoria Pública na seara dos direitos difusos. Ganha a defesa ambiental, assim, mais uma combativa aliada, valendo lembrar que, segundo a Constituição (art. 225, *caput*), compete a *todos* — Poder Público e coletividade — o dever de proteger o meio ambiente equilibrado e saudável.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já teve a oportunidade de reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública para ações ambientais. Estava em pauta, especificamente, uma ação coletiva visando obstar a expansão da monocultura de eucaliptos geneticamente modificados na região de São Luiz de Paraitinga, no interior de São Paulo, situação que

417 Bastante esclarecedora, a respeito, a doutrina de Carlos Alberto de Salles (Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos, *Revista de Processo*, nº 121, mar. 2005, p. 43): “Tendo por base a relação de cada sujeito individual com o bem em disputa, observa-se uma variação no grau de concentração do interesse, conforme o número de pessoas envolvidas. Quanto mais concentrado, maior a parcela de benefícios cabentes a cada indivíduo pessoalmente, tornando mais provável que estes indivíduos, motivados por sua parcela pessoal de interesse, assumam a iniciativa em sua proteção. Nessa perspectiva, os interesses mais concentrados tendem a ser super-representados, inversamente aos mais difusos, que tendem a ser sub-representados.” À vista desse quadro, conclui o autor (p. 50): “as opções relativas à legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos devem ter por norte a maior ampliação possível do acesso à justiça. Deve-se ter em mente que, tendo em vista a anatomia social dos interesses em questão, o problema será sempre de sub-representação, não o de um número exacerbado de litígios judicializados. Cabe, dessa forma, ampliar ao máximo a porta de acesso desses interesses à justiça e, ainda, criar mecanismos de incentivo para sua defesa judicial.”

tem causado danos ambientais e êxodo rural, prejudicando diretamente cerca de 700 pequenos agricultores e respectivas famílias.⁴¹⁸

Ao ensejo, diga-se o mais fundamental de tudo: sem prejuízo da indivisibilidade característica dos direitos difusos, são as pessoas carentes, inegavelmente, as que mais precisam da tutela respectiva. Imagine-se por exemplo um acidente ecológico que deixou de ser evitado — como tantos que ocorrem livremente no Brasil —, com danos à população: os maiores prejudicados serão sempre os necessitados, desprovidos de maiores defesas contra as intempéries da vida. Pense-se também em nosso caótico e brutal sistema penitenciário, “depósito” da clientela preferencial da Defensoria Pública: nesse cenário de horrores, há certamente inumeráveis pretensões relativas a direitos difusos ávidas para serem judicializadas. O mesmo, ainda, pode ser dito dos serviços públicos básicos, utilizados predominantemente pelos pobres, que não têm quaisquer condições de pagar plano de saúde ou colocar os filhos em uma escola particular.

Só essa enorme importância dos interesses difusos para os carentes já é suficiente, dentro de uma hermenêutica minimamente substancialista, para espancar qualquer dúvida acerca da validade e da conveniência da legitimidade da Defensoria. Pudessem ser recusada tal legitimidade, estaríamos afastando os necessitados desses direitos *indivisíveis*, o que seria altamente discriminatório.

Não obstante a sólida argumentação em prol da legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de interesses difusos, não há como negar que a controvérsia fica mais estridente nessa seara. Na inicial da referida ADIn movida pela CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) contra a Lei 11.448/07, podemos encontrar a suma do entendimento restritivo: “a Defensoria Pública pode, somente, atender aos necessitados que comprovarem, individualmente, carência financeira”, os quais “devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, para que se saiba, realmente, que a pessoa atendida pela Instituição não possui recursos suficientes para o ingresso em Juízo.” Em consequência, segundo a CONAMP, a Defensoria não poderia jamais entrar no campo dos direitos difusos, onde beneficiará — forçosamente — pessoas não carentes.⁴¹⁹

418 Agravo de Instrumento 7591705300, Rel. Des. Samuel Júnior, Câmara Especial de Meio Ambiente, julgamento unânime em 28/08/08.

419 Na ADIn, a CONAMP pede o reconhecimento da inconstitucionalidade total da Lei 11.448/07 ou, *ad argumentandum*, interpretação conforme para excluir a

Nada mais equivocado. Impressiona sobretudo o viés ultraindividualista dessa tese restritiva. Além de evidentemente deslocado — nas ações coletivas, sobretudo quando estão em jogo direitos difusos, não se trabalha com situações particulares ou identificações individuais —, trata-se de um individualismo exasperadamente inconstitucional, superado por tudo que se falou aqui sobre a pujança do solidarismo na ordem constitucional brasileira, avançando inclusive sobre as entranhas funcionais da Defensoria. O princípio fundamental da solidariedade, lembre-se mais uma vez, não só tem sede constitucional como se vê cada vez mais fortalecido, em virtude do paradigma ambiental. Não havendo desvio de finalidade — o que aconteceria se a Defensoria propusesse ação civil pública mirando *exclusivamente* os interesses de pessoas abastadas —, não há qualquer problema, remoto que seja, no fato de ações coletivas da Defensoria beneficiarem, por tabela, pessoas não carentes. Tal efeito, à evidência, é inerente à ótica generosa e inclusiva das ações coletivas. Soa absurdo, para qualquer pessoa razoável, restringir as ações da Defensoria relativas a direitos difusos por conta do terrível “risco” de serem beneficiadas, também, pessoas não necessitadas...

Em abono ao que acabamos de afirmar, temos as lições dos notáveis Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “a Defensoria Pública poderá ajuizar qualquer ação para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos *que tenham repercussão em interesses dos necessitados*. Não será necessário que a ação coletiva se volte à tutela exclusiva dos necessitados, mas sim que a sua solução repercuta diretamente na esfera jurídica dos necessitados, ainda que também possa operar efeitos perante outros sujeitos.”⁴²⁰ Primoroso julgado gaúcho vai pela mesma trilha: “Em linha de princípio a

legitimidade da Defensoria Pública quanto aos interesses difusos. Ironicamente, o ideal, para a CONAMP, é que o pleito seja inteiramente denegado. Caso contrário — hipótese na qual não se acredita nem um pouco —, conquistas do Ministério Público correrão risco, à medida que o Supremo Tribunal Federal, por uma questão de coerência, poderá sentir-se tentado a podar também, acionado para tanto, a legitimidade coletiva do Ministério Público. Lembre-se, a propósito, que a legitimidade ministerial para a defesa dos direitos individuais homogêneos, igualmente sem base literal na Constituição, até hoje é extremamente vergastada (o que da mesma forma deve ser lamentado). Em outras palavras, a CONAMP, a bem da própria corporação que representa, perdeu uma ótima oportunidade de se manter inerte, o que também evitaria assumisse ela, como de fato assumiu, papel semelhante ao que é exercido por alzozes do próprio *Parquet*.

420 Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Curso de Processo Civil*, cit., p. 731-732.

atuação da Defensoria Pública, nas ações coletivas de consumo em que prepondera o interesse coletivo, não se restringe à tutela dos interesses das pessoas necessitadas, mormente quando a prévia, ou mesmo posterior seleção por classe econômico-social, vier a inviabilizar esta via processual e a efetividade da jurisdição, ocasionando paradoxal prejuízo exatamente a esta parcela da sociedade a que este Órgão do Estado visa assistir.”⁴²¹ Citem-se ainda as bem lançadas observações de Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “é razoável exigir do Defensor que abandone suas funções e, de calculadora em punho, saia batendo de porta em porta indagando se aquela pessoa pertence àquele grupo e, em caso positivo, proceda a uma investigação social para verificar ou não uma hipossuficiência que nem ele mesmo sabe como definir ou balizar?”⁴²² Conquanto estivesse o autor se referindo aos direitos individuais homogêneos, as mesmas observações, com mais razão ainda, valem para a defesa de interesses difusos.

Prossiga-se. Além de exacerbadamente individualista, o entendimento desfavorável à legitimidade da Defensoria Pública despreza por completo outra linha evolutiva da qual muito se orgulha o Direito brasileiro, qual seja, a linha instrumentalista, muito encarecida pela nossa processualística.

421 Apelação 70023232820, Rel. Des. José Conrado de Souza Junior, Segunda Câmara Especial Cível do TJ/RS, julgamento unânime em 06/05/08 (julgado comentado por Daniele Regina Marchi Nagai Carnaz, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Luiz Manoel Gomes Júnior, Legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações civis públicas, cit.). Plenamente alinhados com o julgado gaúcho, sustentamos em outro trabalho (A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas, cit., p. 243): “um dos traços principais das demandas coletivas é exatamente a vastidão dos seus beneficiários, traço que não se compadece em nada com a construção de cercas no âmbito subjetivo das demandas. Tome-se o exemplo de uma associação de defesa do consumidor que busca a revisão de contrato-padrão oferecido por entidade financeira. Naturalmente, a revisão almejada pode favorecer também quem não seja consumidor (de acordo com a Lei 8.078/90), como é o caso de grandes empresas que contratam financiamentos direcionados a sua atividade principal. Numa hipótese assim, faltaria à associação de defesa do consumidor legitimidade para a ação coletiva? Evidente que não, sob pena de suceder um primor de iniquidade: os consumidores deixariam de ser beneficiados pela demanda coletiva porque esta poderia beneficiar também não consumidores... Ou seja, ninguém ganharia, todos perderiam! O mesmo vale para as ações coletivas intentadas pela Defensoria Pública. A pretexto da existência desses despropositados muros, separando os beneficiários, não se pode restringir a legitimidade da Defensoria.”

422 Humberto Dalla Bernardina de Pinho, A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas..., cit., p. 184.

Sintomaticamente, o primeiro dos princípios específicos do direito processual coletivo comum arrolados por Gregório Assagra de Almeida é o “princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito no processo coletivo”, de acordo com o qual “o Poder Judiciário, em vez de ficar procurando questão processual para extinguir, sem enfrentamento do mérito, o processo coletivo, deverá flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, a fim de que, na resolução do conflito coletivo, efetive o comando jurídico esperado socialmente.”⁴²³ Em outra obra, de forma igualmente certa, o mesmo autor critica a “cultura da negativa da admissibilidade às ações coletivas”⁴²⁴, muito forte em nosso país. Perfeito. Ainda mais no Brasil é que a “cultura” mencionada não poderia de forma alguma ser incentivada. De fato, vivemos em um país repleto de graves carências em setores básicos, detentor de índices sociais que teimam em permanecer vergonhosos. Há tarefas demais para executar em prol da nação e especialmente dos carentes, mas faltam os recursos indispensáveis. Em uma terra assim, as demandas coletivas deveriam ser estimuladas ao máximo, e não recebidas com obstáculos formais. Esse luxo, positivamente, o país não pode se dar. Se uma extinção sem resolução do mérito é algo a lastimar até mesmo na Escandinávia, mais deprimente ainda é o encerramento prematuro de uma ação coletiva proposta em chão brasileiro.⁴²⁵

Manifesto, então, é o anti-instrumentalismo da tese restritiva. Ela reverencia a malsinada “cultura da negativa da admissibilidade às ações coletivas”, que privilegia a forma em detrimento do objeto. Ao mesmo

423 Gregório Assagra de Almeida, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 572.

424 Gregório Assagra de Almeida, *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 156.

425 Não obstante, veja-se que coisa estupenda sucedeu no Rio Grande do Sul. A Defensoria Pública ajuizou ação coletiva para beneficiar os poupadores prejudicados pelos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II. Obteve êxito. A sentença foi de procedência, beneficiando um número incalculável de consumidores gaúchos (eficácia no âmbito do tribunal competente para julgar o recurso ordinário). Aí o surreal aconteceu, algo que desafia um tratado sociológico: o Ministério Público, litisconsorciado ao Banco Itaú (réu), foi capaz de interpor apelação para pleitear, pasme-se, a extinção do processo sem julgamento do mérito (por suposta ilegitimidade ativa da Defensoria), em detrimento dos interesses de milhares e milhares de consumidores! Comentando o excepcional julgado que se seguiu (já referido anteriormente), Daniele Regina Marchi Nagai Carnaz, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Luiz Manoel Gomes Júnior sustentaram, com acerto, que o recurso ministerial não deveria sequer ter sido conhecido, por falta de interesse (Legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações civis públicas, cit., p. 293).

tempo, rema contra a salutar tendência de ampliação dos legitimados ativos, presente não só no Brasil, mas também no mundo.⁴²⁶

Em verdade, a condição da legitimidade ativa, na jurisdição coletiva, há de ser tratada por um prisma negativo (assim como ocorre com outra condição para o regular exercício do direito de ação, a possibilidade jurídica), ou seja, a ilegitimidade somente deve ser reconhecida quando se afigurar gritante a impertinência subjetiva de uma determinada iniciativa processual. *In dubio*, a legitimidade deve ser deferida — eis aí a regra de ouro nos processos coletivos.⁴²⁷ O que importa nestes, repita-se à exaustão, é o objeto, não o sujeito!

As considerações instrumentalistas que acabaram de ser feitas potencializam-se tremendamente quando se trata da legitimidade para a defesa de direitos difusos. Nessas demandas, reiterar-se, não faz sentido algum o estabelecimento de exigências rigorosas no tocante à legitimidade ativa. É axiomático: os direitos são difusos, ou seja, pertencem a todos mas não podem ser apropriados com exclusividade por ninguém. Enunciando o óbvio — que muitas vezes não se consegue enxergar —, assinala o excelente Márcio Flávio Mafra Leal: “O fundamental nas ACDDs [ações coletivas para defesa de direitos difusos] é que o direito difuso, uma vez violado, tenha como ser apreciado pelo tribunal e que o autor da ação seja habilitado e adequado para encaminhar o litígio. Para essa *adequação*, no entanto, não se exige representatividade do autor em relação à comunidade protegida, isto é, que o autor seja um membro ou representante dos interesses da classe. O que está em jogo é a eficácia das normas consagradoras de direitos difusos, cujo titular, para efeito de subjetivização (artificial) do direito, é a *comunidade*.”⁴²⁸

426 Sobre a questão da legitimidade ativa, revela Ada Pellegrini Grinover no relatório que produziu sobre os processos coletivos nos países de *civil law* (Grinover, Kazuo Watanabe, Linda Mullenix, *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law...*, cit., p. 237-238): “A tendência é sem dúvida no sentido da abertura dos esquemas da legitimação a amplos segmentos da sociedade e a seus representantes: a pessoa física, as formações sociais, os entes públicos vocacionados para a defesa dos direitos transindividuais, outros entes públicos a quem compete a tutela dos mais diversos bens referíveis à qualidade de vida — incluindo as pessoas jurídicas de direito público.”

427 Corroborando o que foi dito, temos as lições de Luiz Manoel Gomes Jr., *Curso de Direito Processual Coletivo*, cit., p. 86: “a regra na exegese dos textos que disciplinam as Ações Coletivas é ampliativa, pois, evidente é o interesse do legislador em ampliar o rol daqueles que podem ajuizar tais tipos de demandas.”

428 Mafra Leal, *Ações Coletivas...*, cit., p. 49. Falando sobre a forte necessidade de “personificação” criada pelos bens comunais, como forma de estimular a sua proteção,

E mais. O entendimento contrário à legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos difusos peca também por tomar como base, para restringir a atuação da Defensoria, o tipo dos interesses em jogo, desbordando assim para um conceitualismo anacrônico e impróprio — além de avesso, uma vez mais, às propostas instrumentalistas. Irretocáveis, a propósito, as palavras de Elton Venturi: “Uma vez garantida a ampla tutela jurisdicional de quaisquer direitos subjetivos, sejam de natureza individual ou metaindividual, não é admissível que o emprego das ações coletivas sofra restrições advenientes do apego a um exacerbado *conceitualismo*. O que se deve inferir é que os direitos metaindividuais não são passíveis de proteção jurisdicional pelo fato de serem tipificados e conceituados como difusos, coletivos e individuais homogêneos pela legislação infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor), mas sim pelo fato de constituírem direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, cuja necessidade de tutela avulta em função de sua relevância social.”⁴²⁹

Acrescente-se ainda que nos dias atuais se tem encarecido a tutela preventiva, inibitória. Vê-se aí mais um cânone ambiental assimilado pela sociedade contemporânea. É muito melhor prevenir do que remediar. Nas ações coletivas, sempre que possível, tem sido incluída pretensão com essa feição preventiva. Só que isso envolve, invariavelmente, direitos difusos. Tem-se então mais um fruto nocivo das propostas limitativas com base na tipologia dos interesses coletivos: a Defensoria Pública ficaria afastada da tutela inibitória coletiva, mais uma vez em detrimento da imensa população carente que a instituição tem o dever de defender.

Não bastasse, as restrições com base na tipologia dos interesses coletivos conseguem atentar também contra a economia processual, valor caríssimo à tutela coletiva. Pudessem haver tais limitações, circunscrevendo a atuação da Defensoria Pública a um tipo específico de interesse, as ações coletivas da instituição ficariam incompletas, mutiladas, e as pretensões alijadas teriam de esperar outro legitimado e

confira-se ainda Antônio Herman V. Benjamin, *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico...*, cit., p. 86.

429 Elton Venturi, *Processo Civil Coletivo*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 89. No mesmo tom, as críticas de Humberto Dalla Bernardina de Pinho (*A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas...*, cit., p. 184): “a classificação dos direitos coletivos (*lato sensu*) no plano material é falha, leva a desencontros conceituais e já foi abandonada, desde o ano de 1966, pela legislação norte-americana.”

outra demanda — versando sobre os mesmos fatos e com possibilidade de resultados contraditórios —, o que seria um grande disparate. Desprezar-se-ia uma das principais vantagens das ações coletivas, que é a sua capacidade de imprimir economia e racionalização à atividade jurisdicional na sociedade de massa.⁴³⁰

Ao final desta seção, a mesma ressalva de seções anteriores. A defesa de uma legitimação ampla para a Defensoria Pública não significa o desejo de vê-la como legitimada universal, insubmissa ao seu regramento constitucional. Evidente que não. A própria “judicialização” da política e das relações sociais, muito estimulada pela jurisdição coletiva, é fenômeno que deve ser visto com cautela e temperança. Sem embargo, não se pode admitir a aposição de restrições apriorísticas e condicionamentos tortuosos à legitimidade coletiva da Defensoria, de molde a esvaziar a autorização legal respectiva. Tais limitações mostram-se ilegítimas do ponto de vista constitucional e abalam as pilastras maiores do sistema processual coletivo, a saber, a abertura, a generosidade e a busca da maior efetividade possível da tutela jurisdicional.

12. Aplicações práticas

Alcançamos o momento culminante do trabalho, o momento de experimentar concretamente as ideias nele formuladas. Dessa forma, as aplicações práticas versarão sobre funções institucionais “não tradicionais” ou “tendencialmente solidaristas”. Tais funções foram bastante incrementadas pela Lei Complementar 132/09, mas algumas já estavam presentes na versão original da Lei Complementar 80/94, sem nunca terem despertado qualquer resistência (exemplos: o exercício da curadoria especial no cível e o asseguramento da ampla defesa e do contraditório para qualquer pessoa na área penal). Aqui, entretanto, não nos interessam essas hipóteses já bem conhecidas e incontroversas.

430 Eis aí mais uma razão pela qual não se pode confinar as ações coletivas da Defensoria à defesa exclusiva de carentes. Nesse sentido, o magistério de Luiz Manoel Gomes Jr. (*Curso de Direito Processual Civil Coletivo*, cit., p. 139): “[...] Por fim, mas não menos relevante, é que poderia haver uma situação fática absolutamente esdrúxula do ponto de vista lógico: uma Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública, para a defesa de determinado direito coletivo, mas só em favor dos necessitados — lembrando da dificuldade de se delimitar o que seja realmente um necessitado para tal finalidade — e outra, movida por outro co-legitimado, para a defesa do mesmo direito, mas agora em favor dos “não necessitados”, sendo que ambas deverão ser reunidas, pela evidente conexão, com perda de tempo para todos os interessados e, em última análise, a ação será uma só.”

Melhor, para demonstrar a imperiosidade de uma visão aberta e não individualista das funções da Defensoria, é explorar hipóteses outras, ou mais polêmicas ou menos literais, até mesmo atuações jamais exercitadas.⁴³¹ É o que passaremos a fazer.

Iniciemos pela defesa de direitos ou interesses difusos, tema abordado na seção anterior. Vale mencionar, a respeito, exitosa demanda da Defensoria Pública da União na qual se pleiteou a imediata cessação das atividades — manifestamente ilegítimas, como constataram de forma exaustiva os meios de comunicação do país — desenvolvidas pelo Exército brasileiro em uma determinada favela da cidade do Rio de Janeiro, com um saldo trágico de três mortes entre os moradores da favela (jovens detidos por um grupo do Exército e entregues à sanha de uma facção criminosa de outra favela).⁴³² Só a Defensoria Pública da União arrojou-se no caso, com repercussões as mais transcendentais. Foi favorecida a comunidade local, formada majoritariamente por moradores carentes, e foi beneficiada também a nação brasileira, já que se coibiu ação nada ortodoxa de relevante instituição nacional. Ou seja, impossível se pensar em caso mais ligado a interesses difusos, o que não impediu nem um pouco ficasse evidente a legitimidade, em todos os sentidos, da iniciativa da Defensoria Pública. Só um pensamento absurdamente formalista poderia vislumbrar alguma incompatibilidade com a Constituição. Incompatível com a Constituição, isto sim, era a prática coibida pela demanda coletiva intentada, em boa hora, pela Defensoria. Trata-se pois de um exemplo cabal da imprescindibilidade da abertura institucional para ações solidaristas.

No âmbito estadual, a Defensoria Pública tem tentado ações

431 Convém salientar que as funções institucionais da Defensoria Pública estão listadas, de forma não exaustiva, no art. 4º da Lei Complementar 80/94. Essa não exaustividade, afirmada literalmente pelo próprio dispositivo legal — que utiliza a expressão “dentre outras” —, revela-se cara à meta da adequação funcional, permitindo que sejam incorporadas ao programa da Defensoria quaisquer atribuições afinadas com os desígnios da sociedade e da ordem jurídica brasileiras, mesmo que não estejam previamente enumeradas.

432 A ação civil pública, subscrita pelo defensor André Ordacgy, foi intentada em 18/06/08, tendo sido obtida medida liminar, deferida pela juíza Regina Coeli Medeiros de Carvalho Peixoto, da 18ª Vara Cível Federal do Rio de Janeiro (Proc. 2008.51.01.009581-8). A União ainda conseguiu, junto ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, uma suspensão parcial da decisão, mas tal suspensão apenas parcial serviu muito mais para reforçar a liminar. Tornada insustentável a permanência do Exército no Morro da Providência, até pela ampla divulgação da demanda, a retirada completa aconteceu pouco tempo depois.

civis públicas para impedir a cobrança de taxa de uso dos banheiros dos terminais rodoviários.⁴³³ Cuida-se de mais um ótimo exemplo de atuação inquestionável da Defensoria no terreno dos interesses difusos. De fato, mostra-se completamente indeterminável o grupo dos beneficiários, ligados exclusivamente por circunstâncias fáticas. Sem embargo, as ações miram muito particularmente as pessoas carentes, que andam de ônibus e têm dificuldades para pagar as taxas cobradas (que não costumam passar de um real). Ou seja, a Defensoria está plenamente dentro da sua missão constitucional. E os interesses são difusos.

Na área extrajudicial, vale registrar o termo de ajustamento de conduta firmado pela Defensoria Pública do Mato Grosso para garantir transporte público adequado até o presídio de Várzea Grande. Explique-se. Como o ponto final da linha de ônibus regular distava aproximadamente três quilômetros do presídio, restavam penalizados, nos dias de visita, os parentes das pessoas encarceradas, não raro idosos e crianças. Com o termo, comprometeu-se a concessionária local a fazer o transporte chegar até a porta do presídio nos dias de visita.⁴³⁴ Mais uma vez, estamos diante de iniciativa claramente favorável a interesses difusos. O grupo beneficiário mostra-se absolutamente indeterminável. Quaisquer parentes de presos, atuais e futuros, serão beneficiados, bem como os próprios servidores penitenciários, e ainda visitantes eventuais (advogados, estagiários, jornalistas). Ao mesmo tempo, ainda que abstraindo por completo de situações econômicas individuais, a Defensoria entregou-se a labor imediatamente apontado para a sua clientela preferencial. Novamente perguntamos: alguma incompatibilidade com a Constituição? Nenhuma, evidentemente. Muito pelo contrário, tratou-se de compromisso ao mesmo tempo singelo e engenhoso, extremamente positivo do ponto de vista social.

Depois das aplicações práticas vistas acima, nas quais a Defensoria Pública oficiou em nome próprio, vale constatar que também tem cabimento a expansão das funções institucionais quando a

433 Temos notícia de pelo menos duas ações intentadas em 2009 com tal objeto, uma em Aracaju (SE), junto à 18ª Vara Cível, e outra em Marília (SP), junto à 3ª Vara Cível. Fonte das informações: www.anadep.org.br.

434 O compromisso foi firmado em Várzea Grande-MT, em 25/07/07. De um lado, como compromitente, a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, representada pelos defensores Marcos Rondon Silva e André Renato Robelo Rossignolo. Do outro lado, como compromissários, o ente municipal e a União Transportes e Turismo Ltda., concessionária do serviço público de transporte coletivo urbano de Várzea Grande. Fonte das informações: www.dp.mt.gov.br.

atuação ocorrer no campo da representação, mesmo sendo individual a legitimação da pessoa representada.

Pensem primeiro em uma ação popular. Digamos que um jovem idealista, profundamente versado em matéria ambiental, pretenda ingressar com uma ação popular para conter abuso verificado no campo da sua especialidade, procurando então a Defensoria Pública. Em situação como essa, seria produtivo socialmente negar o patrocínio da Defensoria, ainda que eventualmente o jovem possua recursos para a empreitada judicial? Parece evidente que não. Como na ação popular se cuidará de interesses difusos⁴³⁵ — apesar da legitimação individual, trata-se verdadeiramente de uma demanda coletiva, à vista do objeto —, o caráter “altruístico” da iniciativa confere, de acordo com as expressões utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, “razoabilidade plena à outorga pelo Estado do patrocínio judicial gratuito”, independentemente da indagação *in concreto* da capacidade financeira do autor (ideológico). Acrescente-se que, na ação popular, a isenção de custas e de eventuais ônus sucumbenciais é deferida pelo próprio texto constitucional (art. 5º, LXXIII), em homenagem à relevância social da ação. Não bastasse, a ela se aplica, como luva, tudo o que foi dito neste artigo a respeito da “dessubjetivação” da tutela processual. Na ação popular, a identificação subjetiva das partes é tão secundária que o autor pode ser sucedido em vários momentos processuais (Lei 4.717/65, arts. 9º, 16, 19, § 2º) e o próprio réu pode bater-se pelas cores da parte adversária (Lei 4.717/65, arts. 6º, III, 17).

Raciocínio semelhante pode ser utilizado em uma ação individual, na seara consumerista por exemplo, objetivando indenização por danos morais com função de desestímulo (danos morais punitivos ou preventivo-pedagógicos), a ser destinada a uma entidade beneficente. Como se percebe, duplo é o propósito solidarista. Além da possível contribuição a uma entidade beneficente, pretende-se desestimular a conduta nociva do fornecedor, para que outros consumidores não sejam prejudicados no futuro. À vista desse duplo propósito solidarista, pergunta-se: mesmo que o autor tenha recursos, não será razoável, na situação específica, a prestação da assistência jurídica? Parece-nos mais uma vez que sim, à vista da interessante “conversão” experimentada pela demanda: apesar de nominadamente individual, ela ganha “dimensão

435 Confira-se a respeito texto clássico de José Carlos Barbosa Moreira: A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados interesses difusos, *Temas de Direito Processual: primeira série*, São Paulo, Saraiva, 1988.

coletiva” em função da sua destinação altruística.⁴³⁶

Por falar em entidade beneficente, temos aí mais um caso em que o patrocínio da Defensoria Pública se afigura bastante plausível. Deveras, se a instituição de caridade está em juízo, convém aliviá-la de quaisquer despesas, vez que o emprego de recursos na condução de uma demanda pode desfalcá-la os seus fins beneméritos. Dessa forma, nada obsta a que a Defensoria officie, se provocada, independentemente da situação financeira da entidade.⁴³⁷

No terreno da criança e do adolescente, inúmeras são as possibilidades. “Exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente”, por sinal, é atribuição que os próprios termos do art. 4º, XI, da LC 80/94 (com redação da LC 132/09) já indicam não depender da situação econômica individual da parte atendida. Demais, na Justiça da Infância e da Juventude o processo é gratuito, por expressa disposição legal (art. 141, § 2º, da Lei 8.069/90). Assim, entendemos que a necessidade exigida para a prestação de assistência judiciária gratuita (art. 141, § 1º, da Lei 8.069/90) deve ser encarada de modo abrangente, observados os reflexos dos princípios constitucionais do solidarismo e do acesso à justiça. Pense-se, por exemplo, em uma criança órfã, quase adolescente, que não tenha lar, vivendo em internato oficial. A idade é avançada para eventual adoção e a figura da criança não atrai potenciais adotantes, geralmente interessados em estampas que lembrem infantes

436 A propósito do tema, consulte-se o nosso O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo..., cit., esp. p. 110, onde incentivamos enfaticamente as chamadas “indenizações altruísticas”. Por sinal, interessante exemplo de indenização altruística foi noticiado em 20/02/09 pelo *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em demanda indenizatória movida pelo advogado Flávio de Melo Fatur, a rede de supermercados Vianense foi condenada a entregar três cestas básicas a uma determinada instituição de caridade, sob pena de multa diária. Não cumprida a obrigação, o advogado buscou a execução do valor acumulado da multa, o que foi negado em primeiro grau, sob o argumento de que não era ele o beneficiário das cestas básicas. No entanto, em sede de mandado de segurança, julgado em 12/02/09 pela Quarta Turma Recursal, relatora a juíza Eduarda Monteiro de Castro Souza Campos, foi autorizada a execução pelo advogado, tendo sido salientada a atuação altruista deste, em contraste com a atuação atentatória à dignidade da Justiça assumida pela outra parte.

437 No sentido do texto o EREsp 1.055.037, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgamento por maioria em 15/04/09: “As entidades sem fins lucrativos e beneficentes - tal como nos autos, em que se cuida de fundação mantenedora de hospital - fazem jus à concessão do benefício da justiça gratuita, sendo despicienda prévia comprovação da necessidade, porque gozam de presunção *juris tantum* de tal condição.”

dinamarqueses. Porém, chega um casal, movido pelas mais puras intenções, que se propõe a adotar a criança. Em virtude da relevância social do procedimento, temos a certeza de que a Defensoria Pública poderá atuar a favor do casal, sem que haja qualquer necessidade de indagar a sua fortuna (o casal poderá ser abastado ou não, tanto faz). Aliás, o exemplo é bastante eloquente. Aparentemente, a Defensoria estará patrocinando o casal adotante; olhar mais atento, no entanto, revela que a beneficiada maior será a criança carente.

Para ficarmos somente em um exemplo mais, tome-se demanda intentada por pessoa portadora de deficiência cujo objeto esteja especificamente relacionado com a deficiência. A ação é individual, certo. Mas eventual resultado favorável poderá abrir portas para outras pessoas portadoras de deficiência, ao menos por conta da criação de um precedente. Ou seja, temos lide que, embora individual, refere-se a problema comum a um determinado grupo e para este pode trazer benefícios, de maneira global. Dessa forma, paira sobre a causa autêntica “sombra” coletiva, conferindo à postulação contornos solidaristas. Assoma então o interesse social (razão pela qual o Ministério Público obrigatoriamente intervirá, consoante o art. 5º da Lei 7.853/89⁴³⁸). Dessa forma, novamente se afigura possível e adequada a atuação da Defensoria Pública em prol do portador de deficiência, funcionando a instituição com abstração completa da situação econômica da parte defendida.⁴³⁹

Acabamos de declinar, pois, várias hipóteses de atuações institucionais que, de acordo com a classificação aqui proposta, podem ser consideradas “não tradicionais” ou “tendencialmente solidaristas”. São apenas exemplos, podendo ser imaginadas, casuisticamente, muitas outras situações. Em todas as hipóteses expostas, a Defensoria Pública permanece fiel aos seus fins constitucionais. Consegue multiplicar, porém, a força e a profundidade da sua ação, reverenciando assim o princípio da eficiência, vinculante para toda a administração pública (art. 37 da Constituição).

438 Art. 5º da Lei 7.853/89: “O Ministério Público intervirá obrigatoriamente nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas.”

439 Tal atuação está prevista no art. 4º, XI, da LC 80/94 (com redação da LC 132/09), que prevê a seguinte função institucional: “exerce a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.”

13. Resenha final

Façamos, neste final, uma resenha das ideias principais do trabalho:

A) A Lei Complementar 132/09, que alterou inúmeros dispositivos da Lei Complementar 80/94 (a lei orgânica nacional da Defensoria Pública), consistiu em verdadeiro divisor de águas na história da instituição, elevando ainda mais a necessidade de se refletir sobre as suas atribuições.

B) Duas premissas são indispensáveis em qualquer estudo que se faça a respeito da Defensoria Pública: i) a instituição não é uma abstração desligada da trajetória histórica e cultural da nação a que deve servir; ii) muito ao contrário, ela é *instrumento* de concretização de valores relevantíssimos da ordem constitucional brasileira, devendo em consequência acompanhar a evolução desses valores. Decorre de tais premissas o imperativo de se interpretar a Defensoria e suas funções de acordo com o método instrumentalista, de enorme valia no campo processual.

C) O constituinte de 1988 foi parcimonioso em relação à Defensoria Pública, fornecendo apenas algumas “chaves” hermenêuticas. Isso aumenta a responsabilidade do legislador e do intérprete, bem como estimula uma leitura contextualizada da instituição, atenta às exigências da sociedade brasileira e do mundo contemporâneo.

D) Dentro da indispensável abordagem contextualizada da Defensoria Pública, um primeiro dado a assinalar é a centralidade da questão ambiental nos dias atuais. Tal centralidade, como não poderia ser diferente, vai influenciar profundamente o mundo jurídico. Assim como o individualismo moldou o Direito moderno, chegou a vez de a ecologia transformar o Direito do século XXI.

E) A questão ecológica vem forçar, de um modo geral, a aceitação do pensamento solidarista. Fortalece-se então o solidarismo jurídico, que já estava bem assentado no ordenamento nacional, podendo-se dizer com segurança que a nossa Constituição acolhe e enaltece o *princípio da solidariedade*.

F) Como reflexo desse solidarismo vinculante, reforçado substancialmente pelo novo paradigma trazido pela questão ambiental, assistimos à crescente *objetivação* dos institutos jurídicos. Constata-se,

de fato, que todas as faixas de interesses tuteláveis foram atingidas por algum grau de objetivação, até mesmo certos direitos individuais não homogêneos.

G) A objetivação estimulada pelo solidarismo tem como contrapartida inevitável a “dessubjetivação” do Direito, o que finda por abalar os alicerces do instituto da legitimidade processual, tradicional bastião do individualismo. Realmente, multiplicaram-se os casos em que não é tão importante a identidade subjetiva do autor, ou mesmo sua vontade, mas sim o objeto da demanda. A legitimidade entrou assim em uma fase de grandes flexibilizações, ficando claro que se trata de questão que não pode ser supervalorizada, sob pena de chegarmos a resultados os mais frustrantes. Sobretudo na seara específica dos direitos difusos, exigências rigorosas no tocante à legitimidade revelam-se completamente despropositadas.

H) Mesmo em algumas lides individuais, discussões sobre legitimidade podem mostrar-se assaz inconvenientes. Tome-se o caso sempre citado de uma criança que está com a vida em risco porque os pais não permitem, por motivos religiosos, a realização de uma transfusão de sangue. Numa situação dessas, importa saber de quem será a iniciativa da judicialização? Se a iniciativa partir da moça que faz a limpeza do quarto da criança em risco, o juiz deve abster-se de resolver o delicadíssimo impasse? Certamente que não. Aplica-se, por analogia, a regra do *habeas corpus*: sendo grave o interesse em jogo, a legitimação universaliza-se.

I) Outro dado contemporâneo a ser ressaltado é a pluralização do fenômeno da carência, passando a ser tuteladas de forma especial não só a carência econômica, mas também outras carências, inclusive a “organizacional”, muito enfatizada pelo movimento do acesso à justiça. É o que se vê na sistemática do Código de Defesa do Consumidor. A mesma compreensão ampla da carência, isenta de reducionismos, pode ser achada em várias normas constitucionais.

J) Os fatores contextuais mencionados no trabalho repercutiram de modo sensível na dinâmica de atuação da Defensoria Pública. À medida que a própria identificação subjetiva do autor de uma demanda perdeu a antiga transcendência, e ainda por cima o fenômeno da carência restou desconectado do parâmetro econômico, é evidente que em muitos casos se tornou irrelevante, no que tange à assistência jurídica, o questionamento acerca da situação econômica individual da

parte. Caiu então o dogma de que à Defensoria só caberia a defesa de direitos subjetivos de indivíduos carentes economicamente. Impôs-se o atendimento de outras necessidades que não só a financeira. Passou a ser estimulado o patrocínio de grupos e de valores objetivos da ordem jurídica. Ganharam ênfase, ainda, trabalhos de natureza preventiva, sem um destinatário determinado (como é o caso da prestação de informação jurídica a uma coletividade). Dessa forma, uma nova racionalidade tomou conta da instituição, uma racionalidade mais solidarista. Coube especialmente a dois diplomas legislativos positivar essa nova racionalidade: a Lei 11.448/07 e a Lei Complementar 132/09, a primeira carimbando a legitimidade da Defensoria para ações civis públicas e a segunda transformando a instituição, vez por todas, em uma grande agência nacional de promoção da cidadania e dos direitos humanos.

K) A Defensoria Pública deve atuar *sempre* que estejam em jogo interesses de pessoas necessitadas, mesmo que outras não necessitadas possam vir a ser beneficiadas, reflexamente. Na sociedade complexa dos nossos dias, cresce exponencialmente o número de relações que enlaçam, incindivelmente, carentes e não carentes. Em tais hipóteses, seria razoável que a Defensoria cruzasse os braços, por estar supostamente proibida de funcionar a favor de pessoas não carentes? Pessoas carentes ficariam então desassistidas pela só razão de estarem, por um azar do destino, envolvidas com outras mais afortunadas numa mesma situação litigiosa? As respostas negativas se impõem, a fim de que não seja esvaziada a cláusula constitucional da *integralidade* da assistência jurídica prestada pela Defensoria.

L) A nova racionalidade implantada no seio da Defensoria Pública tem o condão de pluralizar as funções institucionais. Pelo menos cinco tipos distintos de atribuições podem ser percebidos na realidade atual: i) atribuições ligadas à carência econômica; ii) atribuições nas quais se tem, concomitantemente, a proteção de pessoas carentes e não carentes; iii) atribuições que beneficiam de forma nominal pessoas não necessariamente carentes, repercutindo porém a favor de pessoas carentes; iv) atribuições direcionadas a sujeitos protegidos especialmente pela ordem jurídica, possuidores de outras carências que não a econômica; v) e atribuições em favor primacialmente de valores relevantes do ordenamento. Essa diversificação torna inadequada a usual classificação das atribuições institucionais em típicas e atípicas. Bem por isso, o trabalho propõe uma nova classificação — e uma nova

dicotomia — para as funções institucionais, estando de um lado as funções “tradicionais” ou “tendencialmente individualistas” e, do outro, as funções “não tradicionais” ou “tendencialmente solidaristas”.

M) Para uma análise da constitucionalidade do perfil não individualista da Defensoria Pública, temos de investigar o sentido das cláusulas constitucionais “insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV) e “necessitados” (art. 134). A alternativa é a seguinte: se estiverem os termos ligados exclusivamente ao fator econômico, a visão individualista a respeito da Defensoria agradecerá; por outro lado, se se entender que outras carências podem ser atendidas — a exemplo da “pobreza organizacional” —, é a concepção solidarista que sairá ganhando. Como se trata de cláusulas constitucionais abertas, favorece-se a interpretação contextual defendida no texto, permitindo que incida sobre a matéria, com intensidade, a força vinculante dos princípios constitucionais da solidariedade e do acesso à justiça.

N) Além dos princípios constitucionais da solidariedade e do acesso, vários outros fundamentos abonam a constitucionalidade da leitura preconizada no trabalho. Mais do que simplesmente autorizada, tal leitura é *imposta* pelo nosso sistema constitucional. Assim, não se pode pensar que o art. 134 da Constituição cogite exclusivamente da necessidade econômica. Mire-se a propósito a defesa de acusados sem advogado, na área criminal, ou a assunção da curadoria especial, no cível: são situações em que a Defensoria Pública, antes de pessoas, está defendendo valores, objetivamente. E nunca houve qualquer suspeita de inconstitucionalidade. Dessa forma, passam tranquilamente pelo crivo constitucional as normas legais que perfilham a perspectiva solidarista das funções da Defensoria. Não só. *Independentemente de norma legal expressa*, certas atribuições não tradicionais podem e devem ser autorizadas.

O) O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de referendar o quadro expansivo aqui descrito. Segundo declarou o Supremo, o art. 134 da Lei Maior representa, para a Defensoria Pública, apenas o *mínimo constitucional*, sem prejuízo da extensão — solidarista — dos seus serviços “ao patrocínio de outras atividades processuais [vale acrescentar: ou extraprocessuais] em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal.” É exatamente o perfil ditado pela Lei Complementar 132/09.

P) Relevante manifestação do perfil solidarista da Defensoria Pública é

a legitimidade para a propositura de ações civis públicas, reconhecida inicialmente pela Lei 11.448/07 e depois reforçada pela Lei Complementar 132/09. Tal legitimação confirma a *instrumentalidade* da Defensoria. Ela tem um fim precípuo, a tutela dos carentes. Já quanto aos *meios*, não há tipicidade ou limites. Atada ao dever constitucional de *eficiência*, a instituição deve *obrigatoriamente* se valer de todos os meios e técnicas, sejam quais forem, conducentes a uma tutela efetiva da sua clientela. À mesma conclusão leva a conhecida *teoria dos poderes implícitos*.

Q) Não pode haver dúvida quanto à constitucionalidade da legitimação da Defensoria Pública para ações coletivas. Violentemente inconstitucional, isto sim, seria a privação da legitimidade. Com efeito, de que instituição “essencial” (art. 134, caput) e de que assistência “integral” (art. 5º, LXXIV) estaríamos falando se a Defensoria ficasse impossibilitada de defender em juízo os direitos coletivos da sua imensa clientela? Mais grave ainda: um cerceamento tamanho, atingindo exatamente a instituição voltada para a defesa dos necessitados, teria o endosso do Estado Social instaurado pela Constituição de 1988? Evidentemente que não. Pela legislação brasileira, como se sabe, é farto o rol dos legitimados para as ações coletivas. À vista disso, e considerando que a esmagadora maioria da população é necessitada — em um país que sempre foi segregador do ponto de vista social e ainda hoje é marcado por assombrosas desigualdades —, como poderia restar sem legitimidade justamente a Defensoria?

R) A Defensoria Pública não é apenas mais um ente legitimado à propositura de ações civis públicas. Cuida-se, em verdade, de um legitimado *especial*, que, entre outras virtudes, pode valorizar como nunca se fez os interesses específicos das classes desfavorecidas, materializando dessa forma um notável mecanismo de *contrapoder*, essencial à democracia pluralista.

S) A legitimidade da Defensoria para a defesa de direitos difusos nada tem de extravagante. Muito pelo contrário, tem-se aí um terreno muito favorável à atuação institucional. Trata-se afinal de direitos altruísticos, sem dono, que não aceitam qualquer reserva de mercado, até porque não raro se acham sub-representados. E o mais importante: quem mais precisa da tutela respectiva são justamente as pessoas carentes, assistidas pela Defensoria Pública. Pudessem ser recusada a legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos difusos, estaríamos excluindo a participação dos necessitados nesses direitos *indivisíveis*, o que seria altamente discriminatório. Entre outros malefícios, a

Defensoria ficaria afastada da importante tutela inibitória coletiva, que envolve invariavelmente interesses difusos. Sem dúvida alguma, isso representaria a condenação da instituição, com reflexos diretos nos seus assistidos, a uma atuação de segunda classe, privada das vias processuais mais modernas e eficazes. Reincidiríamos na lógica formal — e amarga — da célebre “*Justice is open to all, like the Ritz Hotel!*”.

T) Além de tudo, não se pode pretender qualquer restrição de legitimidade com base no tipo dos interesses coletivos em jogo. Trata-se, com efeito, de conceitualismo anacrônico e despropositado. As categorias previstas no art. 81, par. único, do Código de Defesa do Consumidor são assaz fluidas, teórica e praticamente, e não podem servir, de maneira alguma, como pretexto para limitações ao direito de movimentar a jurisdição coletiva.

U) O entendimento contrário à legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos difusos arrima-se em premissas completamente alheias a linhas evolutivas básicas do Direito brasileiro. Na prática, esse entendimento restritivo favorece a “cultura da negativa da admissibilidade às ações coletivas” (expressão de Gregório Assagra de Almeida), extremamente nociva no Brasil, um país que continua apresentando graves carências em setores sociais básicos. Se uma extinção sem resolução do mérito é algo a lastimar até mesmo na Escandinávia, mais deprimente ainda é o encerramento prematuro de uma ação coletiva proposta em solo brasileiro.

V) Para se ter ideia das distorções a que pode levar a “cultura da negativa da admissibilidade às ações coletivas”, veja-se por exemplo o que aconteceu no Rio Grande do Sul, em importante pleito coletivo julgado procedente em primeiro grau (beneficiando milhares e milhares de consumidores gaúchos): o Ministério Público interpôs apelação — felizmente não provida — postulando a extinção do processo sem resolução do mérito, por suposta ilegitimidade ativa da Defensoria Pública!

W) A condição da legitimidade ativa, nos processos coletivos, há de ser tratada por um prisma negativo (assim como ocorre com outra condição para o regular exercício do direito de ação, a possibilidade jurídica), ou seja, a ilegitimidade somente deve ser reconhecida quando se afigurar gritante a impertinência subjetiva de uma determinada iniciativa processual. *In dubio*, a legitimidade deve ser deferida, eis aí a regra de ouro nos processos coletivos. O que importa nestes, repita-se

à exaustão, é o objeto, não o sujeito — notadamente quando estão em jogo direitos difusos.

X) A tese contrária à legitimidade da Defensoria Pública para demandas coletivas, em suma, arremete contra as pilstras maiores do sistema processual coletivo, quais sejam, a abertura, a generosidade e a busca da maior efetividade possível da tutela jurisdicional.

Y) Ao final, enunciamos várias aplicações práticas do perfil não individualista da Defensoria Pública. É a parte culminante do trabalho, demonstrando cabalmente a imprescindibilidade da abertura da Defensoria ao solidarismo. Em caráter exemplificativo, declinamos atuações concretamente exercidas: a ação da Defensoria Pública da União pleiteando — e conseguindo — a retirada das forças do Exército indevidamente postadas em uma favela carioca; as ações civis públicas que têm sido intentadas, no âmbito estadual, para impedir a cobrança de taxa de uso dos banheiros dos terminais rodoviários; e o compromisso de ajustamento de conduta promovido pela Defensoria do Mato Grosso para assegurar transporte público adequado até um presídio da cidade de Várzea Grande. Além dessas atuações concretas, formulamos outras hipóteses muito favoráveis às atribuições institucionais solidaristas, localizadas tais hipóteses em campos os mais variados: na ação popular; em demandas envolvendo as chamadas indenizações “altruísticas”; no patrocínio de entidades beneficentes; em lides versando sobre direitos de crianças e adolescentes; e finalmente em causas relativas a interesses de pessoas portadoras de deficiência. São apenas exemplos, podendo ser imaginadas, casuisticamente, muitas outras situações, até porque não é exaustivo o rol legal das funções institucionais da Defensoria (o art. 4º da LC 80/94 é expresso no sentido da não exaustividade).

Z) Enfim, o que se sustenta aqui é algo muito simples: que as funções institucionais da Defensoria Pública estejam sempre sintonizadas com os reclamos substanciais da ordem constitucional brasileira e possam sentir as influências do mundo contemporâneo. É claro que o perfil solidarista consagrado pela Lei Complementar 132/09 não diminui o importantíssimo papel da instituição na defesa individual. Tal atuação fica preservada, obviamente. A maioria dos atendimentos da Defensoria continuará sendo de natureza individual, no modelo tradicional. Isso não significa, porém, que deva ser eternamente imposta à Defensoria uma filosofia institucional individualista e anacrônica, em detrimento de atuações mais eficazes e satisfatórias socialmente. Mesmo em causas individuais, como foi visto no trabalho, a Defensoria pode privilegiar os impactos coletivos da sua atividade.

Superando o individualismo, proporcionando efetividade aos princípios constitucionais do solidarismo e do acesso à justiça, eis aí a Defensoria Pública que se deseja no Brasil do século XXI, o século de Gaia: instrumento adequado e sensível, aberto ao solo, ao tempo e ao mundo.

14. Referências Bibliográficas

ABELHA, Marcelo. *Processo Civil Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, vol. 2. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ÁVILA, Fernando Bastos de. *Solidarismo: alternativa para a globalização*. Aparecida: Santuário, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 15, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico — apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In Édis Milaré (coordenador). *Ação Civil Pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOFF, Leonardo. *Do Iceberg à Arca de Noé: o nascimento de uma ética planetária*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

BRITTO, Adriana Silva de. *A Defensoria Pública e a Tutela Coletiva: o encontro das ondas renovatórias potencializando o acesso à justiça*. Dissertação de mestrado apresentada na UERJ (orientação de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes), 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 2, tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 126, ago. 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Novas observações sobre a efetividade do processo. *Escritos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. In José Augusto Garcia de Sousa (coordenador). *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448/07*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNAZ, Daniele Regina Marchi Nagai, FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações civis públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 163, set. 2008.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CHAGAS, Rosana Navega. Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida. *Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 29, 2005.

DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 4, 3ª ed. Salvador: Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Universalizar a tutela jurisdicional. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, tomo II, 4ª ed. Revisão e atualização de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRARESI, Eurico. *Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Tradução de Maria Cristina de Cicco. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 747, janeiro de 1998.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: SRS, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 46, abr./jun. 1987.

_____. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In Édis Milaré (coordenador). *Ação Civil Pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor. *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 165, nov. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, MULLENIX, Linda. *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOVELOCK, James. *A Vingança de Gaia*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos megaconflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 164, out. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MASCARENHAS FILHO, Brenno Cruz. *A Dinâmica do Individualismo na Defensoria Pública do Rio de Janeiro*. Dissertação de mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional, PUC/RJ, 1992.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas. In José Augusto Garcia de Sousa (coordenador). *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MESSITE, Peter. Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 392, jun. 1968.

MORAES, Humberto Peña de, SILVA, José Fontenelle Teixeira da. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (organizadores). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Princípio da Vulnerabilidade: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública: Lei Complementar 80, de 12.1.1994 anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados interesses difusos. *Temas de Direito Processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *Temas de Direito Processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. In José Augusto Garcia de Sousa (coordenador). *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 131, jul./set. 1996.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Juizados Especiais Cíveis e Ações Coletivas*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 121, mar. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 37, jan./mar. 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SOARES, Fábio da Costa. Acesso do hipossuficiente à justiça. A Defensoria Pública e a tutela dos interesses coletivos. In Raphael Augusto Sofiati de Queiroz (organizador). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUSA, José Augusto Garcia de. 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*, São Paulo, nº 28, out./dez. 1998.

_____. Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado. *Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1, jul./set. 2002.

_____. Tutela da informação e vocação irradiante do Código de Defesa do Consumidor, *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 35, 2006.

_____. A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas. In José Augusto Garcia de Sousa (coordenador). *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos: uma abordagem positiva. *Revista de Processo*, nº 175, set. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

A CONDENAÇÃO COM RESERVA DE EXCEÇÕES COMO TÉCNICA DE SUMARIZAÇÃO DA TUTELA COGNITIVA

José Aurélio de Araújo⁴⁴⁰

Resumo: O presente artigo analisa a técnica da condenação com reserva de exceções, originária do processo documental do direito intermediário e do *référé provision* francês, aplicado recentemente na Itália, como técnica de prestação jurisdicional sumária apta a produzir a inversão do ônus temporal do processo mediante a concessão imediata, em cognição sumária unicamente de verossimilhança, de eficácia executiva, remetendo, ao mesmo tempo, o réu à fase posterior probatória em respeito ao seu direito ao contraditório, para que prove sua defesa de mérito. Representa alternativa ao processo ordinário ao se constituir em produto do equilíbrio entre o direito ao contraditório e a duração razoável do processo, utilizada em diversos países e inexistente no Brasil.

Palavras-chave: Condenação com reserva de exceções. Direito ao contraditório. Direito à duração razoável do processo.

Sumário: 1. Introdução. – 2. A condenação com reserva de exceções do *processus executivus* a alguns tipos existentes no direito comparado moderno. – 3. A condenação com reserva de exceções no direito brasileiro – 4. Elementos e requisitos para aplicação da técnica – 5. A técnica como produto do balanceamento entre as garantias da duração razoável do processo e do contraditório – 6. *Segue:* A garantia da celeridade ou a tutela jurisdicional tempestiva. – 7. *Segue:* O contraditório postecipado. – 8. *Segue:* O contraditório quanto ao direito à prova. – 9. *Segue:* O processo justo e a supressão da instrumentalidade. – 10. *Segue:* A impossibilidade de cognição sumária produzir coisa julgada. – 11. Conclusão. – Bibliografia.

440 Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Professor da Universidade Cândido Mendes (UCAM).

1. Introdução

Nestes tempos de reformas processuais e de busca de uma prestação jurisdicional mais célere, muitas alternativas ao processo de cognição de rito ordinário vêm sendo pensadas e implementadas nos sistemas processuais de todo o mundo através de técnicas de sumarização dos procedimentos. A tendência, em muitos sistemas, é a de tornar a utilização do processo declaratório *ordinário* meramente residual⁴⁴¹ e eventual, prevalecendo à especialização.

ANDREA PROTO PISANI⁴⁴², um dos maiores autores italianos do tema, enumera, dentre estas técnicas, o título executivo extrajudicial, o processo monitorio, a condenação com reserva de exceções e a medida cautelar desapossada de instrumentalidade. A este rol, junta-se, agora, o novo procedimento sumário, instituído pela reforma de 18 de junho de 2009, mediante a criação do artigo 702-*bis* do c.p.c. italiano.

O presente trabalho objetiva compreender, preliminarmente, a condenação com reserva de exceções, identificada com o *processus summarius executivus* medieval, com o *référé provision* francês e presente em países como a Alemanha e a Itália, desconhecida, porém, do processo civil brasileiro em vigor, mas aparentemente presente na norma do artigo 285, III, do anteprojeto do código de processo civil.

No ambiente de incertezas e múltiplas expectativas que a proximidade de alteração de toda a nossa legislação processual civil produz, talvez trazer a lume uma nova técnica alienígena aumente mais a insegurança do que auxilie no processo de qualificação do sistema. A segurança jurídica deve inspirar sempre o legislador a promover o incremento do procedimento comum antes de multiplicar a sumariedade. De qualquer forma, nos arriscamos ao debate, na certeza de que os trabalhos doutrinários devem fornecer substância de pesquisa ao legislador e à comunidade jurídica para debate e aprimoramento do sistema. Senão vejamos.

441 PISANI, Andrea Proto. *Verso la residualità del processo a cognizione piena? In studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: ed. Giappichelli. 2008. p. 699. MENCHINI, Sérgio. *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, ano LXI, n. 3, 2006, p. 869: "Il risultato che si intravede, in esito a tale percorso, è il superamento, forse definitivo, nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti, del modello tradizionale, che si fonda sulla centralità della tutela dichiarativa, del processo di cognizione e dell'accertamento con autorità di cosa giudicata."

442 PISANI, Andrea Proto. *Op. cit.*, pp. 699-707.

A condenação com reserva de exceções, também chamada de condenação ressalvada, constitui-se de um julgamento provisório, de eficácia executiva, deferido após a resposta do réu, quando o juiz observa que será provável o acolhimento da pretensão autoral e considera improváveis os argumentos da defesa. Forma-se a partir de uma cognição sumária, sem profundidade probatória total, diante, somente, das alegações das partes e das provas documentais. Em respeito ao contraditório, o processo segue, após o provimento provisório, para dar a oportunidade ao réu de provar as suas defesas, diretas ou indiretas, alegadas em contestação. A técnica pode estar inserida em um procedimento especial de cognição, autônomo, ou no procedimento ordinário.

Não se está diante de um provimento cautelar, de urgência, do *periculum in mora*, mas sumário não cautelar baseado somente no *fumus boni juris*, na verossimilhança das alegações do autor e na insubsistência da defesa do réu, podendo-se qualificá-lo como tutela de evidência⁴⁴³. A quebra do dogma medieval e iluminista da obrigatória anterioridade da cognição plena para o conseqüente provimento executivo, já, antes, propiciada pelos provimentos cautelares conservativos e satisfativos, aqui é possível através simplesmente do *fumus*, como forma de respeito ao princípio da efetividade e da duração razoável do processo, sem violar o direito do réu ao contraditório, que resta em parte para momento posterior.

O provimento origina-se não da exigência que o direito ao acesso à justiça impõe nos casos de urgência e de perigo, mas resulta da imposição da celeridade. O que se quer dizer é que o deferimento da medida executiva em cognição sumária não advém da urgência, mas da própria cognição sumária e parcial das alegações do autor e do réu. A cognição, nesta altura, vai contar com as alegações de fato e de direito de ambas as partes e com as provas documentais, o que, em muitos casos, se não é tudo, também não é pouca coisa. O fundamento da decisão será a probabilidade de julgamento de procedência da demanda.

O réu é condenado, sujeitando-se à eficácia executiva, reservando-se a cognição das suas exceções à continuidade do processo.

443 FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 317.

2. A condenação com reserva de exceções do *processus executivus* a alguns tipos existentes no direito comparado moderno

A técnica não é nova, sendo possível encontrar a condenação com *reserva de determinadas exceções* nos “Princípios” de CHIOVENDA quando o autor perquire acerca da origem do processo documental cambiário e monitório no *processus executivus* do direito intermediário⁴⁴⁴.

Processo simplificado colocado à competência de juízes especiais, destinado às ações executivas, através do qual o credor obtinha um *mandatum de solvendo* contra o devedor, expedido após *cognitio summaria* que não permitia a apresentação de todas as exceções pelo demandado em sede de oposição (*quae incontinenti probari possunt*), deixando aquelas de maior complexidade (*quae altiore requirunt indaginem*) para as vias ordinárias em cognição plena (*ad separatum iudicium*). Esta fórmula processual produzia, segundo CHIOVENDA, um “fracionamento de conhecimento”, de forma que as exceções do demandado somente eram examinadas após a sua condenação.

Observa o *maestro*, naquela passagem, que a decisão do juiz da execução, quanto às exceções trazidas pelo réu, não vinculava o juiz do processo ordinário, importando reconhecer que aquele só trata da executividade do documento, abstendo-se de qualquer função *declarativa* quanto à existência do crédito (*Probationes factae in iudicio summario non probant in plenario*).

Desta forma processual do direito medieval italiano é que vão surgir o processo de execução de título extrajudicial e a condenação com reserva de exceções.

Há referência à técnica da condenação ressalvada também quando se analisa o *référé provision* francês, previsto no artigo 806 do código daquele país⁴⁴⁵. Como veremos, o *référé* é uma forma procedimental – caracterizada, fundamentalmente, pela inexistência de provimento definitivo após o provisório –, que pode ou não conter, no seu bojo, a técnica da condenação reservada. PROTO PISANI⁴⁴⁶,

444 CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*, tomo II, tradução espanhola da 3ª edição italiana de JOSÉ CASAS Y SANTALÓ. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922, p. 794.

445 CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 39.

446 PISANI, Andrea Proto. *Op. cit.*, p. 704.

quando questiona a aplicação da técnica francesa no direito italiano, afirma que o *référé* deveria responder, no direito peninsular, ao esquema da condenação ressalvada:

“Amio avvisol’ introduzione in Italia dell’ istituto francese dovrebbe avvenire secondo lo schema dommatico della condanna con riserva di eccezioni emanabile (a termine di um processo speciale autonomo o anche in prima udienza nel processo a cognizione piena), ogni qual volta i fatti costitutivi siano non contestati o pienamente provati e le eccezioni del convenuto, oltre ad essere di lunga indagine, appaiano prima facie infondate alla stregua di un giudizio di verosimiglianza (della allegazione) o anche di probabilità ove sussistano elementi probatori.”

O traço característico do *référé provision*, nascido no final do século XIX no código de processo civil napoleônico de 1806, que surpreende a nossa tradição da instrumentalidade, como sucedeu na Itália, é justamente a independência do provimento provisório do definitivo, historicamente consequente.

A característica da instrumentalidade tornou-se a principal dentre todas para o provimento cautelar depois da célebre e fundamental obra de CALAMANDREI sobre tais provimentos⁴⁴⁷. Para o autor⁴⁴⁸, não é a provisoriedade o elemento distintivo da cautelar, mas a sua instrumentalidade, compreendida como a subserviência deste provimento ao definitivo superveniente.

Esta instrumentalidade, no entanto, foi suprimida ou mitigada pelas reformas italianas de 2003 e 2005, no provimento cautelar, em outras medidas antecipatórias não cautelares e em outros procedimentos especiais, como o possessório e o societário.

É o fenômeno da mitigação da instrumentalidade⁴⁴⁹ ou, como

447 CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Opere Giuridiche. Vol. IX. Napoli: Morano, 1983.

448 CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 175.

449 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 41.

em COMOGLIO⁴⁵⁰ acerca das reformas italianas, da instrumentalidade atenuada: “*Strumentalità c.d. attenuata senza giudizio di merito per provvedimenti anticipatori o d’urgenza.*”. Para CIPRIANI⁴⁵¹, o que se viu foi a supressão da instrumentalidade. Em GRECO⁴⁵² a expressão utilizada foi instrumentalidade mitigada. Atenuada, mitigada ou suprimida, o que se observa verdadeiramente é a dispensa da histórica superveniência do provimento final.

O procedimento sumário do direito societário, instituído pelo artigo 19 do Decreto-Lei nº 05/2003 – e surpreendentemente já abrogado pela reforma de junho de 2009 –, de competência do tribunal de primeiro grau na sua formação monocrática, permitia a rápida formação de um título executivo, mediante cognição sumária, para a solução de conflitos atinentes ao direito societário. Utilizava a tutela da evidência, imediatamente executiva, mediante uma técnica assemelhada à da condenação com reserva de exceções, de onde poderia ou não sobrevir o provimento definitivo em cognição plena. Atestaram os autores peninsulares que se tratava, então, de uma versão do *référé provision all’italiana*, pois inserida em um procedimento especial sem instrumentalidade⁴⁵³.

Esta fórmula procedimental que possibilita, após a completude

450 COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Lezioni sul processo civile, vol. I, Il processo ordinario di cognizione, e vol. II, Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 278.

451 “*Così stando le cose, non sembra sai corretto dire che con le riforme del 2003 e del 2005 la strumentalità dei provvedimenti cautelari anticipatori sia stata attenuata o allentata. In realtà, quei provvedimenti, una volta privati di quella caratteristica e resi sostanzialmente o potenzialmente autonomi rispetto al giudizio di merito, ...*” (CIPRIANI, Franco. *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*. In: *Il processo civile nello stato democratico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 69-93).

452 GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). *Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 829-843.

453 “*CAPO III. DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE. Art. 19 (Ambito di applicazione. Procedimento) 2. Disposta la comparizione delle parti e assegnato il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre 10 giorni prima dell’udienza, il giudice designato, ove ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva di condanna e dispone sulle spese ai sensi degli articoli 91 e seguenti del codice di procedura civile. L’ordinanza costituisce titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale.*”

da relação processual com a citação do réu, a rápida formação do título executivo a favor do autor, mediante a presença dos requisitos, observados pelo juiz, dos bons fundamentos autorais e da insubsistência de defesa, é exemplo de tutela de evidência na forma de procedimento com instrumentalidade suprimida.

A *ordinanza*, apesar de imediatamente executiva, por ter sido formada em cognição sumária, notadamente diante de uma instrução *desformalizzata*, não tem a aptidão de produzir coisa julgada material, em respeito à regra, ou ao dogma, de que somente a decisão formada a partir de cognição plena, exaustiva e antecipada é capaz de se tornar imutável⁴⁵⁴. A regra estava expressa no *comma 5* do referido artigo 19 do Decreto-legislativo:

“All’ordinanza non impugnata non conseguono gli effetti di cui all’articolo 2909 del codice civile.”

Esse caminho podia ser desviado da instrução sumária para a plena, quando o juiz entendesse necessária a cognição plena (artigo 19, *comma 3*) ou quando era proposto o recurso de *appello* contra a *ordinanza* executiva (artigo 20). Nestas duas hipóteses, a cognição tornava-se plena e produzia a coisa julgada material⁴⁵⁵.

Este procedimento societário, apesar de seu objetivo de acelerar a prestação jurisdicional com a entrega antecipada do título executivo, foi surpreendentemente ab-rogado pela recente reforma de 18 de junho de 2009. Na visão de BRUNO SASSANI⁴⁵⁶, tal ocorreu em virtude da

454 MENCHINI, Sergio. *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*. Disponível em http://www.judicium.org/news/ins_02_02_04/art.html. Acesso em 08 de fev. de 2010: “*Se si riflette sulla struttura del procedimento descritto dall’art. 19 e sull’efficacia del provvedimento che esso origina, ci si avvede che i punti che possono presentare una qualche problematicità sono essenzialmente due: in primo luogo, l’ordinanza è meramente esecutiva e non produce gli effetti dell’art. 2909 c.c., manca, cioè, il carattere del giudicato; in secondo luogo, il rito è sommario e, quindi, deformalizzato: i poteri delle parti, i modi e i termini per il loro esercizio non sono predeterminati dalla legge, ma sono rimessi alla discrezionalità del giudice*”.

455 FERRI, Corrado. *Lezioni sul processo civile, vol. I, Il processo ordinario di cognizione*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 275.

456 SASSANI, Bruno. *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, p. 13. Disponível em http://judicium.it/news/ins_26_05_09/sassani%20Ossevatorio%20attivit%E0%20legislativa%20e%20di%20governo.html. Acesso em 08 de fev. de

resistência da Magistratura daquele país, através da má vontade dos juizes em adotar o procedimento, e das decisões da Corte Constitucional que aniquilaram várias disposições da lei, levando o Parlamento, recém saído das eleições de 2008, a ab-rogar *in totum* o procedimento:

“Si tratta di una magistratura che ha decretato in partenza (ed ha ottenuto) la condanna capitale del processo societario, che ha snobbato e reso obsolete le ordinanze anticipatorie su cui facevano tanto affidamento i legislatori, che, pur dichiarando ad ogni pie’ sospinto la sua fedeltà alla legge, in realtà resta arbitra della vita o della morte delle singole norme del codice di rito. Se ritiene che il principio della durata ragionevole non tolleri la produzione di documenti in appello, reinterpreta di conseguenza l’art. 345; se confronta lo stesso principio con l’art. 37, ne cancella la parte che sancisce la rilevabilità dell’eccezione di giurisdizione in ogni stato e grado. Questo giudizio non risente solo delle scelte esplicite degli alti consessi giurisdizionali (che, comunque, hanno avuto un’impennata negli ultimi tempi) poiché essa discende dall’osservazione del comportamento generalizzato dei giudici civili. Comportamento – fatto di comuni scelte, propensioni, abitudini, omissioni di ogni giorno – che diventa subito norma (sia chiaro: nessuna critica agli uomini – e alle donne – in campo. L’anomalia del processo italiano è tale che induce a pensare che, al loro posto, sarebbe difficile per chiunque comportarsi diversamente).”

GIAN FRANCO RICCI⁴⁵⁷ declara a sua *perplexità* com a ab-rogação deste procedimento sumário especial. Para o autor, em pouco tempo de vigência, tal procedimento já vinha produzindo bons frutos mediante a rápida solução dos conflitos societários, constituindo-se em uma real alternativa ao “*elefântico*” rito ordinário. RICCI⁴⁵⁸ aponta

2010.

457 RICCI, Gian Franco. *La riforma del processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 2009, pp. 116-118.

458 *Ibid.*, p. 117.

que os juízes estavam a marcar a audiência *de discussão da causa* para data muito distante, impondo demora à conclusão do processo, mas que isto, em verdade, era causa de delonga que não podia ser imputada ao procedimento legal em si, mas aos próprios magistrados.

No entanto, outros exemplos de supressão da instrumentalidade sobreviveram a esta resistência e à abrogação.

Na reforma de 2005, seguinte àquela de 2003, através da alteração da norma do artigo 669-*octies*, *comma 6*⁴⁵⁹, do código de processo civil italiano pela Lei nº 80, de 14 de maio de 2005, foram mantidos os efeitos do provimento cautelar *ante causam*⁴⁶⁰ no caso de extinção do processo principal sem julgamento de mérito. É o momento de expansão da mitigação da instrumentalidade a todos os provimentos cautelares. Conforme ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA⁴⁶¹ acerca do referido parágrafo:

“En su nueva redacción, el art. 669-octies, párrafo 6º, libera del nexo de instrumentalidad a las ‘medidas de urgencia emitidas conforme al art. 700 y las otras medidas cautelares idóneas para anticipar los efectos de la sentencia de fondo, previstas por el código civil y otras en leyes especiales, así como las medidas emitidas como consecuencia de denuncia de obra nueva o daño temido conforme al art. 688.”

Apesar de mitigar a instrumentalidade, o referido artigo não utiliza a técnica da condenação com reserva de exceções ou qualquer outra tutela da evidência, pois tem o conteúdo de medida cautelar assecuratória, fundada no *periculum in mora* e no *fumus boni juris* e não somente na verossimilhança como as tutelas da evidência.

Além da supressão da instrumentalidade diretamente na cautelar,

⁴⁵⁹ “*L’estinzione del giudizio di merito non determina l’inefficacia dei provvedimenti di cui al primo comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa*”. BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Codice di Procedura Civile commentato con la giurisprudenza*. 26ª ed. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2008, p. 1942.

⁴⁶⁰ BUONCRISTIANI, Dino. *Tutela cautelare ante causam nel nuovo rito societario. Assenza di strumentalità necessaria*. Disponível em <<http://www.judicium.it>> Acesso em 15 de dez. 2008. TORRALBA, Alberto José Lafuente. *La evolución de la tutela cautelar*. R. de Processo, São Paulo, n. 156, pp. 77-103, fev. 2008.

⁴⁶¹ TORRALBA, Alberto José Lafuente. *Op. cit.*, p. 80.

a reforma de 2005 instituiu no livro II, sobre o processo de conhecimento, os artigos 186-*bis*⁴⁶² e 186-*ter*, que regulam a *ordinanza per il pagamento di somme non contestate* e a *istanza di ingiunzione*, que correspondem a uma tutela imediatamente executiva, no curso do processo⁴⁶³, podendo potencialmente se tornarem definitivas, afastando a instrumentalidade e a provisoriedade, pois seus efeitos podem sobreviver à extinção do processo. O fundamento destas *ordinanze* reside na não contestação e, portanto, na prevalência do princípio dispositivo e não na condenação reservada. Produzem executividade, mas não a evidência, formação de coisa julgada⁴⁶⁴.

Outros exemplos, em vigor, de supressão de instrumentalidade no direito italiano são os procedimentos possessórios (arts. 730 e ss. do c.p.c. italiano), a extinção da execução a seguir à sua suspensão, determinada no âmbito de sua oposição (arts. 624 e 185 do c.p.c. italiano), e o incidente de concurso de credores de um mesmo devedor.

Ainda no direito italiano, há a previsão da *condanna con riserva di eccezioni*⁴⁶⁵, por exemplo, para a exceção de compensação (artigo 35 do c.p.c. italiano) e para o processo de despejo do locatário (*procedimento per convalida di sfratto* do capítulo II do livro IV do c.p.c. italiano)⁴⁶⁶.

O locador de imóvel urbano, o arrendador de imóvel rústico ou, ainda, na relação de *locazione dell'opera*⁴⁶⁷ (arts. 657 e ss. do

462 “186 bis. *Ordinanza per il pagamento di somme non contestate. Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parte costituite (165, 167, 271). Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparazione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. L'ordinanza (134) costituisce titolo esecutivo (474) e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo (305, 306 ss.)*”. BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Codice di Procedura Civile commentato con la giurisprudenza*. 26ª ed. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2008, p. 670.

463 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50.

464 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 54.

465 COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*, vol. II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, pp. 138-139. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 49.

466 BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Op. cit.*, p. 1903.

467 Hipótese de uso e gozo do imóvel dado como pagamento ou parte do pagamento de uma prestação de serviço, normalmente em uma relação empregatícia, como na

c.p.c. italiano), quem pretender a tutela de restituição de seu bem em decorrência, e só nestas hipóteses, de extinção da relação locatícia ou por falta de pagamento dos alugueres, poderá, ao invés de utilizar o procedimento ordinário, requerer o deferimento de uma decisão (*ordinanza*) provisória em cognição sumária de imediato despejo do imóvel locado.

Diante de uma contestação do réu que proteste por provas outras que não as documentais, o juiz concede, em não subsistindo “grave motivo em contrário”, a *ordinanza di rilascio* imediatamente executiva (arts. 665 e 666 do c.p.c. italiano⁴⁶⁸), determinando o despejo, mas permitindo a continuidade do processo na sua fase instrutória para impugnação da relação locatícia perante ele mesmo ou outro juiz que seja competente para aquelas defesas.

Referindo-se ao entendimento da Corte de Cassação italiana, CORRADO FERRI afirma que a *ordinanza* tem natureza de provimento sumário não cautelar cuja eficácia executiva se protraí no tempo para além da extinção do processo.

Para EDOARDO GARBAGNATI, este provimento do artigo 665 não tem natureza condenatória, mas constitutiva com reserva de exceções⁴⁶⁹, talvez pelo efeito de resolver a relação locatícia.

É importante ressaltar que, sendo esta decisão produto de cognição sumária, este provimento, como ensina CORRADO FERRI⁴⁷⁰, é incapaz de produzir coisa julgada, reafirmando-se o paradigma de que só a cognição exaustiva pode propiciar o pleno exercício do contraditório participativo e, portanto, a coisa julgada material. O que

hipótese do porteiro de edifícios, segundo FERRI, Conrado: “... nel quale il godimento di un immobile sai il corrispettivo anche parziale di una prestazione (si pensi al lavoratore subordinato il cui datore di lavoro concede, quale voce della retribuzione o comunque corrispettivo della prestazione, il godimento di un immobile o ancora si pensi al rapporto di portierato).” COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Op. cit.*, p. 128.

468 “Art. 665 *Opposizione, provvedimenti del giudice. Se l'intimato compare e oppone eccezioni non fondate su prova scritta, il giudice, su istanza del locatore, se non sussistano gravi motivi in contrario, pronuncia ordinanza non impugnabile di rilascio, con riserva delle eccezioni del convenuto. L'ordinanza è immediatamente esecutiva, ma può essere subordinata alla prestazione di una cauzione per i danni e le spese.*” BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Op. cit.*, pp. 1921-1922.

469 GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*. 2ª ed. Milano: Ed. Giuffrè, 1949, nota 15 na p. 34.

470 COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Op. cit.*, p. 129.

terá a capacidade de adquirir a qualidade de imutável é a sentença que decide sobre as exceções reservadas, como salienta GARBAGNATI⁴⁷¹.

A doutrina italiana⁴⁷² indica a presença da técnica também em sede de processo de injunção impugnado por oposição. O artigo 648, *comma* 1º, c.p.c., prevê que o juiz instrutor poderá dar executividade ao decreto injuntivo impugnado por oposição que não possua documento escrito que comprove a inexistência do fato constitutivo ou a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do crédito, ou quando a defesa por si não seja bastante para afastar o crédito. Constituem-se os pressupostos negativos para a executividade provisória do mandado injuntivo.

Há também, no direito alemão, um procedimento especial⁴⁷³ de natureza documental (*Urkunden – und Wechselprozess*, ZPO 592), referente a documentos negociais ou cheques, muito assemelhado ao originário *processus executivus*, que concentra julgamento de mérito provisório com força executiva e julgamento definitivo após cognição exaustiva instaurada pelo réu.

O demandante credor de quantia certa promove o processo fazendo juntar tão somente os documentos, pois só estas provas são admitidas. Se for observado que **estas** não são suficientes, o autor pode desistir do processo ou o tribunal (órgão de primeiro grau) deverá extingui-lo, permitindo-se a propositura do processo através do rito ordinário. O demandado vai defender-se também através de provas documentais como suporte para suas exceções.

Caso o tribunal considere insuficientes as provas do autor ou do réu, julga imediatamente procedente ou improcedente a demanda. Se, no entanto, o réu traz defesa infundada que exija a produção de outras provas que não a documental, o tribunal prolata um julgamento provisório, concedendo ao autor a execução deste julgado e ao réu a possibilidade de produzir sua prova em procedimento posterior tal e qual um processo sob o rito ordinário, mediante esta técnica da reserva

471 GARBAGNATI, Edoardo. *Op. cit.*, nota 16 na p. 35.

472 VIGNERA, Giuseppe. *La provvisoria esecutività ex art. 648 c.p.c. quale condanna con riserva. Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, ano LXV, n. 1, 2010, pp. 69-82. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene Editore, 2006, p. 559.

473 MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German civil justice*. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004, pp. 425-427.

(... *Ausübung seiner Rechte vorzubehalten* ...) ⁴⁷⁴.

Há um provimento provisório quanto ao mérito que instaura imediata execução contra o réu, reservando a este a cognição plena posterior e provimento definitivo. Caso o réu não logre provar satisfatoriamente o alegado, o provimento provisório convola-se em definitivo. Procedente o julgamento posterior em cognição plenária, sem limitação de provas, o provimento provisório é revogado e o autor fica responsável pelos danos sofridos pelo réu em decorrência da execução.

Para os cheques, o procedimento é ainda mais concentrado, com prazos mais curtos, mas com a mesma estrutura. Interessante exemplo trazido pela doutrina ⁴⁷⁵ é o do cheque emitido em pagamento de compra de bens que tenham demonstrado defeito. Neste caso, o tribunal dá executividade ao título em provimento provisório, reservando a alegação de defeito nos produtos para seguinte procedimento em cognição exaustiva.

No código de processo civil português, foi possível identificar, até a sobrevinda do Decreto legislativo nº 329-A/95, uma espécie de condenação com reserva de exceções nos artigos 473 e 491, chamada, naquele sistema, de condenação provisória ou sentença condicional ⁴⁷⁶. Quando o réu, citado em ação declaratória de dívida, baseada em documento escrito, reconhece sua assinatura no documento (ou silencia quanto ao reconhecimento), o juiz defere, no despacho saneador, a imediata execução, passando ao posterior julgamento das defesas apresentadas pelo demandado. A execução só não ocorria no caso de o réu prestar caução, na forma do artigo 818-1 do diploma lusitano. Segundo LEBRE DE FREITAS ⁴⁷⁷, a revogação do artigo deveu-se ao alargamento das hipóteses de executoriedade “a qualquer documento particular assinado pelo devedor, com dispensa, salvo o caso de rogo, do reconhecimento de assinatura (arts. 46-c e 51).”

474 No original do ZPO 599(1) “... *Ausübung seiner Rechte vorzubehalten* ...” (MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *Op. cit.*, p. 426.)

475 MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *Op. cit.*, p. 427.

476 FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. Código de Processo Civil anotado. V. 1º. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, junho 2008, pp. 272, 331 e 688.

477 FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. *Op. cit.*, p. 272.

3. A condenação com reserva de exceções no direito brasileiro

Nosso sistema processual aparentemente não nos contempla com esta técnica. Historicamente, é possível encontrar nas notas firmadas por LIEBMAN⁴⁷⁸, quando da tradução para o português das “Instituições” de CHIOVENDA, especificamente no que diz respeito ao código de 1939, a chamada ação de assinação de dez dias como herdeira do *processus summarius executivus*. CRUZ E TUCCI⁴⁷⁹ nomeia a ação de assinação de dez dias como a origem lusitana da ação monitória.

Na legislação brasileira atual, o instituto mais aproximado é a antecipação de tutela decorrente do abuso do direito de defesa prevista no inciso II do artigo 273 do c.p.c. (“II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”) pois prescinde do requisito do perigo da demora.

Somente uma interpretação elástica é que poderia transformar uma coisa em outra: abuso de direito de defesa em razoabilidade dos fundamentos do autor e insubsistência da defesa do réu, exigidos para a condenação ressalvada.

O deferimento de antecipação pelo reconhecimento do abuso de direito de defesa aproxima-se em muito da tipificação de atos violadores da boa-fé processual⁴⁸⁰, citando a lei inclusive o ato protelatório, enquanto a condenação com ressalva representa um julgamento tangencial do mérito, em cognição parcial e sumária em vista das limitações de defesa e probatória impostas pelo momento processual.

Buscando-se na doutrina, é possível localizar em MARINONI uma interpretação que aproxima os institutos. Apesar de não fazer

478 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, p. 345.

479 Apesar do silêncio em períodos anteriores, esteve presente na história do direito luso-brasileiro, a partir das Ordenações Manoelinas e até os códigos estaduais de São Paulo e Bahia, passando pelas Ordenações Filipinas e pelo Regulamento 737, como exemplo de técnica de sumarização processual, a chamada ação de assinação de dez dias ou ação *decendiária*. CRUZ e TUCCI reproduz os termos do título 16 do livro 3 das Ordenações Manoelinas: “devem com muita razão mais brevemente ser acabadas, e para que os credores possam sem delonga cobrar o que lhe for devido, e seu pagamento não delongue com as maliciosas exceções, que os devedores muitas vezes põem ao que por escrituras públicas estão obrigados.” (CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Op. cit.*, pp. 31-34).

480 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 331.

referência à experiência estrangeira, o professor da Universidade do Paraná⁴⁸¹ constrói, a partir da antecipação de tutela com base no abuso do direito de defesa, duas técnicas que reproduzem a estrutura da condenação com reserva de exceções.

Caso o réu traga defesa infundada, quer direta de mérito (técnica monitória), quer indireta de mérito (técnica da reserva de cognição da exceção substancial infundada), o juiz deverá, com fundamento no artigo 273, II, do c.p.c., conceder o provimento executivo antecipatório remetendo o processo à fase instrutória, atendendo ao pleno exercício do direito do réu ao contraditório.

Já o anteprojeto do novo Código de Processo Civil parece pretender instituir no artigo 285, III⁴⁸², uma espécie de condenação com reserva de exceções. Se o objetivo realmente foi este, a redação escolhida não parece ter sido a adequada: disse menos do que devia. O tipo normativo exige a concorrência de dois elementos: a apresentação de prova *irrefutável* das alegações do autor e a insubsistência da defesa do réu. Esta configuração deve redundar em julgamento definitivo de mérito sem fase probatória (o atual julgamento antecipado da lide do artigo 330) e não em tutela provisória de evidência. A tutela de evidência, na forma da condenação com reserva de exceções – caso tenha sido esta, realmente, a intenção do legislador ao instituir o artigo 285, III –, é aquela na qual o provimento provisório é executivo, em razão do bem fundamentado direito do autor, mal impugnado pelo réu, que, no entanto, deve ter seu direito à prova resguardado, mediante o deferimento daquelas requeridas na sua defesa. O que caracteriza

481 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 235.

482 **Art. 285.** Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III - a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV - a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independente igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

a técnica é a bifurcação do procedimento: executivo para um lado e cognitivo probatório para o outro, em direção ao provimento final. Na forma como está, parece haver confusão com o *judgamento antecipado da lide*.

4. Elementos e requisitos para aplicação da técnica

De *lege ferenda* a técnica poderia ser inserida no código de processo civil mediante a alteração do restrito inciso II do artigo 273, ou a criação de uma nova espécie de antecipação de tutela, como realmente está no artigo 285 do anteprojeto.

Teria, de uma forma ou de outra, a natureza de decisão interlocutória agravável. A afirmativa **baseia-se** no conceito de sentença fixado com base no critério topológico e não somente de conteúdo de acordo com JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁴⁸³ e NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY⁴⁸⁴.

Não parece possível adequar a hipótese à chamada sentença parcial, aparentemente inadmissível no Brasil⁴⁸⁵, pois o conteúdo declaratório da decisão com reserva de exceções poderá ser totalmente alterado após a cognição plena quanto aos pontos já anteriormente decididos, o que a faz distinguir-se da decisão que julga um pedido deixando outro para ser apreciado depois das provas, como um

483 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A nova definição de sentença” *in* Temas de Direito Processual – Nona Série. Ed. Saraiva, 2007, pp. 167-178.

484 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 373.

485 Conforme LEONARDO GRECO: “É importante observar que a sentença parcial não encontra campo fértil no processo civil brasileiro pelas características dos nossos procedimentos, nos quais as questões de fato são todas apuradas simultaneamente numa única fase instrutória. Nunca se poderia pensar em sentença parcial sobre a paternidade numa ação de alimentos proposta pelo filho natural, deixando o juiz para instruir e decidir o pedido alimentício somente depois de resolvida a questão prejudicial, porque as provas da paternidade e do direito aos alimentos, por imposição procedimental, devem ser produzidas simultaneamente. Não pode o juiz marcar uma primeira audiência para colher as provas sobre a paternidade, decidi-la em uma sentença parcial e, em caso positivo, marcar depois disso uma nova audiência para instruir e, ao final, decidir o pedido de alimentos. Assim, com instrução única, a sentença parcial somente parece possível quando a preliminar ou prejudicial de mérito dispensar instrução probatória, como no caso de pedido incontroverso ou de questão puramente de direito, como a da prescrição.” (GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. Rio de Janeiro: 2006, inédito).

juízo parcial e antecipado de mérito. A decisão tem natureza de interlocutória provisória de mérito em cognição sumária e parcial.

Para EDOARDO GABARGNATI⁴⁸⁶, a decisão é reconhecida no direito italiano como um provimento jurisdicional declarativo da existência do direito da parte (ou vontade da lei como quer o *chiovendiano*) sujeito à condição resolutiva da eventual e sucessiva resolução meritória quanto às exceções reservadas.

Os elementos necessários para o deferimento da medida são a insubsistência das alegações do réu e os fundados argumentos da pretensão autoral, o que corresponde ao *fumus boni iuris* ou à verossimilhança, para se utilizar uma expressão do nosso legislador (art. 273, c.p.c.). O juiz analisa os fatos e o direito alegados pelo autor e pelo réu, as provas documentais produzidas na inicial e na contestação e ainda o que pode extrair do contato pessoal com as partes quando da conciliação através do princípio da *imediatez*. As alegações que venham a exigir dilação probatória delongada são reservadas para a sequência do processo.

A ressalva, portanto, é que caracterizará a cognição como sumária e parcial: o juiz analisa todas ou parte das exceções, deferindo a medida executória sem a dilação probatória plena. No ensinamento de CHIOVENDA⁴⁸⁷, esta cognição, em verdade, é *parcial* e não só sumária ao fracionar o conhecimento das alegações do réu: umas serão analisadas agora, antes da condenação, e as outras que estão a exigir maior delonga probatória, somente depois da condenação. Aplicando-se a qualificação de KAZUO WATANABE⁴⁸⁸, há, na hipótese, limitação de conhecimento de questões, cognição parcial não plena, e probatória, cognição sumária não exaustiva, pois as provas estão limitadas às documentais.

Fazendo-se um paralelo entre algumas formas de sumarização de procedimentos, é possível dizer que, enquanto a *cognitio summaria*, no processo de execução, trabalha inicialmente com a avaliação processual das condições da ação executiva, no processo injuncional documental analisa a presença dos requisitos da prova escrita *inaudita*

486 GABARGNATI, Edoardo. *Op. cit.*, pp. 34-35.

487 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, pp. 336-337 ou pp. 341-360.

488 WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Ed. Central de Publicações Jurídicas, 1999, pp. 111-121.

altera pars, e na condenação com reserva de exceções examinará as alegações das partes e as provas documentais, fazendo um julgamento de *mérito provisório* sem profundidade probatória, mas já com a presença do réu. São diferentes graus de cognição, porque diferentes os graus de contraditório, que vão da superficialidade das condições da ação executiva à profundidade do mérito, sem a plenitude da instrução, da condenação ressalvada. Como o legislador pode optar por dar força executiva a títulos extrajudiciais ou à verossimilhança somada ao perigo da demora, pode fazê-lo para esta espécie de cognição.

A regra tradicional de origem medieval é a precedência da cognição plena para a execução, podendo o legislador, como nos ensina LEONARDO GRECO⁴⁸⁹, por razões de urgência, de celeridade, de especialidade do direito material ou da especial qualidade da pessoa demandante, determinar provimentos executivos em cognição sumária. O que não é possível suprimir do demandado é a cognição plena posterior, sob pena de evidente inconstitucionalidade.

CHIOVENDA⁴⁹⁰ identifica nesta técnica a quebra do dogma da precedência da cognição plena à execução ou fracionamento da cognição:

“Com este instituto derroga-se o princípio de que o juiz deve, juntamente com a ação, conhecer de *todas* as exceções do réu, antes de emanar qualquer medida a seu cargo, e admite-se a cisão de uma ou mais exceções da ação: decide-se definitivamente sobre as exceções não reservadas e dá-se lugar à condenação do réu, ressalvando-se o direito de demonstrar fundada a exceção ou as exceções reservadas no prosseguimento do processo, e eventualmente de repetir o pagamento (*solve et repete*).”

489 GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 829.

490 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, p. 341.

Talvez a própria inspiração *iluminista* do final do século XIX, transportada para o *autonomismo* do código de 1973, na sua ansiedade científica, nos tenha afastado, no Brasil, da condenação ressalvada, ao buscar a purificação das atividades cognitivas e executivas. Este fato será reconhecido por LIEBMAN⁴⁹¹ quando das notas, na tradução para o português, da obra de CHIOVENDA, as Instituições:

“O *processus executivus* desapareceu em quase toda a parte alguns séculos mais tarde, sob a influência da prática e da legislação francesas, as quais acentuaram a separação entre a execução e a cognição e apresentaram, em consequência, terreno pouco favorável a um processo em que estas duas atividades se encontravam confusas e misturadas. Os casos que ensejavam o *processus executivus* se dividiram em dois grupos: alguns deram origem ao processo documental e cambiário, processo de cognição, seja embora incompleta (no texto número 74); outros converteram-se em títulos executórios equiparados a sentença de condenação (instrumentos públicos, na Itália, inclusive a cambial; no texto, adiante parágrafo 12).”

Enfim, na condenação ressalvada, se o juiz vê probabilidade de atendimento à pretensão autoral e se as exceções do réu exigem demorada dilação probatória (oitiva de testemunhas ou prova pericial), prolata-se a *sentença* condenatória, com a bifurcação do procedimento: execução para a satisfação do autor e instrução plena para atendimento ao direito do réu ao contraditório⁴⁹².

Outro requisito para o deferimento é a obrigatória precedência da participação do réu ante a necessidade de avaliação da subsistência das suas alegações. Não é possível, portanto, a concessão *inaudita altera pars*, como se dá no processo monitório. É a mesma exigência

491 *Ibid.*, p. 345.

492 CHIOVENDA transcreve o artigo 65 da lei cambial de 14 de dezembro de 1933, nº 1669, que reproduz a ideia exposta, *verbis*: “Se as exceções forem de demorada indagação, o juiz, a pedido do credor, deve proferir sentença provisória de condenação, com ou sem caução”. (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, pp. 348-349).

que havia para o ab-rogado procedimento societário italiano, conforme a doutrina, por exemplo, de SERGIO MENCHINI⁴⁹³:

“è un rito a contraddittorio anticipato, poichè il giudice non concede alcun provvedimento inaudita altera parte, ma ogni decisione è assunta all’udienza, soltanto dopo che sia stata disposta la comparizione delle parti e sia stato assegnato al convenuto il termine per la costituzione (art. 19, comma secondo);”

É importante destacar esta diferença de estrutura procedimental entre o processo injuncional documental e a condenação ressalvada. Apesar da origem e do fundamento comuns no processo documental, a eficácia executiva do mandado de pagamento precede e prescinde do contraditório, na esperança da formação rápida do título executivo pela contumácia do demandado. Já na condenação ressalvada, o mínimo de contraditório é exigido através da necessária participação do demandado, inclusive para análise do pedido de produção de prova demorada. Pode ocorrer, por outro lado, como se dá no artigo 748, 1º *comma*, do c.p.c. italiano, a inserção da técnica da condenação no processo injuncional, em momento posterior à apresentação da defesa pelo demandado.

A técnica pode assumir duas formas procedimentais: estar inserta em um processo de conhecimento de rito ordinário, como no caso da nossa antecipação de tutela, passando imediatamente à cognição do que foi ressalvado, ou estar inserida em um procedimento especial com mitigação da instrumentalidade, como no *référé*, facultando às partes o início da instrução do que foi reservado.

Sugestão que pode responder ao caráter pedagógico da lei sobre a cultura forense consiste em tornar obrigatória ao juiz a análise do cabimento ou não da condenação com reserva de exceções no final da audiência de procedimento sumário (artigo 277, c.p.c.) ou na decisão de saneamento do procedimento ordinário (331, par. 2º, c.p.c.), caso não seja possível a sentença antecipada de mérito.

Seria, ainda, necessário garantir a bilateralidade do direito de pleitear a medida, permitindo-se a sua concessão ao demandado, quer para seu pedido contraposto ou reconvenicional, quer mesmo para a improcedência, considerando as limitações patrimoniais que uma demanda, mesmo que temerária, produz ao réu.

493 MENCHINI, Sergio. *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*. Disponível em http://www.judicium.org/news/ins_02_02_04/art.html. Acesso em 08 de fev. de 2010.

5. A técnica como produto do balanceamento entre as garantias da duração razoável do processo e do contraditório

Em respeito ao constitucionalismo e aos direitos humanos, é necessário analisar se a técnica se adequa às garantias fundamentais do devido processo legal ou do justo processo. Para tanto, faz-se necessário, preliminarmente, identificar alguns dogmas e premissas que envolvem a aplicação da técnica, para submetê-la, então, ao balanceamento entre os princípios da duração razoável do processo e do contraditório, sempre confrontados quando se avalia a constitucionalidade de provimentos sumários.

Um dos dogmas ou paradigmas de nosso direito romano-germânico, herdado do direito medieval e iluminista⁴⁹⁴, é o da precedência da atividade cognitiva à atividade executiva. Chamada e atacada por OVÍDIO⁴⁹⁵ como sendo o paradigma da *ordinariedade*, professamos a regra de admitir a execução somente após o contraditório pleno e antecipado consagrado em um título judicial: *nulla executio sine titulo*. A norma responde à lógica⁴⁹⁶ – execução somente após a confirmação da existência do direito – e ao princípio da democracia – admissão da intervenção do Estado sobre o corpo ou o patrimônio do réu só depois de facultar-lhe toda forma de influência na decisão estatal.

No direito intermediário, esta executividade foi transferida a títulos executivos extrajudiciais: documentos que conduziam diretamente à execução sem a necessidade de sentença anterior ou, como em CHIOVENDA⁴⁹⁷, documentos equiparados para a execução

494 LIEBMAN ensina que é BARTOLO SASSOFERRATO que vai exigir o princípio da precedência da cognição a qualquer execução, como um *ritorno indietro*, tudo sob o comando judicial para verificação da legitimidade da execução: *non est incoandum ab executione* (LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1986, n. 6, p. 11). Sobre a *ordinariedade* do processo, cf. SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

495 SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

496 “Como facilmente se compreende, ordinariamente o juiz primeiro estabelece contato com a causa e seus fundamentos, entre os quais os de fato e a prova, para depois julgar. Assim é a linha geral dos processos de conhecimento (que devem terminar com uma sentença de mérito), com óbvias razões para que o conhecimento seja o natural apoio do julgamento.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 164)

497 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*, tomos I e II, tradução espanhola da 3ª edição italiana do prof. JOSÉ CASAS Y SANTALÓ.

às sentenças, ou segundo LIEBMAN, com “eficácia executiva igual à da sentença”⁴⁹⁸. São os *instrumenta guarentigiata*, documentos nos quais se entendia estar inserida a confissão do devedor, o que redundava na desnecessidade de sua oitiva antes dos atos executivos⁴⁹⁹. Assemelhavam-se a uma confissão de dívida com cláusula de aceitação da execução⁵⁰⁰.

Assim foi transferida a força das sentenças aos documentos executáveis em processo de cognição sumária, sincrético, onde se acumulam execução e cognição: o *processus sumarius executivus*, como dito acima, ancestral da nossa execução e da técnica da condenação com reserva de exceções.

O legislador, então, por vezes e por razões diversas, na maioria delas para a cobrança de créditos, resolve dar força executiva a determinados documentos particulares, enumerados em lei como tais. Esta tipologia legal, segundo DINAMARCO⁵⁰¹, é a justificativa política do título executivo, como forma de proteção à esfera jurídica dos indivíduos contra o arbítrio do Estado, respondendo ao princípio do devido processo legal: *nullus titulus sine lege*.

A cognição anterior aos atos executivos, neste caso, vai se limitar, como dito alhures, à simples identificação da presença do título executivo e de seus requisitos, observando a existência da condição interesse processual da ação executiva.

Fora destas hipóteses, o legislador só passou a admitir a execução sem cognição plena anterior, excepcionalmente, nos provimentos cautelares fundados na urgência⁵⁰², em cumprimento ao princípio do acesso à justiça no que toca a inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º,

Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922, p. 794.

498 LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1986, n. 6, p. 12.

499 GRECO, Leonardo. O processo de execução. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 30.

500 DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 58.

501 DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 458-459.

502 “Na mesma medida, encontra amparo em sede constitucional a tutela urgente não cautelar, visto que ambas são inspiradas no *princípio da tutela jurisdicional*. A garantia da ação abrange todos os mecanismos possíveis e necessários a proporcionar ao titular do direito a proteção de que precisa e a que faz jus.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 86.

incisos XXXV e LV, da Constituição). É a execução do provimento cautelar⁵⁰³, quer conservativo ou propriamente cautelar, quer satisfativo, como na ação de alimentos ou na antecipação de tutela.

Esta solução, no entanto, como preceitua LEONARDO GRECO⁵⁰⁴, deve ser excepcional, sob pena de violação do devido processo legal:

“Por isso, a tutela antecipada do artigo 273 ou a tutela específica do artigo 461 com eficácia executiva imediata, sem prévio contraditório, somente se justificam em caráter cautelar, extremados os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, sob pena de vulneração do princípio do *devido processo legal* constitucionalmente assegurado.”

O que se quer evitar é a violação desmedida e antidemocrática do patrimônio e do corpo do réu sem que ele tenha tido a oportunidade plena de participar do ato estatal que sobre ele vai recair. Nas palavras de BEDAQUE⁵⁰⁵:

“Sustenta-se, por exemplo, com grande propriedade, a existência de um poder geral, conferido ao juiz, de conceder tutelas antecipadas, a exemplo do poder geral de cautela. Isso porque todos têm direito à tutela jurisdicional adequada. E, se o direito exige tutela urgente e satisfativa, não pode o sistema processual deixar de prestá-la, pena de violação à garantia constitucional da ação.

Essa conclusão, todavia, não atenta para o fato de que a concessão de tutela satisfativa mediante cognição superficial, não exauriente, pode lesar definitivamente o direito da parte contrária, que sequer teve oportunidade de impedir a invasão de sua esfera jurídica.”

503 Sobre a cognição e a execução dos provimentos cautelares, ler CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Opere Giuridiche. Vol IX. Napoli: Morano, 1983.

504 GRECO, Leonardo. “A crise do processo de execução” *In* Estudos de direito processual. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 32.

505 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 82.

Nesta perspectiva, então, o provimento executivo em cognição sumária somente poderá derivar da exigência e presença do *periculum in mora*.

Deve-se notar, no entanto, que fora desta hipótese do provimento cautelar, satisfativo ou conservativo, o legislador prevê, principalmente a partir do movimento reformista contra o processo ordinário, provimentos sumários, provisórios e executivos com base somente no *fumus boni iuris*, sem exigir a urgência como requisito para o seu deferimento: são técnicas de sumarização da tutela cognitiva. Como exemplo disto, temos entre nós a antecipação de tutela por abuso do direito de defesa e da parte incontroversa (artigo 273, II e par. 6º, do c.p.c.), os processos sumários, o mandado de segurança, os processos documentais como o monitorio e a execução de título extrajudicial⁵⁰⁶.

Este avanço sobre o dogma da precedência da execução sobre a cognição plena e exaustiva, não recebe, como os casos das cautelares fundados na urgência, o mesmo tratamento uníssono da doutrina⁵⁰⁷. A aferição de sua constitucionalidade e respeito ao devido processo legal ou ao processo justo nem sempre resulta como positiva.

6. Segue: A garantia da celeridade ou a tutela jurisdicional tempestiva

ANDREA PROTO PISANI⁵⁰⁸ ensina que, historicamente, são criadas tutelas sumárias como forma de satisfazer algumas exigências que podem ser resumidas nas seguintes: 1) exigência de economia de juízo, evitando o custoso processo de cognição plena, 2) exigência de evitar o abuso de direito de defesa por parte do demandado, 3) exigência de efetividade da tutela toda vez que esta fique comprometida pela duração do processo de cognição plena.

506 “... àquelas prestações deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo no *mandamus* ou o direito documentado do exequente.” FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 313.

507 SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Curso de processo civil. Vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 17-21. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 164. GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 829. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 204.

508 PISANI, Andrea Proto. *I diritti e le tutele*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

LEONARDO GRECO⁵⁰⁹ identifica, no nosso ordenamento, atividade executiva autorizada pelo legislador com base, simplesmente, na celeridade sem urgência:

“A urgência também pode ser determinada por circunstâncias objetivas vinculadas à espécie de direito cuja tutela é pretendida que, pela sua relevância, merece proteção mais ágil do ordenamento jurídico. Nestes casos, o próprio ordenamento predispõe procedimentos específicos mais rápidos e utiliza a técnica das liminares antecipatórias, como ocorre com a tutela dos direitos individuais lesados ou ameaçados por autoridades públicas através do mandado de segurança, ou a tutela do direito à sobrevivência condigna através da ação de alimentos, ou da posse através das ações possessórias. Todavia, o legislador predispõe procedimentos igualmente rápidos para a tutela de outros direitos não necessariamente tão relevantes, como, por exemplo, nos chamados *juizados especiais*, mas apenas em consideração à simplicidade da sua cognição ou à sua pequena expressão econômica e aqui não é mais a urgência que dita esse tratamento especial, mas a celeridade, que com a urgência não se confunde, mas significa apenas o direito à tutela mais rápida possível, para assegurar ao direito material a maior eficácia, condicionada apenas ao respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa e às imposições de uma cognição judicial adequada.”

A condenação com reserva de exceções, como provimento sumário não cautelar, é expressão do princípio da duração razoável do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição), ao agilizar a prestação jurisdicional de conhecimento como alternativa à completude do processo de cognição.

509 GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 829.

Ademais, quando o réu requerer a produção de provas, não será o autor que irá suportar a demora do processo para o respeito ao contraditório. O autor vai atravessar a dilação probatória já com o bem da vida, absorvendo o demandado tanto o bônus como o ônus de sua opção probatória. Essa redistribuição do custo do tempo processual que a técnica propicia é instrumento real de aplicação e efetividade do princípio da duração razoável do processo ou de uma de suas faces, a celeridade.

MARINONI⁵¹⁰, ao tratar das técnicas da *reserva da cognição da exceção substancial indireta infundada* e da *monitória* (artigo 273, II, c.p.c.), já referidas acima como prováveis expressões da condenação com reserva de exceções, observa precisamente este efeito salutar da *redistribuição temporal do processo*:

“O presente item objetiva estudar técnicas que, visando distribuir de forma adequada o tempo do processo entre os litigantes, viabilizam a tutela antecipatória independentemente da alegação de perigo de dano. *Melhor explicando: as espécies de tutela antecipatória que agora interessam têm por único fim permitir a correta distribuição do tempo do processo entre as partes.* Como tal distribuição é feita a partir da premissa de que o réu não pode beneficiar-se com a demora do processo, a tutela antecipatória, nesses casos, funda-se em técnicas que consideram a evidência do direito do autor, mas têm o cuidado, evidentemente, de não comprimir o direito de defesa.

(...)

Não é devido processo legal aquele que, tendo que prosseguir para a elucidação de parte do litígio, não possui técnica capaz de viabilizar a imediata realização da parcela do direito que está pronta para definição. Ora, se o jurisdicionado tem direito ao processo justo, ele não pode esperar para ver definido um direito que está pronto para julgamento.”

510 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, pp. 234-238.

Se é possível adequar, com facilidade, a técnica da condenação com reserva de exceções ao princípio da duração razoável do processo, o mesmo não se pode dizer do contraditório.

7. *Segue: O contraditório postecipado*

As questões relativas ao confronto entre contraditório e celeridade a serem enfrentadas quanto ao tema são as mesmas que desafiam a doutrina nacional e estrangeira já **há** muito: o processo que permite atividade executiva, com intromissão no patrimônio do réu, mediante cognição sumária, em razão da celeridade sem urgência, respeita as garantias do contraditório e da ampla defesa? O contraditório postecipado, quanto às exceções ressalvadas, pode classificar um processo como sendo justo ou devido? A condenação ressalvada respeita a garantia à cognição adequada?

MICHELE TARUFFO⁵¹¹ critica a sumarização gravemente, porque, dentre outras “derrogações e exceções” às garantias constitucionais do processo justo, produz limitação de contraditório pleno. Para TARUFFO, quando os procedimentos sumarizados produzem restrição ao contraditório pleno e antecipado, afastam o processo da busca da verdade dos fatos, o **que constitui** elemento fundamental para o alcance de uma decisão qualitativamente justa. No contraditório *postecipado*, segundo o autor⁵¹², o devedor é condenado antes mesmo de ter conhecimento da existência de um processo contra ele.

Esta crítica não poderá ser imputada totalmente à condenação com reserva de exceções, porquanto o provimento executivo somente pode ocorrer após a integração da relação processual, a partir da participação do réu. A técnica permite que o réu intervenha nos autos antes do deferimento do provimento executivo e após, contra este provimento, através do recurso cabível.

O contraditório não é pleno ou antecipado, mas terá maior abrangência e substância do que qualquer medida cautelar ou provimento injuncional deferidos *inaudita altera pars* e, principalmente, de qualquer título executivo extrajudicial. Se compararmos o conteúdo

511 “Aunque no se comparta una posición tan extrema, es necesario de todas maneras reconocer que la tutela sumaria implica derogaciones y excepciones al modelo constitucional del proceso justo.” TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 279.

512 TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 280.

declarativo de um título de crédito abstrato, como de um cheque ou de um contrato (declaração de vontade das partes na origem do negócio), com o conteúdo de uma decisão prolatada após a oitiva das partes e o conhecimento de suas provas documentais (manifestação das partes perante o juiz após o desenrolar do negócio), não parece razoável, no sentido constitucional do termo, inadmitir como justa a executividade da condenação ressalvada. Em outros termos: se é legítimo ao legislador dar executividade aos títulos extrajudiciais, da mesma forma, é legítima a execução destas decisões que possuem maior carga cognitiva por parte do magistrado. Na condenação com ressalva concorre o tipo abstrato, admitido pelo legislador como hábil a produzir execução, com parte da realidade factual, observada pelo juiz naquele caso concreto.

Por outro lado, cabe refletir, em outro sítio mais aprofundado que este, se, em respeito ao princípio da legalidade, a técnica deveria ser utilizada só em hipóteses restritas, para pretensões específicas, como cobrança de crédito, por exemplo, ou se poderia ser inserida no nosso sistema numa fórmula genérica, como pretende o artigo 285 do anteprojeto do Código de Processo Civil.

8. *Segue: O contraditório quanto ao direito à prova*

De qualquer forma, é forçoso reconhecer que a técnica mantém inviolável o direito do réu, mediante o contraditório pleno posterior, de comprovar suas alegações, que, apesar de sumariamente rejeitadas, poderão ser acolhidas no provimento final definitivo após sua satisfatória influência.

Principalmente se partirmos da compreensão garantística de que os destinatários da prova são não só o juiz, mas também, ou principalmente, as partes⁵¹³. O juiz, ao deparar-se com a insubsistência da defesa do réu, poderia assumir o risco do cerceamento de defesa ao indeferir as provas e seguir diretamente para o julgamento antecipado de mérito. A condenação ressalvada resguarda o magistrado deste equívoco: ele respeitará o direito da parte à prova, permitindo a digressão probatória devida ao réu, mas inverterá o ônus temporal do processo, com a entrega do bem da vida ao autor. A técnica é, nesse sentido, precipuamente isonômica.

513 GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 108-111.

LEONARDO GRECO⁵¹⁴, após estruturar o pensamento sobre os destinatários da prova, conclui exatamente que essa conjugação, antecipação do provimento executivo e deferimento de prova, responde à celeridade:

“Nem se diga que esse novo paradigma poderá vir a prejudicar a celeridade do processo, transformando o juiz num fantoche nas mãos das partes, porque essa compreensão humanitária e tolerante da relação juiz-partes se completa com as modernas técnicas de antecipação de tutela que permitem ao julgador, já convencido do direito do autor, antecipar em seu favor os efeitos da sentença de mérito, sem prejuízo da continuidade do processo em benefício da mais ampla possibilidade conferida ao réu de demonstrar que tem razão.”

O mesmo pensamento é reproduzido mais adiante na mesma obra⁵¹⁵:

“Na verdade, a antecipação do inciso II deveria ser um instrumento de tutela da evidência, como instituída na Itália através do art. 186 *quarter* do Código daquele país, introduzida pela Lei n. 534/1995. Se o juiz tiver se convencido da procedência do pedido, mas o réu tiver requerido prova que, ainda que remotamente, tenha alguma possibilidade de modificar o seu entendimento, ele antecipará a tutela em favor do autor, mas não cerceará o direito de defesa do réu, determinando a continuidade do processo para a produção das referidas provas.”

Talvez seja esta a verdadeira razão de aplicação da técnica aqui exposta: a efetividade do direito à defesa mediante o respeito absoluto ao direito à prova. O juiz formou seu convencimento diante das provas documentais e está pronto para o julgamento meritório, **compreende na** sua perspectiva a completude da cognição, mas, em respeito ao direito probatório do réu, defere a sua prova, não sem antes dar ao autor o objeto de seu pedido.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 111.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 405.

Se instituída, então, na forma de antecipação de tutela decidida na audiência preliminar do procedimento ordinário ou na audiência do artigo 277 do c.p.c., responderá, também, à oralidade, ante a participação direta e oral do réu na audiência de conciliação.

9. Segue: O processo justo e a supressão da instrumentalidade

Aqui, também, não será possível conciliar todos os entendimentos.

Quando se pensa a técnica na forma de *référé*, de extirpação da instrumentalidade ou da eventualidade do provimento definitivo, a fórmula da condenação com reserva de exceções responde ao processo justo, segundo o entendimento do advogado italiano e professor da Universidade de Pisa, CLAUDIO CECHELLA, quando trata especificamente do *référé* francês, em trabalho acerca do ab-rogado artigo 19 do Decreto legislativo nº 05/2005: “*L’indipendenza del regime della giurisdizione per référé rispetto quello della giurisdizione di merito, come ulteriore annotazione degna di menzione, non coincide affatto con una abdicazione ai principi che oggi, nell’ordinamento italiano, diremo ‘giusto processo’ (art. 111 Cost.)*.”⁵¹⁶ Argumenta CECHELLA que, ao oportunizar e não impedir o contraditório pleno posterior, o *référé* cumpre as exigências do devido processo legal.

TARUFFO⁵¹⁷ também dirige sua crítica a estes provimentos sumários imediatamente executivos do artigo 19 do Decreto legislativo nº 05/2003, sem a necessária produção probatória plena e antecipada, único meio de alcançar a verdade dos fatos e a justiça da decisão. A crítica neste caso se adequa ao modelo da condenação ressalvada, pois também é deferida sob o fundamento da verossimilhança:

“Por la misma razón, el problema no se supera asumiendo que el pronunciamiento pueda dictarse sobre la base de una sempilena probatio, o de una valoración de mera ‘probabilidad’ de los hechos (como hace un proyecto ministerial de reforma que se discute actualmente em

516 Tradução livre do autor: “A independência do regime da jurisdição por *référé* em relação àquele da jurisdição de mérito, como característica digna de nota, não coincide de fato com uma abdicção aos princípios do que hoje, no ordenamento italiano, chamamos de ‘justo processo’ (art. 111 Const.)” CECHELLA, Claudio. *Il nuovo processo civile*. Milano: Ed. Il Sole 24 Ore, 2009, p. 108.

517 TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 281.

Italia). Además del error consistente en considerar la probabilidad como algo inferior y más genérico con respecto a la prueba plena de los hechos, confundiéndola por tanto con la mera verosimilitud, resulta que cualquier tipo de determinación que no esté en capacidad de conferir una adecuada base probatoria a un juicio pronunciamiento de mérito que incide sobre derechos y obligaciones de las partes (com o sin efectos de cosa juzgada) ”.

Se superarmos positivamente a constitucionalidade do contraditório postecipado, a fórmula do *référé* não se mostra nociva, pois deixa ao alvitre das partes a instauração posterior do contraditório, excluindo-se, evidentemente, a sua inserção no âmbito de pretensões relativas a direitos indisponíveis.

10. Segue: A impossibilidade de cognição sumária produzir coisa julgada

O que não será possível admitir é que se dê a esta decisão sem cognição plena posterior o *status* de coisa julgada material. O Estado só pode imutabilizar uma regra jurídica aplicável a um conflito de interesses se permitiu o exercício do contraditório participativo a todas as partes envolvidas, aí compreendido o direito à prova e aos recursos, inclusive os excepcionais. A coisa julgada só pode resultar de processo no qual a cognição tenha sido plena e exaustiva⁵¹⁸, ou seja, sem limitação de questões de fato e de direito, de provas ou de recursos.

Especificadamente, ANDREA PROTO PISANI caracteriza a cognição plena como aquela na qual há: a) a predeterminação legal da forma e dos prazos processuais, como **também dos** poderes, deveres e faculdades das partes e do juiz; b) a realização plena do contraditório de forma *antecipada*, quando o provimento judicial é emanado somente após ser dada toda a oportunidade às partes de fazerem valer todas as formas de defesa (probatórias, exceções, demandas reconventionais etc.); c) a aptidão de produzir coisa julgada material⁵¹⁹.

Quando o legislador entende que a medida deve ser concedida

518 Na conceituação de WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2ª ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.

519 PISANI, Andrea Proto. *I diritti e le tutele*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 179.

por imposição da celeridade ou da urgência, e que esta concessão ocorrerá mediante cognição sumária, está sabendo, da mesma forma, que este provimento não poderá adquirir a qualidade de imutável sob pena de violar as garantias constitucionais do contraditório e da coisa julgada. A não estabilização da decisão, então, é o “preço”, na expressão de TALAMINI⁵²⁰, a ser pago em troca da celeridade em cognição sumária.

11. Conclusão

Possuindo o nosso direito processual apenas um distante e histórico exemplar e encontrada atualmente apenas no direito comparado, a técnica da condenação com reserva de exceções, para ser eventualmente aplicada, deve ser submetida às advertências do mestre JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁵²¹ quanto ao que chama do mito da “supervalorização de modelos estrangeiros (ou a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha).”

Adverte BARBOSA MOREIRA que, apesar de nossa legislação possuir vários institutos originários de modelos alienígenas, a importação de modelos do direito comparado deve **atender a dois** pressupostos.

O primeiro consiste em verificar “a fundo o modo como na prática⁵²² funciona o instituto de que se cogita no país de origem”, dirigindo-se em especial diretamente às fontes reclamadas, evitando-se leituras de “segunda ou terceira mão”. A extensão do presente trabalho não possui a pretensão de exaurir todos os meandros da matéria enfrentada, mas sempre buscou se abeberar diretamente das fontes doutrinárias da origem, em suas críticas e elogios ao resultado da aplicação prática dos institutos.

O segundo pressuposto – se “a pretendida inovação é compatível com o tecido do ordenamento no qual se quer enxertá-la”

520 TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

521 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da justiça: alguns mitos” in Temas de direito processual – Oitava Série. Ed. Saraiva, 2004, pp. 7-9.

522 Quanto à aplicação prática dos institutos, foi possível localizar alguma evidência no processo documental alemão, o *Mahnverfahren*, em MURRAY e STÜRNER (*op. cit.*, p. 425). Os dados não são recentes, mas os autores informam que em 1989 aproximadamente 5% dos casos civis das cortes locais (*local courts*) e 2% dos casos das *cortes distritais* (*state district courts*) são solucionados por esta espécie de processo.

– parece atendido, na medida em que estes provimentos provisórios, executivos, que não redundam em definitivos ou em coisa julgada, seriam assimiláveis ao nosso sistema processual, notadamente diante da exigência da celeridade e principalmente na forma de antecipação de tutela.

A técnica inova ao desvincular o provimento executivo do *periculum in mora*, dando-se força ao conhecimento do conflito que o juiz obteve das alegações das partes, das provas documentais e da impressão pessoal das partes. Há na técnica um forte caráter garantístico, podendo-se afirmar que ela é produto do feliz balanceamento de duas das garantias processuais que compõem o processo “justo” ou “devido”: o contraditório e a duração razoável do processo.

O bem da vida é entregue ao autor após a fase introdutiva de alegação das partes, permitindo-se ao réu passar à fase seguinte para comprovar as suas alegações, mas, agora, *sofrendo* ele as agruras da delonga processual. Divide-se, portanto, entre autor e réu o ônus temporal do processo quando os fatos constitutivos do direito do autor mostrem-se plausíveis, e o réu não os tiver seriamente contestado. Imagina-se o demandado impulsionando rapidamente a instrução processual para poder reverter a decisão promovida em cognição sumária ou, até mesmo, convencendo-se de realizar um acordo ou de desistir dos custos da instrução, ao perder a vantagem do passar do tempo.

Valorizar a duração razoável do processo, sem desprezar o contraditório, é o que se deve sempre ter em mente nestes tempos de exacerbada valorização do princípio da celeridade através de múltiplas formas de sumarização. Aqui, mais uma vez, cabe outra advertência de BARBOSA MOREIRA⁵²³:

“Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”

523 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 5.

Referências Bibliográficas

BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Codice di Procedura Civile commentato con la giurisprudenza*. 26ª ed. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUONCRISTIANI, Dino. *Tutela cautelare ante causam nel nuovo rito societario. Assenza di strumentalità necessaria*. Disponível em <<http://www.judicium.it>>. Acesso em 15 de dez. 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Opere Giuridiche. Vol. IX. Napoli: Morano, 1983.

_____. *El procedimiento monitorio*, tradução MELENDO, Santiago Sentis. Buenos Aires: Bibliografía Argentina, 1946.

CECHELLA, Claudio. *Il nuovo processo civile*. Milano: Ed. Il Sole 24 Ore, 2009.

CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. I e II, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1943.

_____. *Principios de derecho procesal civil*, tomos I e II, tradução espanhola da 3ª edição italiana de JOSÉ CASAS Y SANTALÓ. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922.

CIPRIANI, Franco. *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*. In *Il processo civile nello stato democratico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 69-93.

COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*, vol. II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

_____. *Lezioni sul processo civile, vol. I, Il processo ordinario di cognizione*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. Ação monitória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Instituições de direito processual civil. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. Código de processo civil

- anotado. V. 1º. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, junho 2008.
- FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*. 2ª ed. Milano: Ed Giuffrè, 1949.
- GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. In Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). *Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 829-843.
- _____. O Processo de execução. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. “A crise do processo de execução” In Estudos de direito processual. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- _____. Instituições de processo civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. Instituições de processo civil. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1986.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MENCHINI, Sergio. *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, ano LXI, n. 3, 2006, pp. 869-902.
- _____. *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*. Disponível em http://www.judicium.org/news/ins_02_02_04/art.html. Acesso em 08 de fev. de 2010.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da justiça: alguns mitos” In Temas de direito processual – Oitava Série, Ed. Saraiva, 2004.
- _____. “A nova definição de sentença” in Temas de direito processual – Nona Série, Ed. Saraiva, 2007, pp. 167-178.
- MURRAY, Peter L.; STUNER, Rolf. *German civil justice*. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 373.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2006.

_____. *Verso la residualità del processo a cognizione piena? In studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: Ed. Giappichelli, 2008, pp. 699-707.

_____. *I diritti e le tutele*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

RICCI, Gian Franco. *La riforma del processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

SASSANI, Bruno. *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*. Disponível em http://judicium.it/news/ins_26_05_09/sassani%20Ossevatorio%20attivita%20legislativa%20e%20di%20governo.html. Acesso em 08 de fev. de 2010.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Curso de processo civil*. Vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madri: Marcial Pons, 2009.

TORRALBA, Alberto José Lafuente. *La evolución de la tutela cautelar*. R. de Processo, São Paulo, n. 156, pp. 77-103, fev. 2008.

VIGNERA, Giuseppe. *La provvisoria esecutività ex art. 648 c.p.c. quale condanna con riserva*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, ano LXV, n. 1, 2010, pp. 69-82.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.

**RECONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA E O PAPEL DO SISTEMA
PENAL
ANÁLISE DO PROCESSO HISTÓRICO-JURÍDICO
BRASILEIRO - I⁵²⁴**

Fauzi Hassan Choukr⁵²⁵

Resumo: o presente texto, dividido em duas partes, busca analisar o papel do sistema penal na reconstrução da democracia após o esgotamento do regime militar no Brasil (1964-1985/88). Na primeira parte a contextualização histórica resgatará aspectos históricos essenciais para compreender-se a forma como o Brasil preparou sua transição política e empregou, para tanto, o mecanismo da anistia, antecipando parte de suas heranças sociais. Na segunda parte do texto, a ser oportunamente publicada, será analisado o julgamento da ADPF 153, pelo Supremo Tribunal Federal, que enfrentou a matéria.

Palavras-chave: Reconstrução democrática ; transição; sistema penal

Sumário: Delimitação do período analisado; O primeiro período (1964-1968); O segundo período (1968-1978); O terceiro período (1978-1988); O sistema penal e a reconstrução do Estado Democrático.

1. Delimitação do período analisado

Para uma correta abordagem da situação brasileira como temática proposta⁵²⁶ é forçoso identificar o correto período que se vai focar,

524 A primeira parte deste trabalho buscará analisar o cenário brasileiro até a discussão levada a efeito junto ao Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 153 e tem origem no relatório de pesquisa mencionado ao longo do texto. A segunda parte do texto, a ser oportunamente publicada, buscará analisar os fundamentos do julgamento mencionado, bem como a conclusão alcançada. No texto ora apresentado agradeço em particular aos Drs. Evandro Fernandes de Pontes e José Antonio Siqueira de Pontes responsáveis principais pela pesquisa histórica que formaram a primeira parte do texto originalmente apresentado.

525 Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford (new College, 1996). Especializado em Direito Processual Penal pela Universidade Castilla La Mancha. Professor dos Programas de Mestrado e Doutorado da FADISP. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo (desde 1989).

526 Para maior compreensão deste ponto, veja-se o texto elaborado por Pontes, Evandro Fernandes de. & Pontes, José Antonio Siqueira de para o relatório *O papel*

vez que nossa história é permeada por largos períodos de exceção democrática, sejam eles efetivados por civis⁵²⁷ ou pelos militares. O movimento patrocinado pelos militares é o que será efetivamente analisado no presente texto. Antes, porém, faça-se uma verificação das causas imediatas do surgimento de mais este período contrário ao Estado de Direito no Brasil.

Como já afirmaram Pontes & Pontes⁵²⁸, “é imprescindível para a compreensão dos acontecimentos políticos do Brasil, o entendimento de sua condição de país em desenvolvimento e dependente do capital internacional”. Assim, prosseguem os autores, “foi no governo de JUSCELINO KUBITSCHEK (1956-60) que se observou uma grande abertura econômica às empresas estrangeiras”, o que “gerou uma transformação dos interesses políticos tradicionais, evoluindo mais claramente do clientelismo rural para o clientelismo internacional⁵²⁹”, no qual “optou-

do Direito Penal na transição dos estados autoritários para a democracia. Relatório brasileiro, sob minha coordenação, sobretudo o primeiro capítulo, donde se extraem várias passagens para atual trabalho. (Choukr, Fauzi Hassan . *O papel do Direito Penal na transição dos estados autoritários para a democracia.* Relatório brasileiro (coordenador) . Inédito no Brasil. Projeto de pesquisa do Max Plack Institute – Freiburg im Breisgau - 1999. Na Alemanha o resumo do relatório brasileiro foi publicado em Freiburg im Breisgau, pela Ed. Iuscrim, 2000. Doravante será mencionado como “Relatório”.

527 Veja-se o período de exceção que vai de 1930 a 1945 tendo como titular desse processo político Getúlio Dornelles Vargas; dentro desses quinze anos, os mais drásticos do ponto de vista de perseguição política e diminuição dos patamares democráticos são os anos de 1937 a 1945, também chamado “Estado Novo”. Existe íntima vinculação entre esse período de exceção e o seguinte, de natureza militar, cujos laços, pela complexidade que possuem, escapam de análise no presente trabalho.

528 Idem ibidem.

529 Por clientelismo deve-se entender a formação de alianças políticas orientadas por relações de dominação, geralmente com a utilização de expedientes espúrios e ocultos na obtenção de vantagens da mais variada ordem em termos políticos e econômicos. A expressão clientelismo é especialmente usada para identificar a captação do voto popular em eleições diretas nos chamados “currais eleitorais”, isto é, em localidades em que a estrutura social e econômica propiciam uma relação de dominação entre pessoas notáveis e uma determinada classe ou grupo de pessoas. Uma face do clientelismo é o “coronelismo”, fenômeno típico de localidades rurais, em que observa-se uma pressão dos proprietários de terra sobre a população direta e indiretamente envolvida na atividade econômica e subjugada ao seu poderio econômico. O controle exercido sobre o contingente populacional da localidade tinha utilidade manifesta em períodos de eleição: era só o coronel dizer que se o candidato do partido “Y” não vencesse as eleições, a população sob seu domínio (de seu “curral eleitoral”) sofreria algum tipo de privação. É temerário afirmar que esse fenômeno tenha desaparecido por completo, em virtude da grande pobreza de algumas regiões rurais do Brasil, particularmente no

se por soluções econômicas não ortodoxas, isto é, sem recorrer aos órgãos internacionais (principalmente o Fundo Monetário Internacional — FMI) para controlar o déficit público e a inflação. A imensa entrada de capitais estrangeiros no governo de KUBITSCHKE sustentava os índices comerciais, mas ao custo da crescente remessa de lucros ao exterior, o que aos poucos determinava uma situação insustentável na economia.” . Na seqüência, o então Presidente “JÂNIO DA SILVA QUADROS (1961), submeteu-se às políticas do FMI, aliviando a inflação mediante medidas econômicas recessivas absolutamente impopulares”, mas “sua inabilidade política gerou rapidamente um descontentamento geral, tendo desagradado as classes populares e a elite industrial com o insucesso de sua política econômica, e tendo deixado os militares em alerta com a estranha condecoração do então Ministro de Estado Cubano, o argentino ERNESTO “CHE” GUEVARA, com o mais alto mérito que o Governo Brasileiro pode oficialmente atribuir a personalidades, a “Ordem do Cruzeiro do Sul”, sugerindo uma aproximação do governo aos países socialistas.”

A esse quadro crítico patrocinado por Jânio se seguiu outro, tendo como baluarte o então vice-presidente JOÃO GOULART (JANGO), quem “teve a difícil missão de governar um país em recessão e agradar tanto os setores nacionalistas contrários ao alinhamento ao FMI, como os militares receosos de suas posturas políticas mais alinhadas à esquerda, além da população em geral, cada vez mais ciosa pelo aumento de salários corroídos pela inflação” e que, para tentar solucionar a grave crise econômica vivida pelo Brasil no início dos anos ’60, acabou por adotar “uma postura nacionalista e populista, praticando um discurso popular em comícios pelo país e tomando medidas sem o crivo do Congresso Nacional, via decreto, em assuntos delicados como a desapropriação de terras com vistas à reforma agrária e a nacionalização de poços de petróleo” e derivou, por parte de “os setores civis da elite conservadora, com apoio da imprensa” a “articulação de um golpe que via nos militares a solução contra JANGO.

Assim eclodiu a movimentação militar que em 31 de março de 1964 depôs o então Presidente, ocasionando sua fuga do país tendo “na manhã de 2º de abril de 1964, uma sessão extraordinária do Congresso Nacional Brasileiro declarado vaga a Presidência da República. Assumiu interinamente o presidente da Câmara dos Deputados. Mas, na realidade,

sertão nordestino, onde ainda hoje as condições de desenvolvimento social propiciam esse tipo de dominação. *Relatório*, op cit.

já se havia formado uma junta militar, o chamado “Alto Comando da Revolução”, integrado pelo general ARTHUR DA COSTA E SILVA, o almirante AUGUSTO HAMANN RADMAKER GRÜNEWALD e o Brigadeiro CORREIA DE MELLO, junta esta que assumiu a voz de comando, manifestando à nação que haveria o “retorno à democracia”.⁵³⁰ A história mostrou que não foi bem desta forma que os fatos se sucederam, e os anos que se seguiriam podem ser segmentados como a seguir se mencionará, levada em conta sua estratégia política.

1.1. O primeiro período (1964-1968)

Conforme assentado em trabalho anterior, este período “Caracterizou-se pela sedimentação e implantação do regime autoritário, seus aparatos legais e mecanismos jurídicos, com a construção de um novo sistema político-jurídico baseado nas doutrinas militares de “Segurança e Desenvolvimento””.⁵³¹

O desenvolvimento da técnica e da tecnologia da governança militar teve seu início após a superação da mera barreira legal da impossibilidade dos militares assumirem o poder, com a formação do “Comando Supremo Revolucionário”, sem qualquer previsão legal e encabeçado pelo general COSTA E SILVA, que logo tratou de aumentar seus poderes por meio de um mecanismo jurídico denominado “Ato Institucional (AI)”, tendo o primeiro tratado de auto atribuir aos militares a possibilidade de propositura de emendas constitucionais, que somente poderiam ser rejeitadas pela maioria absoluta das duas casas que compõe o Congresso Nacional e, entre outras coisas “deu competência exclusiva em matéria econômica e financeira para o Governo Federal; Retirou do Congresso Nacional a competência de decretar o Estado de Sítio; Suspendeu temporariamente a imunidade parlamentar, para realizar a “caça às bruxas” no legislativo; Suspendeu por 6 meses as garantias de vitaliciedade e estabilidade do Poder Judiciário; Excluiu o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, passando o exame judicial dos atos administrativos do Executivo a limitar-se “ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que os motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade” (art.7°); Deu poder de cassação de mandatos legislativos federais, e de suspensão de direitos políticos, que eliminava o direito ao voto, a candidaturas e de participação política formal em partidos ao Governo

530 Pontes & Pontes, op. loc. Cit.

531 Pontes & Pontes, *Relatório*, op. cit.

Federal; Continha uma extensa lista de cassações de direitos políticos, encabeçada pelo nome de JOÃO GOULART e JÂNIO DA SILVA QUADROS, bem como a aposentadoria compulsória de professores universitários, como a do atual Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO e a cassação de detentores de cargos no Poder Judiciário”⁵³²

Com esta medida o “efeito imediato do golpe militar e da sua instalação no governo, decorreu uma repressão violenta promovida pelos governos estaduais, pelos militares e pela marinha dos militantes de esquerda, com a instituição de cárceres de emergência (até mesmo o estádio do Maracanã e embarcações da Marinha foram usados no Rio de Janeiro). Foi uma verdadeira “caça aos comunistas”, com o auxílio de forças civis conservadoras organizadas. O Exército, a Marinha e a Aeronáutica mobilizaram suas forças em uma operação de guerra. Havia já um plano preconcebido para quando chegasse o momento: ruas foram fechadas, bairros inteiros revirados, com invasões a domicílio e práticas de violência indiscriminada na busca de pessoas constantes de listas de envolvidos direta ou indiretamente com o governo anterior, membros de partidos de esquerda, líderes sindicais e estudantis, intelectuais, professores e líderes de grupos católicos.”, que aconteceu sobretudo no mês de abril, logo após o golpe.”⁵³³

Um dos principais instrumentos jurídicos dessa repressão era o art. 8º do Ato Institucional, que previa a criação de inquéritos “visando à apuração da responsabilidade pela prática de crime contra o Estado ou seu patrimônio e a ordem política e social ou de Atos de guerra revolucionária”. CASTELLO BRANCO baixou então o decreto-lei nº 53.897, de 27 de abril de 1964, criando e regulamentando os Inquéritos Policial-Militares (IPM), para apuração de atos considerados subversivos pelo Estado, sendo que as “comissões de inquérito” foram instituídas em todos os escalões do governo, de modo que não houvesse funcionário público que não estivesse sob vigilância dos militares”.

A entronização dos Inquéritos Policiais Militares no seio do movimento militar tinha a lógica da punição como premissa inarredável e, quando o Poder Judiciário mostrou-se intolerante com tal prática, concedendo *habeas corpus* em vários casos, a resposta militar veio com “a exoneração de 49 juizes em 1964, demonstrando que nem mesmo o Judiciário estava imune à “operação limpeza”. Neste período, conforme Relatório anterior, “cerca de 50 mil pessoas foram detidas em

532 Idem ibidem

533 Idem ibidem.

todo o Brasil nos meses seguintes à tomada do poder. Fazia parte da estratégia inclusive tornar incalculável o número exato de presos, pois as ações eram muitas vezes secretas e rápidas o suficiente para que os eventuais recursos de *habeas corpus* nem chegassem a ser apreciados pelo Judiciário”, e mesmo a perseguição no âmago das próprias forças militares aconteceu, estimando-se que “aproximadamente 2 mil marinheiros foram presos logo após o golpe” e “cerca de 1200 militares foram expurgados das suas respectivas categorias, o que, no contexto do Ato Institucional, significava praticamente a “morte institucional” do indivíduo, que perdia todos os direitos conquistados durante a carreira, sendo que as suas famílias passavam a receber uma pensão equivalente à que receberia em caso de morte do militar. Essa humilhação representou um forte mecanismo de dissuasão entre todos os escalões militares, contribuindo para neutralizar as divergências internas.”⁵³⁴

A perseguição aos meios estudantis foi outra estratégia do movimento militar, com a invasão de universidades, sendo que “Os resultados mais notórios dessa ação militar foram a invasão da Universidade de São Paulo, com a quase total destruição da Faculdade de Filosofia; da Universidade Federal de Minas Gerais, da qual 400 professores foram expulsos; e principalmente da Universidade de Brasília, cujos padrões curriculares foram considerados subversivos e de inspiração comunista por terem sido harmonizados com ideais progressistas do governo JOÃO GOULART.”⁵³⁵ Por fim, as organizações sindicais também foram alvo da estratégia persecutória, dando-se então a prisão e tortura de líderes de trabalhadores urbanos e rurais

A repressão política que seria posteriormente intensificada com a edição do Ato Institucional nº 05 (vide tópico infra), já se fazia presente, pois entre 64 e 67 a oposição já havia promovido uma série de atentados, como forma de protesto, sem maiores ameaças para o governo e, em 67, surgiria o primeiro foco guerrilheiro ameaçador para o governo militar, tendo sido descoberto um plano de um grupo de guerrilheiros e dissolvido pelos militares antes de sua disseminação entre a população local, bem como a prática reiterada de assaltos a bancos.

Após a edição de mais três Atos Institucionais (Ais nº 02⁵³⁶,

534 *Relatório*, op. cit.

535 *Relatório*, op. cit

536 de 26 de outubro de 1965, e que previa, dentre outras medidas: o poder de emendar a Constituição por atos complementares do Executivo e o poder de baixar decretos sobre “segurança nacional”; a suspensão das eleições diretas para Presidente; a criação

03⁵³⁷ e 04) e que visavam controlar o que restara de oposição ao regime por parte das forças políticas ou judiciárias, descortinava-se o início da segunda fase do movimento militar, que seria reconhecida como particularmente drásticas aos cânones do Estado de Direito, pois tais medidas tiveram exatamente o efeito oposto, incrementando a revolta popular (particularmente a estudantil), além de expor as divisões internas nas próprias Forças Armadas.

Deste embate interno restaria a assunção ao poder da ala mais repressiva do Exército (denominada de “linha-dura”), com a eleição, em 3 de outubro de 1966, do Marechal COSTA E SILVA para a Presidência, a ser assumida em março de 1967, em flagrante oposição ideológica ao Presidente anterior (CASTELLO BRANCO) QUE desejava retorno à normalidade institucional tendo, inclusive, procurado pela Constituição de 1967, que contém um preâmbulo amplamente liberal, abrir caminho para essa retomada.

1.2. O segundo período (1968-1978)

O segundo período (1968-1978) – caracterizou-se pelo ápice do regime de exceção à democracia, quando o sistema legal já posto era largamente usado para oprimir politicamente os “inimigos do regime” e no qual se utilizou amplamente a primeira LSN imposta com o Decreto-Lei N° 314 – de 13 de março de 1967.

Ao tomar posse, em 15 de março de 1967, Costa e Silva distribuiu seus ministérios militares para os membros da linha-dura, “o que significava, ao lado da consolidação de meios mais enérgicos de ação (Lei de Segurança Nacional), a formação de um escalão de poder que saberia aproveitar os mecanismos jurídicos repressivos herdados de CASTELLO BRANCO”⁵³⁸. E todo este aparato foi empregado contra as vozes políticas de oposição que ainda restavam, bem como contra o movimento estudantil, particularmente hostil ao movimento militar que teve no movimento de 1968 ocorrido na Europa um incentivo a mais nos seus protestos, somando-se a tudo isto a insatisfação da classe trabalhadora.

de um mecanismo de extinção das cadeiras parlamentares em caso de cassação; a extinção dos partidos políticos e a criação da magistratura federal, que pretendia desviar a competência jurisdicional em assuntos federais para uma hierarquia em que seria mais fácil o controle pelo Executivo.

537 Além de suspender o sufrágio universal para os cargos do Governador de Estados e de prefeitos das Capitais, o AI-3 tinha dispositivos impugnando candidaturas de quem não fosse a favor do governo.

538 *Relatório*, op.cit.

O que adveio deste cenário foi a edição do mais drástico dos Atos Institucionais, o de nº 05, “apto a permitir a intensificação da violência oficial. Juntamente, surgiu o Ato Suplementar nº 38, que fechava o Congresso por tempo indeterminado⁵³⁹. A partir daí, o Ministério da Guerra invocou para si o controle de todo o aparato policial dos Estados, endurecendo a censura, que agora era assunto de competência militar, e proibição de qualquer crítica aos Atos Institucionais. Professores universitários foram afastados compulsoriamente de seus cargos e alterou-se a competência e a composição dos tribunais superiores, aumentando as funções dos tribunais militares. Suspendeu-se o *habeas corpus* para os crimes contra a segurança nacional, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal havia concedido liberdade a muitos presos políticos até então. Suas medidas em geral seguiam o que já havia sido imposto pelos Atos Institucionais anteriores, mas com uma diferença fundamental: não tinha prazo de vigência. Seguiram-se inúmeras cassações de parlamentares, com especial atenção aos que votaram contra o governo na questão da imunidade dos deputados visados. O poder Judiciário também não ficou incólume: em 16 de Janeiro do ano seguinte, o Presidente COSTA E SILVA, pessoalmente, em uma reunião de Ministérios, faz a entrega do ato que imporá a aposentadoria compulsória a três ministros do Supremo Tribunal Federal: EVANDRO LINS E SILVA, HERMES LIMA e VÍTOR NUNES LEAL.”⁵⁴⁰. Dele derivou diretamente o incremento do movimento de guerrilha no país, com a integração nesse cenário de membros de políticos “formais” de oposição.

Como reação, “O efeito imediato dessa “ousadia guerrilheira” pelo lado do Estado de Segurança Nacional foi a institucionalização da tortura como parte de uma insana radicalização nos modos de combate estatal às esquerdas. A tortura como modo de obtenção de informações chegou ao ponto de atingir crianças para provocar confissões de pais, que não raro em nada se relacionavam às guerrilhas urbanas. Era a consolidação de uma estratégia para intimidar toda a população a não cooperar com a oposição clandestina. A tortura ou intimidação de cidadãos sem critérios era uma forma de “propaganda” de um sistema de terror, que visava atingir a subversão ainda que ao custo da violência a inocentes.”⁵⁴¹. De forma complementar editou-se a a Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969, um vasto texto absorveu

539 O Congresso voltaria a funcionar apenas em outubro de 1969, após as eleições presidenciais daquele ano.

540 *Relatório*, op. cit.

541 *Idem ibidem*

a Constituição de 1967, suprimindo elementos liberais ainda presentes no texto original e incluindo na Constituição dispositivos do AI-5. Essa emenda era tão ampla, que passou a ser chamada de “Constituição de 1969”. O maior disparate jurídico de todos os tempos, entretanto, seria publicado posteriormente, o Decreto-lei Nº 69.534, de 11 de novembro de 1971, que autorizava o Executivo a editar decretos secretos.

Foi no governo de Enrico Garrastazu Médici que a repressão encontrou seu cume, com o pleno desenvolvimento do serviço brasileiro de informações (SNI) na prática da violência, contando com o apoio dos serviços secretos ou centros de informação do Exército (CIEX), da Marinha (CENIMAR) e da Aeronáutica (CISA) sob seu direto controle, e que tinham como função imediata o controle ideológico dos próprios integrantes das forças armadas. Instituições civis também faziam parte do aparato de informações. “O órgão civil responsável pela investigação e repressão era a Secretaria Estadual de Segurança Pública (SESP), que controlaria o DOPS e os DEOPS.⁵⁴² A força política do SNI era enorme, a tal ponto que o chefe do SNI era automaticamente sério candidato à presidência da República. Havia ainda o Departamento da Polícia Federal (DPF), responsável pela censura e repressão, em casos especiais, e o próprio aparato de segurança pública dos estados, cujas polícias militares passaram ao controle direto do governo federal, por meio do Decreto Nº 667, de 2 de julho de 1969, sendo controlada por um general do Exército.”⁵⁴³, sendo outro organismo repressivo de importância a chamada Operação Bandeirantes — OBAN. Criada no início de 1969, combinava forças policiais com oficiais militares, principalmente sob controle do II Exército – SP e foi financiada principalmente por industriais nacionais e estrangeiros⁵⁴⁴. Atuou em vários estados, mas

542 O órgão civil federal era o DOPS — Departamento de Ordem Política e Social, cujas seções locais eram os DEOPS — Departamentos Estaduais de Ordem Política e Social. Em São Paulo, ficou conhecida agência do DOPS sob o comando do delegado SÉRGIO PARANHOS FLEURY, hoje considerado um dos símbolos da repressão feita pelos civis, como denuncia o relatório *Brasil: Nunca Mais*, Petrópolis: Vozes, 1985, p.74: No caso de São Paulo, o DOPS (mais tarde DEOPS) chegou praticamente a competir com o DOI-CODI na ação repressiva, reunindo em torno do delegado Sérgio Paranhos Fleury uma equipe de investigadores que, além de torturar e matar inúmeros opositores, eram simultaneamente integrantes de um bando autodenominado “Esquadrão da Morte”. Esse “Esquadrão”, a pretexto de eliminar criminosos comuns, chegou a assassinar centenas de brasileiros, muitos dos quais não registravam qualquer tipo de antecedente criminal.

543 *Relatório*, op. cit.

544 Em *Brasil: Nunca Mais* constam como patrocinadoras da OBAN nomes de empresas como Ford e General Motors. SKIDMORE (*idem, ibidem*; p.254) indica como

principalmente em SP e RJ.

Conforme mencionado em trabalho anterior, “A repressão se fazia valer sobretudo sobre o cidadão comum, nas chamadas “operações” de busca de envolvidos com a guerrilha. Bairros inteiros eram fechados por barreiras militares e da polícia civil, casas eram invadidas na busca dos suspeitos, pois em princípio o suspeito era qualquer do povo e a regra era a prisão de quem não estivesse portando documentos. Em ocasiões consideradas especiais, esses ataques militares à população se deram de forma desmedida e sem cobertura da imprensa devido à censura”⁵⁴⁵. A tortura e a violência contra a população local de modo generalizado tornou quase impossível a subsistência dos guerrilheiros. O cerco militar, no entanto, durou mais de dois anos. Somente em 1975 o foco foi completamente massacrado, com a morte ou a prisão de todos os membros da guerrilha.

“Importante e curioso papel exerceu a Justiça Militar nesse período. Como já foi frisado, com o AI-2, a competência dos tribunais foi ampliada de modo a abranger crimes políticos contra a segurança nacional. No entanto, no dizer de OSNY DUARTE PEREIRA, o Superior Tribunal Militar, que era a instância superior para os recursos dos 21 tribunais militares inferiores, foi “*um dos tribunais que mais decepcionou o Golpe de 1964 (...), do mesmo modo que o Supremo Tribunal, (...) não produziu os objetivos pretendidos e vem se portando, em linhas gerais, como um órgão da Justiça Brasileira à altura das tradições jurídicas*”. Os dados estatísticos apontaram que entre 1965 e 1977 apenas 32% dos acusados foram condenados, demonstrando que as absolvições eram freqüentes, num número impressionante para um órgão composto de militares. Mas esse dado deve ser visto com cautela, pois esses processos eram apenas uma parte da face repressiva do Estado. Não raro os perseguidos nem eram processados, ou quando eram, não chegavam até a data da sentença vivos. Isso remete a uma distinção entre o processo dos tribunais e a “caça” ilegal do sistema, pois os militares não hesitavam em subestimar as autoridades judiciárias,

financiadores o grupo Ultragás, presidido por HENNING ALBERT BOILESEN, bem como os ex-governadores do Estado de São Paulo ligados aos militares, ABREU SODRÉ e PAULO SALIM MALUF, este, futuro candidato a Presidência por duas vezes após a *abertura* e que “considerava a OBAN um importante projeto cívico” (SKIDMORE, T.. *idem, ibidem*; p.254). SKIDMORE ainda relata que alguns dos financiadores, como BOILESEN, “tinha acesso às salas de tortura onde insultava os presos” (*idem, ibidem*; p.254 e nota 83 na mesma página da obra).*Relatório*, op. cit..

545 Relatório, op. cit

matando os réus processados. No auge da guerrilha, dificilmente tenha havido general que não tivesse envolvido ainda que indiretamente em ordens violentas ou em casos de tortura.”⁵⁴⁶

1.3. O terceiro período (1978-1988)

O terceiro período (1978-1988) – trata-se do período de encerramento do regime de exceção, com um momento de transição marcado pelo pacto político em três momentos: 1. a anistia (1979); 2. a entrega formal do poder aos civis (1985) e 3. a elaboração de uma nova constituição (1988). Desse período será enfatizado, para fins do presente texto, o primeiro momento.

Figura central nesse período, ERNESTO GEISEL governou numa situação em que as forças oposicionistas radicais que outrora ameaçaram o *status quo* estavam reduzidas a quimeras, e pode defender um movimento de “distensão política”, com a qual se procurava assegurar um afrouxamento da tensão sócio-política, e fundado na idéia de “continuidade sem imobilidade”, que significava uma continuidade do modelo econômico adotado até então, mas com uma mudança da concepção de segurança e a conseqüente transição para a democracia, com a *abertura* e a aproximação entre militares e sociedade civil, com a presença mais forte de diversos setores da elite ou do clero que passaram a pressionar o Presidente (iniciadas em 1974), que aos poucos assimilou um discurso de promover a “democratização com segurança”, com a possibilidade de organismos da sociedade civil (imprensa e OAB – Ordem dos Advogados do Brasil se insurgirem contra a ainda presente tortura)

É de suma relevância destacar que, juridicamente, a *abertura* se deu a partir de uma ampla reforma na Lei de Segurança Nacional – Lei nº 6.620, de 17.12.1978⁵⁴⁷, seguida pela Emenda Constitucional nº 11, de 31.12.1978. A esses diplomas jurídicos, seguiu-se a fundamental Lei de Anistia, de nº 6.683, aos 28 dias de Agosto de 1979, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 84.143, de 01º de Novembro de 1979, já no governo do General João Batista de Oliveira FIGUEIREDO⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ *Relatório*, op. cit.

⁵⁴⁷ Posteriormente, a Lei de Segurança Nacional editada pelo então Presidente, o General GEISEL, foi substituída por outra, a de nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983. O tema vai melhor tratado adiante, em BI.

⁵⁴⁸ Nestes dois últimos diplomas, em especial, fica bem explícita a clara razão da pergunta formulada inicialmente no questionário ao qual este relatório se destina a responder, tendo em vista que a lei citada ofertou uma possibilidade de “mútua

O quadro político-jurídico já se encontrava sedimentado num processo que alijava do discurso qualquer menção ao emprego de mecanismos jurídicos penais para lidar com as violências havidas no chamado “segundo período”, também conhecido como “anos de chumbo”. Desse terreno aplainado viria a passagem do poder aos civis em meados da década de ’80 (1985) e, posteriormente, o encerramento formal do período de exceção com a edição, em 1988, da atual Constituição da República.

2. O sistema penal e a reconstrução do Estado Democrático

De todo o cenário atrás apontado, surge em importância para a compreensão do papel do sistema penal em relação aos fatos passados o último período, dentro do qual, em 1979, deu-se a anistia “ampla, geral e irrestrita”, regulada que foi pela Lei de Anistia, que valia para todos os casos que ainda não estivessem *sub judice*, a dizer, a maioria dos feitos criminalmente puníveis, sobretudo no que tange à violência oficial produzida pelo Estado.⁵⁴⁹

Cumprir cifrar que durante o governo GEISEL, houvera uma “semi-anistia”, mas necessariamente a dada em 1979 é que se tornou o cerne de todas as questões que envolvem a punição e o perdão dos militares enquanto governo. A discussão sobre as dimensões da anistia concedida acabou sendo suplantada pela imensa projeção do ato formalmente considerado, sobretudo em face da volta de velhas figuras da política brasileira ao cenário ativo, sendo que a ampla cobertura da imprensa “com manchetes diárias nos jornais de grande circulação e matérias longas nos telejornais de maior projeção nacional, dava um ar de liberdade ao Brasil não provado desde o período anterior a

anistia”, ao contrário dos militares do Chile e da Argentina, que optaram pela “auto anistia”.

549 Lei de Anistia, de nº 6.683, aos 28 dias de Agosto de 1979, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 84.143, de 01º de Novembro de 1979, já no governo do Gal. João Batista de Oliveira FIGUEIREDO, com a seguinte redação: Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. §1º. Consideram-se conexos, para efeito desse artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política

1964. Essa empolgação tirou do foco nacional a questão da anistia extensiva aos governantes e torturadores. O deslumbramento com as surpreendentes inovações tecnológicas e a proximidade das eleições de 1982 entorpeciam as camadas mais regulares da população, que passava a saborear clima libertário após três décadas de intensa repressão e castração civil e política”⁵⁵⁰.

Neste ponto, “O movimento pró-anistia insurgiu-se contra a Lei e contra o Decreto que a regulamentou, pois tencionava que os responsáveis pelo desaparecimento de 197 presos políticos viessem a ser chamados para responder por esses atos. Mas “aqui, a oposição tocava em um nervo exposto – o medo dos militares de que uma investigação judicial algum dia tentasse fixar responsabilidades pela tortura e morte de prisioneiros”. A morte do delegado SÉRGIO PARANHOS FLEURY, passada durante a época da anistia, gerou um aceso debate na imprensa a respeito da punição dos torturadores.

Dessa maneira “se articulava a abertura pelas mãos dos militares moderados encabeçados pela figura do General GOLBERY DO COUTO E SILVA: a partir da anistia e através da conciliação. A liberalização estava, pois, fundada num *establishment* do poder autoritário, que passava a incorporar no seu modelo de política qualquer organização autônoma da sociedade civil para controlar a abertura numa arena não política, mas liberalizada⁵⁵¹. Neste sentido, “todas essas organizações se formam, declaram-se independentes do regime, proclamam seus objetivos, interesses e projetos. Mas a estrutura institucional do regime permanece inalterada. O regime tem instituições centralizadas e não-competitivas, que incorporam apenas aqueles grupos que aceitam a direção centralizada e que controlam ex post os resultados de qualquer processo político”⁵⁵². A volta e a libertação dos perseguidos estava, por dispositivo de lei, condicionada ao perdão dos crimes cometidos pelos militares. Algumas tentativas de reabrir a questão, a maioria delas por parte dos familiares das vítimas, foram frustradas, vez que a necessidade e a pressa pela abertura, vista em ambos os lados (governo/militares *versus* oposição), clamava por uma conciliação mais breve e concessiva”⁵⁵³.

550 Choukr, op.cit.

551 ADAM PRZEWORSKI. “Como e onde se bloqueiam as transições para a democracia?”, in *Dilemas da Consolidação da Democracia*, de JOSÉ ÁLVARO MOISÉS e JOSÉ A. GUILHON ALBUQUERQUE (org.) *et alli*. Rio de Janeiro: Paz&Terra, 1989; p. 26.

552 PRZEWORSKI, A.. *idem, ibidem*; p.27.

553 Choukr, op. cit.

Pelas razões expostas compreende-se porque, no caso brasileiro, não se pode cogitar no conceito de “delinqüência do Estado” como um conceito jurídico reconhecido oficialmente de modo a empregar o sistema penal como mecanismo de sanção. No sentido penal, não haveria de existir criminosos, tampouco vítimas de crimes. Isto muda toda a forma política, social e jurídica do enfrentamento da matéria e, como efeito colateral, perpetua as violências institucionais e estabelece o silêncio como sinônimo de paz. Eventualmente, como se verá, volta-se ao tema de forma até a descontextualizá-lo, mas apenas pela via civil.

Uma vez que não se poderia falar em sanções penais e seus custos, dever-se-ia enfatizar a existência de medidas extrapenais compensatórias, as quais foram timidamente utilizadas durante o regime militar, empregando-se ações civis de indenização em face da União, cabendo à Justiça Federal o processamento e julgamento de tais processos.

Durante o auge do período militar o processo mais rumoroso foi o ajuizado pela família de Vladimir Herzog, jornalista, morto nas dependências do DOI/CODI em 25 de outubro de 1975, um dia após ter sido intimado a comparecer àquelas dependências policiais para “prestar esclarecimentos” (sic). As agências oficiais sustentavam que o jornalista havia se suicidado.

A ação civil tramitou em São Paulo, onde o crime aconteceu, e foi julgado pelo Juiz Federal Márcio José de Moraes, que condenou a União a pagar indenização por danos materiais e morais à família da vítima. A sentença, extensa e profunda em sua análise, desmascarou a violência praticada, determinando, inclusive, a extração de cópias de todo o processo e seu encaminhamento ao Ministério Público local para apuração dos fatos pelo ângulo criminal.⁵⁵⁴

Após o restabelecimento formal da democracia, já no primeiro governo do atual presidente Fernando Henrique Cardoso, e como parte do Programa Nacional de Direitos Humanos, foi editada a Lei *Nº 9.140, De 04 De Dezembro De 1995*, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. (art. 1º)

554 A íntegra da sentença pode ser lida em Ferreira, Wolgran Junqueira. *“A Tortura - sua história e seus aspectos jurídicos na Constituição”* – Julex, Campinas, 1991, páginas 185-234.

Na mencionada Lei são reconhecidas como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas relacionadas no tópico A III do presente trabalho, por terem participado, ou terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícias, sendo que a aplicação das disposições desta Lei e todos os seus efeitos orientar-se-ão pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional, expresso na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 - Lei de Anistia. (art. 2º)

A legislação mencionada, no seu artigo 3º, confere ao cônjuge, o companheiro ou a companheira, descendente, ascendente, ou colateral até quarto grau, das pessoas nominadas na lista referida na art. 1º, comprovando essa condição, poderão requerer a oficial de registro civil das pessoas naturais de seu domicílio a lavratura do assento de óbito.

Para comprovação da qualidade de detentor do direito previsto na Lei em questão, pelo artigo 4º foi criada uma Comissão Especial que tem as seguintes atribuições: I - proceder ao reconhecimento de pessoas: desaparecidas, não relacionadas na Lei; que, por terem participado, ou por terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, tenham falecido, por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas; II - emvidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados; e III - emitir parecer sobre requerimentos relativos à indenização que venham a ser formulados pelas pessoas mencionadas no art. 10 desta Lei.

Tal Comissão Especial é composta por sete membros, de livre escolha e designação do Presidente da República que indicará, dentre eles, quem irá presidi-la, com voto de qualidade, sendo que dos sete membros da Comissão, quatro serão escolhidos dentre os membros da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados; dentre as pessoas com vínculo com os familiares das pessoas referidas na Lei; III - dentre os membros do Ministério Público Federal; e IV - dentre os integrantes das Forças Armadas.

A Comissão Especial poderá ser assessorada por funcionários públicos federais, designados pelo Presidente da República, podendo, ainda, solicitar o auxílio das Secretarias de Justiça dos Estados, mediante

convênio com o Ministério da Justiça, se necessário e funcionará junto ao Ministério da Justiça, que lhe dará o apoio necessário.

Para fins de reconhecimento de pessoas desaparecidas não relacionadas, os requerimentos por qualquer das pessoas mencionadas no art. 3º, serão apresentados perante a Comissão Especial, no prazo de cento e vinte dias, contado a partir da data da publicação desta Lei, e serão instruídos com informações e documentos que possam comprovar a pretensão. Os deferimentos, pela Comissão Especial, dos pedidos de reconhecimento de pessoas não mencionadas instruirão os pedidos de assento de óbito de que trata o art. 3º, contando o prazo de cento e vinte dias, a partir da ciência da decisão de deferimento.

A Comissão Especial, no prazo de cento e vinte dias de sua instalação, mediante solicitação expressa de qualquer das pessoas mencionadas, e concluindo pela existência de indícios suficientes, poderá diligenciar no sentido da localização dos restos mortais do desaparecido.

Para os fins previstos nos arts. 4º e 7º, a Comissão Especial poderá solicitar: I - documento de qualquer órgão público; II - a realização de perícias; III - a colaboração das testemunhas; e IV - a intermediação do Ministério das Relações Exteriores para a obtenção de informações junto a governos e a entidades estrangeiras.

Segundo o art. 10º, a indenização prevista nesta Lei é deferida às pessoas abaixo indicadas, na seguinte ordem: I - ao cônjuge; II - ao companheiro ou companheira, definidos pela Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994; III - aos descendentes; IV - aos ascendentes; V - aos colaterais, até o quarto grau, mas havendo acordo entre as pessoas nominadas, a indenização poderá ser requerida independentemente da ordem nela prevista.

Posteriormente, e de forma mais abrangente, o Governo Federal editou norma de caráter excepcional para analisar os casos de pessoas que perderam seus direitos por motivos políticos desde 1946 e a elas indenizar em pecúnia o cerceamento sofrido⁵⁵⁵.

555 Na locução oficial do Governo Federal, por meio do Ministério da Justiça, a seguinte exposição : “A COMISSÃO DE ANISTIA, instalada pelo Ministro da Justiça, *José Gregori*, no dia 28 de agosto de 2001, já está funcionando a todo vapor. Criada pela Medida Provisória n.º 2.151, a Comissão está analisando os pedidos de indenização formulados pelas pessoas que foram impedidas de exercer atividades econômicas por motivação exclusivamente política desde 18 de setembro de 1946 até cinco de

O processo de transição política somente foi possível a partir do momento em que a Lei de Anistia desconsiderou a aplicação da via penal como empregada no tratamento dos fatos acontecidos no âmbito do regime militar a partir do momento de sua edição, deixando residualmente os poucos casos então existentes de persecução oficial para serem resolvidos na esfera civil. Instigar o funcionamento da máquina judicial penal para análise dos crimes ocorridos seria inviabilizar o processo de superação do regime militar, não havendo condições políticas à época para que houvesse uma estrita apuração dos crimes e a devolução do poder à sociedade civil.

As conseqüências são impressionantes para a sociedade brasileira. Este processo de transição sedimentou culturas sociais intimamente ligadas à violência institucional em praticamente todos os setores da sociedade brasileira. Estritamente no plano judiciário penal conceitos e práticas vividos no seio do regime de exceção são vivenciados ainda hoje. Um bom exemplo disto é a importância crucial que se dá pela doutrina e pela jurisprudência à investigação criminal em detrimento do exercício da ação penal. Os repertórios jurisprudenciais e a dogmática processual estão permeadas de exemplos nesse sentido e ainda hoje a incrementação da atividade policial basicamente sem controle e auto-suficiente é refletida na produção legislativa. Tais circunstâncias, ainda que presentes em outras sociedades, são particularmente nefastas na brasileira, que ainda não experimentou largos momentos de democracia, e que vê na cultura policial a verdadeira razão de ser da jurisdição penal.

Exposta a situação fática criada pela última experiência de governo fora dos padrões democráticos e o tratamento conferido às violências institucionais praticadas, cumpre verificar como o respeito à dignidade da pessoa humana, estampada no discurso da proteção aos direitos fundamentais aparece no cenário social brasileiro contemporâneo e de que forma ele é encampado pelos vários segmentos políticos.

outubro de 1988. A COMISSÃO DA ANISTIA recebe o apoio administrativo da SECRETARIA DE ESTADO DE DIREITOS HUMANOS, chefiada pelo Embaixador Gilberto Vergne Sabóia. Estima-se que serão apresentados à Comissão cerca de 40 mil requerimentos. Todos serão apreciados pela COMISSÃO DE ANISTIA, para, em seguida, serem submetidos à decisão final do MINISTRO DA JUSTIÇA. A anistia está prevista no art. 8º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988. A reparação econômica, segundo a Medida Provisória 2.151, poderá ser concedida em prestação única de até 100 mil reais, ou prestação mensal até o teto da remuneração do servidor público federal.” (in www.mj.gov.br).

Do ponto de vista do discurso oficial em curso, a proteção dos direitos fundamentais é de essencial importância retórica para a legitimação do sistema. No entanto, como lucidamente afirmado, “As duas décadas de ditadura militar continuam a pesar bastante sobre o funcionamento do Estado como sobre as mentalidades coletivas, o que faz com que o conjunto das classes sociais tendam a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à bandidagem. De maneira que, além da marginalidade urbana, a violência no Brasil encontra uma segunda raiz em uma cultura política que permanece profundamente marcada pelo selo do autoritarismo.”⁵⁵⁶

Esta face do discurso dos direitos fundamentais, como algo “protetivo à criminalidade” é, inegavelmente, a predominante no desempenho das funções públicas no Brasil ligadas ao tema da segurança pública. Ela pode ser dramaticamente mensurada pelos altíssimos índices de violências institucionais que suportamos, acentuados que estão, paradoxalmente, após a reconstitucionalização formal de 1988.

Com efeito, essa violência do Estado caracteriza-se por algumas manifestações que são, de um lado, a violência na realização de investigações criminais⁵⁵⁷ e da execução penal. Aqui fica claro o fenômeno da tortura e o alto grau de conformação social a ela amoldada. Neste ponto o caso brasileiro é verdadeiramente alarmante⁵⁵⁸. Embora exista um movimento que tem como ponto de partida o reconhecimento oficial do problema, no sentido (retórico?) de sua eliminação ou diminuição⁵⁵⁹, quando se afirma que “*Infelizmente é comum a prática*

556 WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2.001, p. 10.

557 *Polícia responde por 70% dos casos de tortura no Brasil (OESP Por Célia Froufe, 12.04.2001) São Paulo* - A Polícia Civil é responsável por 70% dos casos de tortura registrados pela Ouvidoria das Polícias Civil e Militar no Estado de São Paulo. Este levantamento foi anexado ao Relatório sobre a Tortura no Brasil, produzido pela Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e apresentado simultaneamente nesta quarta-feira em Genebra (Suíça), Rio de Janeiro, Recife, Belém e na Assembléia Legislativa de São Paulo. O anexo foi produzido pelo deputado estadual Renato Simões (PT) A falta de uma polícia científica aparelhada e eficaz também foi enfatizada por Simões. “O inquérito policial é transformado em uma frágil peça jurídica, toda praticada de forma testemunhal, com confissões obtidas muitas vezes por meio de constrangimentos físicos e morais ao acusado”.

558 *Tortura é disseminada no Brasil, diz ONU (OESP Por Célia Froufe, 11.04.2001) São Paulo* - Tortura e outras formas cruéis de tratamento são práticas disseminadas e sistemáticas no Brasil. Esta foi a conclusão de Nigel Rodley, relator especial da ONU para a questão.

559 *Itamaraty diz que governo combate a tortura (OESP, 11.04.2001)* - Após

desse ato em delegacias, penitenciárias e em instituições de adolescentes infratores."⁵⁶⁰, prática esta que se espalha de todas as formas pelo território nacional⁵⁶¹, o fato é que são crescentes as constatações dessa violência estatal por organismos internacionais, seja no âmbito de ONGS⁵⁶², seja pela própria ONU, que reconhece a situação calamitosa vivida e cobra por soluções.⁵⁶³⁻⁵⁶⁴⁻⁵⁶⁵. Ao mesmo tempo, a jurisprudência pátria tem precedentes de negar o acesso aos presídios de comissões da Ordem dos Advogados do Brasil, por temer a "falta de segurança" que isto ocasionaria.⁵⁶⁶

acompanhar a divulgação do relatório da ONU sobre tortura no Brasil, em Genebra, o diretor-geral do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do Itamaraty, embaixador Marco Antônio Diniz Brandão, declarou que "o combate à tortura constitui compromisso reiterado do governo brasileiro"..

560 na matéria veiculada em periódico nacional, tem-se: *Campanha de combate à tortura* (OESP 23.08.2001).

561 A respeito da variedade da forma desta prática social: *Promotor chicoteado no meio da rua* (OESP 21.08.2001 Por (Biaggio Talento /AE)

562 Sobre o tema: ***Para Anistia, aumentam violações a direitos*** (OESP 31.05.2001) MARTA AVANCINI. Segundo associação internacional, situação em 2000 piorou em relação ao ano anterior. A Anistia Internacional considera que houve "deterioração" da situação dos direitos humanos no Brasil em 2000 na comparação com anos anteriores. A avaliação foi divulgada ontem no lançamento do Informe 2001, balanço com informações sobre direitos humanos em 149 países.

563 Sobre o tema: *ONU quer urgência no combate à tortura em prisões brasileiras* direitos (OESP 18.05.2001 – Por JAMIL CHADE GENEBRA) As Nações Unidas (ONU) propõem uma solução "urgente" para a situação das prisões no Brasil. O Comitê contra a Tortura da ONU divulgou ontem sugestões para ajudar o País a acabar com a tortura. As recomendações são uma resposta a um relatório apresentado com dez anos de atraso pelo governo sobre a tortura no País. (Colaborou Hugo Marques).

564 Ainda: *ONU critica Brasil por causa de tortura* (OESP 09.05.2001) A Organização das Nações Unidas (ONU) surpreendeu o governo brasileiro ontem ao criticar a validade da Lei da Anistia, de 1978. Durante a "sabatina" sobre o cumprimento da Convenção contra Tortura, a ONU ainda pediu punição de militares envolvidos em violações de direitos humanos. O Brasil, que apresentou com dez anos de atraso o relatório sobre o que tem feito para evitar o problema, foi bastante criticado. O governo tentará hoje responder às crítica e, para especialistas, essas réplicas serão a chave para entender a impunidade no Brasil.

565 *Brasil será questionado sobre tortura* (OESP 08.05.2001) Genebra - Por Jamil Chade

566 MANDADO DE SEGURANÇA - OAB - Comissão de Direitos Humanos com acesso permitido à carceragem - Inadmissibilidade - Função de inspeção privativa do Juízo Corregedor - Comissão que pode, eventualmente, funcionar como auxiliar - Recurso provido. A entender-se que a Comissão de Direitos Humanos tem livre acesso aos presídios, disso poderia resultar, realmente, prejuízo para a segurança interna das cadeias e até mesmo para aquelas pessoas que no seu interior se encontrem. (Ap. Cível n.º 225.656-1 - Campinas - 8ª Câmara Civil - Relator: Fonseca Tavares - 17.05.95 -

Tal cenário é ainda mais agudo quando se vê uma concreta desproporção entre a torrente de casos e a praticamente inoperante legislação nacional, malgrado seja ela fruto do movimento internacional sobre o assunto. Com efeito, no Estado de São Paulo, com efetivo policial (entre a polícia militar⁵⁶⁷ e civil) superior a 100 mil funcionários, existem apenas 25 processos⁵⁶⁸ lastreados na lei de combate à tortura em andamento⁵⁶⁹, isto sem falar na ainda presente situação das “execuções sumárias”, herdeiras diretas dos “esquadrões da morte” do último regime militar⁵⁷⁰.

Seria enganoso dizer que a superação do último regime de exceção da forma como se deu em relação ao tratamento das violências passadas (estatais ou não) seja a única fonte responsável pelo atual cenário de tolerância social e ineficiência dos aparatos sancionatórios, na medida em que o regime iniciado em 1964 foi apenas mais um de uma longa tradição de violência aos cânones democráticos em nosso país.

Porém, seria igualmente enganoso deixar de considerar os efeitos perversos de uma superação ditatorial da forma como se deu

V.U.)

567 *Políciais militares mataram mais que civis São Paulo* - A Ouvidoria da Polícia de São Paulo divulgou hoje o quadro dos mortos pelos policiais civis e militares de 1990 a 1998. Os militares mataram 5.761 pessoas e os civis, 247. O número de mortos pela PM foi maior em 1991, com 1.056 homicídios. O ano em que policiais civis mais mataram foi 1998 - 59 homicídios. O relatório da Ouvidoria da Polícia apresenta também os números dos policiais mortos no Estado entre 1990 e 1998. Foram assassinados 1.094 militares: 249 em serviço e 845 em folga. No mesmo período, foram mortos 69 policiais civis, sendo 49 em serviço e 20 em folga.. Renato Lombardi OESP 17.11.2001

568 *SP tem mil casos de tortura comprovados, denuncia Acat* (OESP. Por Célia Froufe, 11.04.2001) - O Estado de São Paulo possui mil casos de tortura comprovados desde a vigência da lei que prevê punição para o crime, aprovada em abril de 97. A informação foi dada nesta quarta-feira pela coordenadora-geral da Ação dos Cristãos pela Abolição da Tortura (Acat-Brasil), Isabel Peres.

569 A respeito, a seguinte matéria: *Brasil ainda evita aplicação de lei antitortura* (OESP, 22.04.2001, por MARCELO GODOY) Em SP, ouvidoria recolheu 764 denúncias em 5 anos, mas houve apenas 2 condenações.

570 *Relatório da ONU denuncia execuções sumárias no Brasil*. Em 99, foram 2 mil (JT, 18.04.2001) Documento, que será lançado simultaneamente aqui e na Suíça, pede providências imediatas e sugere visita de diretora do órgão ao País. A cada ano, cerca de 2 mil pessoas são executadas no Brasil em casos que envolvem violência da polícia e de outros agentes do Estado, grupos de extermínio, conflitos de terra e ódios étnicos, culturais e sexuais. Essa projeção está no relatório Execuções Sumárias, Arbitrárias ou Extrajudiciais.

para o funcionamento das instituições, sobretudo as ligadas à segurança pública. Esta distorção se apresenta em vários setores e de várias formas, cuja análise transbordaria os limites estreitos do presente texto.

No entanto, uma delas pode ser evidenciada, a saber, o profundo enraizamento dos valores culturais no âmbito jurídico-penal (para restringir o enfoque) fomentados no último regime militar e que são sentidos na prática forense quotidianamente. Alvo fácil desta constatação é o valor jurisprudencial (e acadêmico!) que ainda se dá à principal modalidade de investigação criminal no Brasil, o inquérito policial e, em particular, a alguns atos, como o interrogatório⁵⁷¹. Pouquíssimo se avança do ponto de vista dogmático e jurisprudencial no sentido de dar à investigação a dimensão correta de sua existência. Pode-se reafirmar, neste ponto, que a ação penal continua sendo um apêndice da investigação, como já o fizemos anteriormente⁵⁷².

Todo esse contexto serve de base para a análise do julgamento da ADPF 153 que enfrentou a compatibilidade da Lei da Anistia – e seus reflexos jurídicos e políticos – e a reconstrução afirmativa da democracia, abordagem que será desenvolvida na segunda parte deste trabalho.

571 Nos seguintes acórdãos, todos posteriores à Constituição de 1988, tem-se a valorização do interrogatório policial como base racional da decisão: (Apelação Criminal n.º 238.832-3 - São Paulo - 3ª Câmara Criminal - Relator: Walter Guilherme - 14.04.98 - V.U.); RT 538/420; RT 618/299; RT 618/299; RT 762/608; (Relator: Gomes de Amorim - Recurso em Sentido Estrito n.º 138.466-3 - São Paulo - 20.06.94); (Apelação Criminal n.º 137.380-3 - Marília - Relator: IRINEU PEDROTTI - CCRIM 3 - V.U. - 27.03.95); (Relator: Bento Mascarenhas - Apelação Criminal 96.681-3 - São Paulo - 22.04.91) (Relator: Dirceu de Mello - Recurso Criminal 79.525-3 - Ribeirão Preto - 13.03.91); RT 725/523 e (Apelação Criminal n.º 182.533-3 - São José do Rio Preto - 3ª Câmara Criminal - Relator: Luiz Pantaleão - 25.11.97 - V.U.)

572 Choukr, Fauzi H. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. RJ. Lúmen Júris. 2ª ed. 2001.

Referências Bibliográficas

Adam Przeworski. “Como e onde se bloqueiam as transições para a democracia?”, in *Dilemas da Consolidação da Democracia*, de JOSÉ ÁLVARO MOISÉS e JOSÉ A. GUILHON ALBUQUERQUE (org.) et alli. Rio de Janeiro: Paz&Terra, 1989.

Choukr, Fauzi Hassan . In. *O papel do Direito Penal na transição dos estados autoritários para a democracia*. Relatório brasileiro (coordenador). Inédito no Brasil. Projeto de pesquisa do Max Plack Institut – Freiburg im Breisgau - 1999. O texto extraído foi elaborado por. Na Alemanha o resumo do relatório brasileiro foi publicado em Freiburg im Breisgau, pela Ed. Iuscrim, 2000.

Choukr, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*.RJ. Lúmen Júris. 2ª ed. 2001.

Ferreira, Wolgran Junqueira. “*A Tortura - sua história e seus aspectos jurídicos na Constituição*” – Julex, Campinas, 1991.

Moreira, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos Livraria e Editora, 1.999.

Pontes, Evandro Fernandes de. & Pontes, José Antonio Siqueira de. In. *O papel do Direito Penal na transição dos estados autoritários para a democracia*. Relatório brasileiro (Fauzi Hassan Choukr coordenador). Inédito no Brasil. Projeto de pesquisa do Max Plack Institut – Freiburg im Breisgau - 1999. O texto extraído foi elaborado por. Na Alemanha o resumo do relatório brasileiro foi publicado em Freiburg im Breisgau, pela Ed. Iuscrim, 2000.

Skidmore, Thomas.. *Uma História do Brasil* (tradução de Raul Fiker de *A history of Brazil*). São Paulo: Paz & Terra, 1998

Wacquand, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2.001.

Periódicos

Avancini Marta. Para Anistia, aumentam violações a direitos (OESP 31.05.2001)

Campanha de combate à tortura (OESP 23.08.2001)

Chade , Jamil. ONU critica Brasil por causa de tortura OESP 09.05.2001.

Chade , Jamil. Brasil será questionado sobre tortura OESP 08.05.2001)

Chade , Jamil. ONU quer urgência no combate à tortura em prisões brasileiras direitos (OESP 18.05.2001 -JAMIL CHADE GENEBRA

Froufe Célia . SP tem mil casos de tortura comprovados, denuncia Acat OESP, 11.04.2001

Froufe Célia . Tortura é disseminada no Brasil, diz ONU . OESP, 11.04.2001.

Froufe Célia Polícia responde por 70% dos casos de tortura no Brasil *OESP*, 12.04.2001.

Godoy, Marcelo. Brasil ainda evita aplicação de lei antitortura *OESP*, 22.04.2001,
Itamaraty diz que governo combate a tortura *OESP*, 11.04.2001

Lombardi, Renato . Policiais militares mataram mais que civis. *OESP* 17.11.2001

Promotor chicoteado no meio da rua (*OESP* 21.08.2001) Biaggio Talento /AE

RELATÓRIO DA ONU denuncia execuções sumárias no Brasil. Em 99, foram 2 mil
Jornal da Tarde/SP, 18.04.2001

UMA CONCEPÇÃO NOVA DE ACESSO À JUSTIÇA

Herbert de Souza Cohn⁵⁷³

Resumo: O presente artigo visa propor uma nova concepção de acesso à Justiça, desacreditada pela lentidão de seus procedimentos, ante a falta de estrutura que atinge o Judiciário, além do grande número de demandas e o excessivo formalismo das leis processuais. Propõe-se a modernização da justiça, como um processo uniforme, que alia a descentralização do Poder Judiciário, desburocratização dos procedimentos e uma reforma social, amparada no ideal de justiça.

Abstract: The present article aims to purpose a new conception of the access to Justice, discredited by the slowness in his proceedings, in the face of the lack of struture that achieves the Juduciary, in adition to the great number of demands and the excessive formalism of processual laws. It is purposed a modernization of justice, as a uniform process, which alies the decentralization of Judiciary Power, debureaucratization of the proceedings and a social reform, based upon an ideal of justice.

Palavras-chave: Acesso à justiça. descrédito do poder judiciário. Descentralização. Democratização do judiciário. Reforma dos poderes. Justiça ideal.

Sumário: Introdução. 1. As Complexidades e Controvérsias. 2. O Ideal de Justiça. 3. Os Conflitos Sociais e o Judiciário. 4. O Descrédito do Judiciário. 5. A Democratização do Judiciário. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

A excessiva demora na conclusão de um processo tem sido motivo de muitas críticas e uma das razões para o descrédito da justiça. Esse problema não é uma situação que atinge isoladamente o Poder Judiciário Brasileiro, pois, conforme se verifica nas discussões sobre o tema, a expectativa por uma prestação jurisdicional rápida e efetiva representa o sonho acalentado por todos os povos.

Engendrar o pleno acesso à justiça é tarefa complexa nos moldes

573 Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

tradicionais e, muitas vezes, são elencadas inúmeras razões para explicar as dificuldades na aplicação das leis, com infundáveis reclamações relatando as deficiências dos serviços judiciários, a falta de infra-estrutura e de pessoal para contemplar tamanho volume de demandas. Soma-se a tudo isso a utilização de formas processuais que poderiam ser renovadas e dinamizadas, pois a utilização de procedimentos complexos e a existência de grande número de recursos procrastinatórios são fatores a que se adiciona uma mentalidade muitas vezes atrasada e conservadora, não permitindo uma solução da controvérsia num prazo razoável. Um problema resolvido tardiamente poderá significar a desesperança e a negação da justiça.

Repetidamente tem sido afirmado o grande número de pessoas que não consegue chegar ao Judiciário, seja porque não acredita numa solução de seu problema de forma célere, seja por porque o processo é caro. Os procedimentos burocratizantes, de outra vertente, dificultam o entendimento pelo cidadão comum, distanciando-o cada vez mais do caminho da justiça. Por isso é preciso reconhecer outras formas possíveis de solucionar os conflitos e que são experiências válidas em outros países, podendo aqui ser francamente utilizadas sob orientação e coordenação do Poder Judiciário. A democratização do Poder Judiciário, assim como a descentralização das atividades do magistrado, é um passo inicial e fundamental a propiciar o amplo acesso à justiça e a efetiva solução dos conflitos.

O Poder Judiciário não pode ficar enclausurado e precisa usar os avanços do mundo moderno, já virtual, com mecanismos atualizados e alternativos na solução dos litígios, para um efetivo acesso à justiça.

1. As Complexidades e Controvérsias

A reclamação que se faz constantemente dos procedimentos morosos, caros e complicados, utilizados pela máquina judiciária, representa um sentimento de inconformidade, porque a justiça não é suficientemente rápida e nem acessível para o cidadão obter uma resposta ao direito reclamado com a presteza e a tão desejada efetividade.

As fórmulas complexas e sacramentais dificultam o entendimento e a compreensão da linguagem forense, porque distanciadas do atendimento comum dos cidadãos. Sabe-se que é importante e imprescindível a atuação do Poder Judiciário, mas é indiscutível que há inconformidade sobre a demora da prestação jurisdicional. Essa

fama de que os processos se eternizam nas comarcas e nos tribunais, sem uma solução que atenda com rapidez e eficiência aos interesses das partes, gera o descrédito e cria a sensação de que mesmo obtendo a procedência na causa proposta, a resposta do Judiciário é tardia, como ocorre com inúmeros casos, e, muitas vezes, em face do tempo decorrido, não mais beneficia a parte demandante na ação. Estas situações levam ao distanciamento do cidadão, com reflexos negativos na sociedade, porque, restam frustradas as expectativas de uma solução rápida do problema, fazendo com que haja reclamações e que formas alternativas sejam procuradas, sem a presença do Poder Judiciário, ante o descrédito no atendimento do direito reclamado.

O Judiciário não está livre das críticas, pois a mora nos procedimentos demonstra a falibilidade da inestimável missão de prestar a jurisdição, que representa para a sociedade uma porta fundamental de acesso à esperança de uma resposta ao direito ferido. A prestação Jurisdicional constitui-se em pilar fundamental do Estado Democrático de Direito. O Judiciário, desta forma, precisa estar preparado para atender aos anseios da sociedade, combatendo as deficiências estruturais e buscando meios que o tornem menos moroso. O mundo moderno não admite e não aceita um processo envolto em formalidades burocratizantes, numa jurisdição atrasada e longe de significar Justiça eficiente e rápida, que é o sonho de cada cidadão.

A burocratização da justiça é resultado da realização de atos procedimentais marcados pelo excessivo formalismo, não só na legislação processual, mas também na interpretação formal, que se efetiva no dia-a-dia forense. Esta visão distorcida retarda a marcha do processo e, mais adiante, vai encontrar uma multiplicidade de recursos interpostos contra uma gama de decisões, sentenças e acórdãos. Esses procedimentos retardadores da prestação jurisdicional devem ser afastados, porque ao jurisdicionado pouco importa a diferença que se estabeleça entre processo e procedimento, porque, no fundo, interessa é a solução do litígio.

É importante para todos, sem dúvida, uma Justiça que seja aceita por sua qualidade, por seu dinamismo, eficiência, sem exageros de custos, com respeito, equilíbrio entre as partes envolvidas e que seja célere. Não há razão para altas indagações em torno de competência, ritos, formas e organização da máquina administrativa, mas sim, que haja um direcionamento para uma prestação jurisdicional e um comprometimento na solução célere, senão imediata, do conflito na sociedade, na busca de uma meta de Justiça.

2. O Ideal de Justiça

O ideal de Justiça é valorizado por quem procura o Poder Judiciário para resolver um problema e encontra a aplicação do direito com segurança e respeito.

A indagação sobre o significado de Justiça tem levado os estudiosos a muitas reflexões. Chaim Perelman, um dos maiores filósofos do direito desse século, se propõe incessantemente a restabelecer a vontade do direito que nasce da controvérsia, no processo, e se cristaliza nas decisões do juiz, procurando mostrar como, na realidade, o direito se ajusta aos valores morais. Tal pensamento demonstra que na evolução do direito, o ideal de Justiça significa estar frente a um sistema legal adaptado ao dinamismo das decisões judiciais, contando com força da argumentação, numa interpretação do juiz sobre fatos, lacunas e antinomias, encontrando, enfim, a resolução dos conflitos.

Ressalta-se, nesse sentido, a instituição do Poder Judiciário com a obrigação de encontrar meios de atingir o sentimento de justiça e de pacificar a sociedade em todos os seus segmentos.

Como se vê, a participação do Poder Judiciário junto às comunidades, de uma forma mais direta, no sentido de levar a justiça a cada parte interessada, precisa contar com o apoio da mesma sociedade, através dos mais diferentes órgãos e áreas de influência, para encontrar novas vias de acesso à justiça.

A idéia de justiça está presente em todos os momentos, é motivo de reflexão em todos os povos, em todos os tempos e é também um desejo marcado no sonho de cada pessoa. Encontrar esse ideal representa a mais legítima aspiração do ser humano, nesse sentido se encontra a lapidar colocação de John Rawls ao afirmar a prioridade da justiça no concerto das instituições sociais, com destaque para equidade e as oportunidades ao cidadão para ter acesso aos bens e meios que o coloquem como efetivo integrante da sociedade e, nesse ideal, logicamente está o acesso à justiça.

Há, sem dúvida, uma idéia de valorização da cidadania, destacando a importância do direito no contexto social, porque, em qualquer ponto do planeta, sempre se conduz o pensamento do verdadeiro direito com a realização da justiça.

As transformações sociais são dinâmicas, ensejando excessos e desigualdades. A estrutura jurídico-legal não tem acompanhado o

crescimento dos problemas em todos os campos da sociedade; então, o direito é requisitado para controlar e buscar a solução dos conflitos, para equilibrar os desajustes e desencontros de interesses. Nem sempre se torna possível resolver todos os problemas e situações conceituosas, porque as expectativas se alimentam, a todo o momento, das reformulações e novidades sociais, políticas, jurídicas e econômicas, enfim, de todos os setores. Ao cidadão, portanto, importa o reconhecimento do seu direito, que tenha efetiva aplicação. O arcabouço legal e jurídico, por outro lado, não se moderniza, não atualiza suficientemente para fazer às mudanças e, então, vão aumentando as insatisfações e desconfianças, porque a Justiça não atende suficientemente aos interesses almejados, não se faz efetivamente presente. Essas reclamações de acesso e de busca de igualdade nas relações sociais são que exigem da sociedade, como um todo, e do Poder Judiciário, como instituição, providências concretas para aproximar o cidadão, apresentando alternativas para apaziguar ânimos exaltados e encontrar a paz.

Embora as teorias em torno da justiça sejam uma constante, a realidade social sofre modificações a cada dia, os fatos se multiplicam e se problematizam cada vez mais. O sistema legal, todavia, não acompanha essas mudanças com o dinamismo exigido e daí a necessidade de um atuar das instituições, responsáveis pela prestação jurisdicional, de forma explícita, transparente e objetiva.

A visão de uma Justiça ideal para o cidadão decorre das transformações sociais, da evolução histórica do direito, da apreciação dos valores existentes e experimentados na construção da vida, levando estudiosos a elaborar novas teorias, novas concepções, encontrar novos paradigmas, realizar comparações e, muitas vezes, afirmar novos parâmetros para a compreensão da inestimável justiça.

Em face da discussão sobre formas alternativas para a solução de litígios, deve-se entender a Justiça com dinamismo, comprometida com os acontecimentos e fatos sociais, entretanto, sempre pautada pelos princípios da imparcialidade e equidistância dos fatos, características primaciais do Poder Judiciário.

Recomenda-se, entretanto, ante a condição de direito fundamental do acesso à Justiça, uma atuação sintonizada com outros mecanismos estruturais e organizados das comunidades, numa ação direta no local dos fatos, procurando resolver situações que normalmente não chegariam ao Judiciário, quer pela ausência dos poderes constituídos,

quer pelos altos custos de um processo, em razão das despesas diversas, como papéis, documentos, e trabalhos de profissionais, ou ainda pela demora da tramitação dos feitos, marca que se propaga e que já se torna, infelizmente, uma realidade constrangedora e desestimulante para buscar a justiça nos fóruns e tribunais.

Assim, os meios para encontrar a pacificação entre as partes, utilizando o próprio ambiente em que vivem, com uma linguagem compreensível e com a simplificação de procedimentos, constituem-se na forma proposta para que o Judiciário possa ser entendido pelo jurisdicionado, resgatando sua credibilidade ao passo que age no sentido de promover a valorização da dignidade humana.

3. Os Conflitos Sociais e o Judiciário

Muitas são as causas a retardar a prestação jurisdicional, e não se pode atribuir aos juízes toda a culpa e responsabilidade pela morosidade da justiça. A justiça tem sido atacada e, na maioria das vezes, toma uma posição passiva, não se defende e, quando o faz, os setores interessados na crítica não dão a devida importância, fazendo com que a opinião pública tenha informações, muitas vezes, distorcidas da realidade.

Querer uma justiça moderna não significa somente mudar as normas disciplinadoras do processo, é preciso criar uma consciência de que o direito do cidadão deve ser respeitado, evitando-se uma prática de simplesmente se opor a um direito, que muitas vezes já consenso e reiteradamente decidido numa determinada direção. A falta de espaços nas pautas dos juízes é resultado também da reiteração de medidas provisórias, da ocorrência de repetidos planos econômicos e muitas outras ações governamentais, que geram dúvidas, problemas e insatisfações na sociedade. Tudo isso contribui para dificultar o acesso à justiça. Por sinal, o próprio Estado é cliente dos mais assíduos perante o Poder Judiciário, aumentando consideravelmente o número de processos para julgamento.

A complicar ainda mais, distanciando o indivíduo de um sistema de prestação jurisdicional rápido e efetivo, está a justificável reclamação sobre o exagero das leis existentes no Brasil, milhares delas desconhecidas, um verdadeiro cipoal, mal redigidas, que leva a uma insegurança jurídica e contribui para novos litígios, exigindo juízes mais preparados para interpretá-las.

Numa época em que o Poder Judiciário tem sido discutido e

até contestado em sua atuação, vivendo uma crise de conceitos e valores, precisa estar preparado para essas novas formulações sociais. A existência de mudanças extraordinárias na sociedade cria a obrigação de rever pontos de vista e modelos de procedimentos, a fim de acompanhar e atender essas exigências resultantes do entrelaço da convivência em sociedade, sendo compreensível, desta forma, que os institutos sociais e jurídicos devam encaminhar-se para reformulações.

Entretanto, não só novos instrumentos jurídicos são importantes, mas também uma formação cultural voltada à descentralização dos serviços judiciários, com a aproximação do cidadão e uma consciente responsabilidade de enfrentar a fatídica e reclamada morosidade e lentidão da justiça.

Um outro aspecto é a lei adotada, muitas vezes concebida para atender a determinados interesses, não tendo a suficiente discussão com a sociedade. Tantos são os problemas divulgados, além daqueles não conhecidos, mas que impressionam pela paz social perturbada, pelas reclamações contra o sistema colocado à disposição das pessoas. É necessário, pois, vislumbrar um outro horizonte para o direito, que não aquele baseado unicamente num sistema legalista.

A Constituição de 1988, legitimada num processo constituinte, traz em seu bojo uma série de direitos e deveres. Entretanto, não se pode esquecer que ela reflete a sociedade, representada com sonhos, incertezas, dúvidas, crises e esperanças. No entrelaço de direitos e deveres, o Judiciário é chamado a exercer um papel de suma importância na sociedade, dirimindo conflitos, estabelecendo parâmetros e determinando diretrizes, reequilibrando as partes do processo e, no convívio do grupo social, influenciando nas relações pessoais. Por isso, a experiência somada ao poder de valorizar a prova e julgar, deve orientar o juiz para ficar sempre ao lado do direito, não sendo simplesmente um cumpridor automático do sistema legalista, mas realizando uma interpretação frente à realidade social em que está decidindo com os olhos voltados para alcançar a efetiva justiça.

Conforme fundamentado, ao constatar uma constituição que apresenta em seu bojo expectativas enormes quanto ao direito à saúde, à educação, ao trabalho e à justiça, efetivamente criam-se sonhos que, não se realizando, originam frustrações e desesperanças. Nessa conjuntura, vislumbra-se o Poder Judiciário como uma porta de entrada e receptiva para os problemas das comunidades, que apresentam situações no

dia-a-dia cujos valores necessitam de uma declaração do Judiciário na interpretação do direito; situação que, por seu turno, fundamenta a importância da discussão acerca da viabilidade da justiça informal para um efetivo atendimento do direito reclamado.

Vive-se num Brasil de tamanho continental, em que se constata flagrantes discrepâncias regionais, diferentes classes sociais, desigualdades não só no campo da oportunidade de trabalho e de obtenção de rendas, mas também na formação cultural. Numa seara assim, é que o juiz atua resolvendo conflitos e lutando para encontrar um ponto de equilíbrio, diante de interesses contrapostos, em que o grito de inconformidade e de injustiça, cada vez mais, reclama pela afirmação da cidadania, porque a pessoa compõe o Estado Democrático de Direito.

A busca de maior acesso à justiça é uma aspiração de todos os povos. Relativamente ao Brasil, necessário que o Estado esteja condizentemente organizado para fazer frente ao crescimento dos anseios e exigências dos cidadãos; afinal, de nada adianta a simples afirmação de direitos na Constituição, ou na legislação infraconstitucional, se, na prática, o jurisdicionado encontra a falta de mecanismos e de infra-estrutura, para o atendimento dos objetivos propostos no Estado Democrático de Direito existente, necessitando percorrer um calvário de exigências formais e aguardar por um tempo excessivo a decisão sobre o direito reclamado, o que de certo resultara em descrédito do Poder Judiciário.

4. O Descrédito do Judiciário

O cidadão, não crendo na justiça, afasta-se do sistema oficial, somando-se a milhares de pessoas que não mais procuram o Judiciário, sem falar em outro número infindável de cidadãos, distante das organizações judiciárias, agindo com outro sistema informal e descomprometido da realidade estatal, concebendo seus próprios caminhos e sua própria forma de resolver seus problemas. O Estado organizado deve voltar a atenção para essas situações, não só visando a uma prestação jurisdicional eficiente e rápida, mas ensejando à sociedade, em todos os seus campos, oportunidades para a solução dos conflitos. Justiça efetiva significa garantir o direito fundamental da cidadania.

A sociedade, como um todo, e o mundo jurídico têm reclamado

e discutido problemas que afetam a distribuição da justiça, por isso, a conciliação e a mediação, como condutores de um novo modelo de justiça, buscam evitar o interminável caminho da decisão emanada de um processo tradicional.

Salienta-se que o afastamento do ideal de justiça efetiva, não decorre simplesmente da atividade do judiciário, mas principalmente de um número excessivo de processos, que seguem ritos e procedimentos extrema e desnecessariamente formais, facilitados por uma atividade legislativa desorganizada, fatores estes que, somados, geram o narrado descrédito do judiciário.

De certo que o Poder Judiciário precisa combater suas deficiências e encontrar novos caminhos no interesse do cidadão, entretanto urge facilitar o acesso à justiça, através de uma reestruturação dos mecanismos processuais e legais, sendo ponto primordial que a discussão do problema de acesso à Justiça também passe pelas casas legislativas, porque nos dias atuais, novos modelos, novas técnicas, novos paradigmas estão surgindo, e o processo exige uma forma menos complicada. Formalismos exacerbados devem ser eliminados para a construção de um instrumento processual ágil, estendendo ao ideal de uma nova política judiciária e alcançar realmente o interesse do cidadão.

A reestruturação dos poderes é simples decorrência das transformações que se operam em todos os campos do conhecimento humano e, portanto, o aperfeiçoamento das instituições se torna uma exigência natural e compreensível para poder acompanhar as mudanças sociais. É preciso, sem dúvida, uma atualização constante para que o acesso à justiça esteja sempre assegurado, sem que, entretanto, se restrinja a garantia do amplo direito de defesa.

Atua também como fator importante na solução dos conflitos à independência do juiz, porque interessa à sociedade, eis que não se admite nenhuma pressão ou comprometimento que possam afetar a consciência do magistrado, de quem se requer, igualmente, capacidade, equilíbrio e coragem no seu papel de julgar; essa conduta livre, justa e perfeita, é capaz de reduzir o comentado descrédito nas instituições do Poder Judiciário.

Ademais, reiteradamente tem sido afirmado que só haverá

democracia com um Poder Judiciário independente para assegurar os direitos da cidadania. Os juízes, na verdade, precisam sentir os anseios da sociedade, não se isolando do mundo, para que possam perceber as transformações que estão ocorrendo no campo social, econômico, tecnológico-industrial, no comportamento humano e que afetam diretamente o mundo jurídico.

Enfim, para que possa evitar o descrédito, o Poder Judiciário não pode ficar alheio à realidade, devendo acompanhar o crescimento e o desenvolvimento que se faz em todas as direções, buscando uma reestruturação e dinamizando seus serviços, para não ser surpreendido e até substituído pela iniciativa de uma “justiça privada”. Portanto, é preciso rever métodos de trabalho, de aperfeiçoamento para quem irá distribuir a justiça, não esquecendo a humanização do direito em que se priorize a conciliação, evitando o caminho de uma sentença que no final resulta em desgosto para uma das partes e, inúmeras vezes, não satisfaz nenhuma delas, gerando mais conflitos. Assim, justificando o repensar de novas diretrizes para a busca do direito.

Urge, que possa este poder efetivamente cumprir com seu relevante e imprescindível mister na sociedade, de construção de um sólido e duradouro Estado Democrático no Brasil.

5. A Democratização do Judiciário

O caminho da democratização do Poder Judiciário requer eficiência de trabalho e, para tanto, é preciso desligar-se desses temas e práticas viciosas da solução de conflitos. O aplauso da comunidade jurídica e da sociedade em geral é voltado para iniciativas de mudanças no mundo jurídico brasileiro, como ocorreu com os juizados de pequenas causas, ou Juizados Especiais e outros micro sistemas de defesa da população, que gerem a facilitação de defesa dos direitos sociais, perante procedimentos céleres e realmente efetivos.

Constituíram-se esses juizados em alvissareira notícia, apresentando saídas e simplificando as formas de atuação do processo, trazendo uma nova experiência de acesso à justiça, mostrando caminhos mais fáceis para o reconhecimento de um direito. A informalidade, a exclusão de despesas com processo, o estabelecimento de uma nova visão de organização judiciária permitiriam que um número maior de cidadãos pudesse recorrer ao Poder Judiciário.

Há uma preocupação em tornar acessível o sistema processual, com o atendimento do Judiciário mais próximo do cidadão, com estrutura e meios suficientes na solução dos litígios. Surge, então, o trabalho da conciliação e da mediação, que pode ser multiplicado e disseminado em todos os lugares, numa efetiva e democrática distribuição da justiça. Justiça para todos, e não uma justiça com aparência de proximidade, mas distante e dispendiosa.

Por isso, a necessidade de continuarem as mudanças estruturais não só no processo civil, mais em todos os setores da administração da justiça, para que o cidadão possa alcançar seus objetivos tão desejados. A sociedade espera do Poder Judiciário uma atuação que resolva prontamente as demandas, e que o próprio juiz tenha a consciência jurídica voltada para um processo moderno e acessível ao usuário dos serviços judiciários.

A idéia de acesso à justiça passa não só pela preocupação com a morosidade da prestação jurisdicional e a exigência de maior agilidade do processo, mas também pela democratização do Judiciário, uma maior consciência do juiz perante o jurisdicionado e o seu papel na condução do processo, igualmente na integração com os problemas que envolvem a sociedade e compreensão com aqueles à margem de uma cidadania apregoada na Constituição de 1988. Espera-se, portanto, um Judiciário, indo ao encontro dos problemas, buscando solucioná-los com rapidez, principalmente, incentivando a conciliação entre as partes em litígio.

Ora, um sistema jurídico incapaz de colocar em ação, em condições satisfatórias, uma política para recepcionar as insatisfações ocorrentes na sociedade, perde a legitimidade e compromete a existência da democracia. A idéia de pleno acesso à justiça é bem mais ampla, visa atender o cidadão em todas as suas necessidades, com políticas públicas voltadas para comunidade onde vive, possibilitando beneficiá-lo como pessoa e como parte do organismo social.

É hora de repensar o papel do juiz e do Poder Judiciário e de rever os caminhos para a solução dos conflitos. Não cabe mais ficar aguardando, simplesmente, as pessoas chegarem às portas da casa da justiça, é necessário encontrar meios, com a própria sociedade e seus cidadãos, para a solução desses conflitos.

Conclusão

O Poder Judiciário, para cumprir a importante tarefa de resolver conflitos, precisa atuar sob a formação de justiça imediata, presente, em horário integral, pois muitas pessoas não dispõem de condição de tempo para, nos dias normais de trabalho, comparecer em locais próprios a fim de reclamar um direito. Então, é preciso pensar nessa defesa do cidadão e para consecução desse objetivo é necessário que todas as organizações associativas participem e reivindiquem apoio dos poderes constituídos, aliando-se e fortalecendo iniciativas que objetivem o amplo acesso à justiça.

O Estado, através de seus órgãos e poderes, pode atuar para um novo direito, juntamente com outros órgãos de representação social, na busca de realizar essa nova visão de acesso à justiça, vencendo barreiras e deficiências existentes do sistema judicial tradicional, lutando por um Poder Judiciário mais democrático e mais participativo na sociedade, junto aos problemas que envolvem seus cidadãos.

Para tanto, uma melhor organização do Judiciário, com a descentralização dos seus serviços, instalando postos avançados de atendimento e implementando um sistema itinerante de atendimento, faz-se indispensável. Com a presença do Judiciário, propicia-se aos cidadãos o esclarecimento de seus direitos e o encaminhamento de reclamações sobre seus interesses prejudicados, evitando que diante de dificuldades renunciem ao exercício do seu direito ou faça uso da força para, pretensamente, garanti-lo.

Por seu turno, essa atuação em parceria com a comunidade, aproximando os cidadãos e propiciando o diálogo, diminui o descrédito no judiciário e estabelece uma relação de conhecimento e confiança para dirimir controvérsias no nascedouro.

É preciso, porém, um planejamento, buscando uniformizar esse atendimento, com amparo e acompanhamento do Judiciário brasileiro, como justiça conciliadora ao lado do juízo comum, propiciando a solução dos conflitos.

O acesso verdadeiro à justiça com os modelos alternativos e uma eficiente estruturada Defensoria Pública, disseminada nacionalmente, deve substituir a impenhência dos prédios que abrigam o Poder Judiciário, consolidando o acesso igualitário à justiça, pois todas as pessoas naturais e jurídicas, sem qualquer distinção, têm o direito a

dirigir-se ao Poder Judiciário, e obter a reposta de qualquer interesse, sem obstáculos irrazoáveis, a pretexto de falta de conclusões de ação ou de pressupostos processuais.

Entendemos que nessa concepção de justiça, o juiz também tem um papel importante, abrindo seu gabinete para homologar acordos e fortalecer o compromisso conciliatório, ou mesmo, deslocando-se com essa finalidade, num sistema descentralizado de distribuição de justiça. É a idéia de um Judiciário presente, com a participação da sociedade em geral e de pessoas realmente interessadas na realização do direito. Para concretização desse desiderato, pensamos que devem ser criados e instalados centros de conciliação e mediação, numa continuidade dos juizados informais de conciliação e arbitramento, com sustentação em verdadeiras causas de cidadania, viabilizando o exercício do direito por todos os cidadãos.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, E. D. Muniz de. O Processo Civil no limiar do novo século. *Revista Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, n.8, ano 4, p. 5066, 1º semestre de 2000.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DEVISATE, Rogério dos Reis. Acesso à justiça: a Defensoria Pública como a solução constitucional para os hipossuficientes. In: *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

FRIEDRICH, Carl J. Direitos sem remédios judiciais não direitos muito úteis para ninguém. Uma introdução à teoria política. Trad. Leônidas Xausa e Luís Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

GRECO, Leonardo. Compêndios do Professor Leonardo Greco – Faculdade de Direito de Campos – Curso de Mestrado – Pós Graduação. *Revista Jurídica* 305/Março/2003 – Doutrina Penal – *Garantias Fundamentais do Processo*.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise no Poder Judiciário. *Revista da procuradoria – Geral do Estado de São Paulo*, v. 34, p. 25, 1990.

MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: fabris, 1988.

PASSOS, J. J. Calmon de. Processo de Democracia. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; Watanabe, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Leonita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Horário Vanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Aprimoramento do Processo Civil como garantia da cidadania. In Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

UMA ANÁLISE DO DIREITO DE GERAR ENQUANTO DIREITO HUMANO À SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA⁵⁷⁴

Patricia Fonseca Carlos Magno de Oliveira⁵⁷⁵

*A verdade é um espelho quebrado em mil pedacinhos.
Ninguém tem mais que um caco dela.*

Mahatma Gandhi

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Saúde Sexual e Reprodutiva como direito humano; 3. Direito de Gerar como realização da personalidade; 4. Dever do Estado Brasileiro de prestar assistência à concepção; 5. Conclusões; 6. Referências.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo focar a temática do direito de gerar, de modo natural ou com o recurso às técnicas da reprodução humana assistida, sob a perspectiva dos direitos humanos sexuais e reprodutivos, à luz da normativa internacional e interna. Pretende investigar se existe um dever do Estado Brasileiro de prestar atenção integral à saúde da mulher, do homem ou do casal que inclua assistência à concepção.

PALAVRAS-CHAVE: saúde sexual e reprodutiva; direitos humanos; direito de gerar; técnicas de reprodução humana assistida; planejamento familiar; dever do Estado.

ABSTRACT: This work has as objective to focus on the theme of the right to procreation, naturally or requesting artificial insemination facilities, under the sexual and reproductive's human rights perspective, in the light of the international and internal law. It intends to investigating if exist or not a duty of Brazilian State on promote integral attention of women's, men's and couple's health, which includes conception assistance.

574 Este estudo consiste em monografia apresentada ao Instituto de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO) com o fim de obter certificado de aprovação no Curso de Extensão em Biodireito, em fevereiro de 2010.

575 A autora é Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, em atuação no Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos; Mestre em Direito pela UERJ e pós graduada em Direitos Humanos pelo Centro de Derechos Humanos pela Universidad del Chile.

1. Introdução

No pós 1945 (II Grande Guerra), tem ocorrido verdadeira mudança de paradigma⁵⁷⁶ na seara dos direitos humanos, graças, sobretudo, ao reconhecimento de que a pessoa humana é sujeito de direitos no Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵⁷⁷ e sua tutela, o epicentro axiológico dos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito⁵⁷⁸.

O gênero humano tem sido desafiado a encontrar soluções, não só jurídico-normativas de natureza declaratória, mas que sejam efetivas e assegurem a todos os habitantes da Terra vida digna. Nesse contexto, a ciência e as novas tecnologias por ela desenvolvidas desafiam a lógica conservadora, criam lacunas no direito e impõem questionamentos que demandam verdadeiro esforço de integração do jurista⁵⁷⁹.

Nenhuma sociedade, religião, cultura ou sistema legal tem sido neutro em questões ligadas à reprodução humana, de modo que a saúde reprodutiva e sexual não se dá em um vácuo, mas é condicionada por

576 Neste trabalho, utiliza-se o conceito de paradigma desenvolvido por Thomas Kuhn (*A Estrutura das Revoluções Científicas*. 8. ed.. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 220.), que tem duplo sentido: um, de conteúdo sociológico e outro, mais profundo, que açambarcaria as realizações pretéritas de natureza exemplar. Isto é, paradigma, “indicaria toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada”, assim como denotaria “um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal.”

577 A denominação tem como marco teórico ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE. Vide: **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. I, II e III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

578 No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana está insculpido na CRFB, artigo 1º, III.

579 Cede-se a palavra a MARCOS ANDRE CHUT que avalia a relação entre direito e ciência com clareza. “A dimensão moral das ciências que envolvem valores com a vida e a dignidade humanas, não deve ficar restrita à consciência pessoal de cada cientista. A eleição dos valores que a sociedade, em determinado momento histórico, entende relevante e anseia por proteção, tem sido tarefa atribuída ao Direito, não raro, exigindo do jurista uma constante reflexão e interpretação, a fim de adequar o ordenamento jurídico existente à velocidade do avanço tecno-científico. Se, de um lado, cabe ao Direito, por meio de legislação que legitime a vontade da maioria da coletividade, definir a ordem social e fazê-la respeitar, de outro, na lição de Heloisa Helena Barboza: ‘... as leis sobre bioética deverão ser, na medida do possível, flexíveis para atender as evoluções futuras da ciência’.” (**Tutela Jurídica do Genoma Humano e a Teoria do Mínimo Ético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 88)

culturas, leis e valores⁵⁸⁰. Assim sendo, ela não é apenas uma questão da área de saúde, mas – principalmente – um tema afeto ao desenvolvimento e aos direitos humanos que envolve análise do ponto de vista ético.

O objetivo deste estudo é focar a temática do direito de gerar, de modo natural ou com o recurso às técnicas da reprodução humana assistida⁵⁸¹, sob a perspectiva dos direitos humanos sexuais e reprodutivos, à luz da normativa internacional e interna.

Em que medida o Estado Brasileiro deve prestar atenção integral à saúde da mulher, do homem ou do casal que inclua assistência à concepção? Existe um dever estatal de garantir a saúde reprodutiva do casal heterossexual infértil, da mãe solteira (monoparentalidade projetada) e das famílias homoafetivas? Estudar-se-á o tema da reprodução humana assistida, enquanto tecnologia capaz de garantir o direito de gerar, sem – contudo – avançar nas questões tormentosas relativas: ao destino dos embriões excedentes (produzidos pela técnica da fecundação *in vitro* e não utilizados por desnecessidade ou inadequação às exigências do casal); à implantação de vários embriões, o que resulta em alta taxa de gravidez múltipla; a chamada “redução seletiva” (implantados em excesso e que necessitam ser removidos); à determinação da paternidade nos casos de inseminação heteróloga – com ou sem a figura da mãe substituta; à análise da possibilidade ou não de concepção por inseminação homóloga *post mortem*; à repercussão do sigilo de informações e anonimato do doador no direito da pessoa a ter acesso às informações sobre sua origem genética; dentre outros temas interessantes, que não consubstanciam objeto desta análise.

2. Saúde Sexual e Reprodutiva como direito humano.

Dada a historicidade dos direitos humanos⁵⁸², pode-se afirmar que a emergência dos direitos sexuais e reprodutivos é recente⁵⁸³. Remonta à

580 COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., FATHALLA, Mahmoud. **Saúde Reprodutiva e Direitos Humanos**: integrando medicina, ética e direito. Trad. Andrea Romani, Renata Perrone e equipe. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004. p. 3-4.

581 Utilizam-se, neste trabalho, as referências às novas técnicas científicas de reprodução humana assistida no sentido sistematizado por MARIA HELENA DINIZ. **O Estado Atual do Biodireito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 543- 627.

582 Vide: COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.

583 Vide: PIOVESAN, Flavia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: aborto inseguro como violação de direitos humanos. p. 53-72. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flavia. **Nos Limites da Vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 54. No mesmo sentido:

Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994). Diversamente das conferências anteriores⁵⁸⁴, que tinham um viés basicamente demográfico (de controle populacional), a Conferência do Cairo de 94 incorporou uma visão holística na sua agenda. No capítulo VII, ao tratar dos direitos reprodutivos (saúde sexual e reprodutiva) e planejamento familiar, inaugurou um novo olhar sob a questão e – aproveitando a definição de saúde da OMS (segundo a qual saúde não é ausência de doenças, mas completo bem estar físico e emocional) – definiu nos seguintes termos os direitos sexuais e reprodutivos:

Saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias relacionadas com o sistema reprodutivo, suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, portanto, que as pessoas estejam aptas a ter uma vida sexual satisfatória e segura, que tenham a capacidade de reproduzir-se e a liberdade de decidir fazê-lo se, quando e quantas vezes desejarem. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos de regulação da fecundidade a sua escolha e que não contrariem a lei, bem como o direito de acesso a serviços apropriados de saúde, que propiciem às mulheres as condições de passar com segurança pela gestação e parto,

VENTURA, Miriam. **Saúde Feminina e o Pleno Exercício da Sexualidade e dos Direitos Reprodutivos**. Disponível em: [http://www.mulheresnobra.org.br/pdf/PMB_Cap.7.pdf]. Acesso em 17 jan.2010.; que denomina os direitos sexuais e reprodutivos como “*filhos caçulas dos direitos humanos*”. Conforme CORRÊA, Sônia, JANNUZZI, Paulo de Martino, ALVES, José Eustáquio Diniz. **Direitos e Saúde Sexual e Reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores**. Disponível em: [http://www.abep.org.br/fotos/Dir_Sau_Rep.pdf]. Acesso em 17 jan.2010., “*a Conferência do Cairo aconteceu após duzentos anos de debates sobre questões de demografia e economia, tornando-se um ponto de inflexão nas orientações sobre este tema. A Plataforma de Ação da CIPD, resultado de um consenso assinado por 179 países, propiciou uma mudança fundamental de paradigmas: das políticas populacionais stricto sensu para a defesa das premissas de direitos humanos, bem-estar social e igualdade de gênero e do planejamento familiar para as questões da saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos*”.

584 Por conferências anteriores, entenda-se a referência às Conferências Mundiais sobre População que ocorreram na segunda metade do século XX: em Roma de 1954, em Belgrado de 1965, em Bucareste de 1974 e da Cidade do México em 1984, na forma da lição de CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 307-308 e CORRÊA, Sônia, JANNUZZI, Paulo de Martino, ALVES, José Eustáquio Diniz. **Direitos e Saúde Sexual e Reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores**. Disponível em: [http://www.abep.org.br/fotos/Dir_Sau_Rep.pdf]. Acesso em 17 jan.2010.

proporcionando aos casais uma chance melhor de ter um filho sadio. Em conformidade com a definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de método, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo os problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui igualmente a saúde sexual, cuja finalidade é a melhoria da qualidade de vida e das relações pessoais e não o mero aconselhamento e assistência relativos à reprodução e às doenças sexualmente transmissíveis (Nações Unidas, 1994, parágrafo 7.2: 41)

A Conferência Mundial sobre a Mulher realizada em Beijing, no ano de 1995, aprofundou as discussões ocorridas no Cairo (1994) e produziu uma abrangente Plataforma de Ação que objetiva a emancipação da mulher, assim como acelerar estratégias de promoção, proteção e fortalecimento de seus direitos humanos.

Os termos ‘saúde sexual’ e ‘saúde reprodutiva’ têm sido utilizados em conjunto. Contudo, referem-se a duas situações distintas. A atividade sexual não implica, necessariamente, em reprodução. A reprodução, por sua vez, geralmente envolve atividade sexual. Entretanto, com as novas técnicas de fertilização *in vitro* pode haver reprodução sem intercursos sexual.⁵⁸⁵ Assim sendo, faz-se imprescindível delinear o conteúdo conceitual de cada uma dessas dimensões analíticas.

Na parte inicial da noção de saúde reprodutiva, mencionada acima, nota-se que a idéia de saúde sexual é parte do conceito de saúde reprodutiva, ou seja: a saúde reprodutiva implica que a pessoa tenha uma vida sexual segura e satisfatória. Já na parte final, saúde sexual é apresentada como uma forma de aprimorar a qualidade de vida e as relações pessoais, independentemente das questões referentes à reprodução e às doenças sexualmente transmissíveis (DST).

Conferindo perspectiva histórica a essa discussão, MARIA BETÂNIA ÁVILA⁵⁸⁶ sustenta que foi o feminismo quem lançou os questionamentos e as idéias que produziram o conceito de direitos reprodutivos e serviram de base para a construção de direitos sexuais.

585 CORRÊA, Sônia, JANNUZZI, Paulo de Martino, ALVES, José Eustáquio Diniz. **Direitos e Saúde Sexual e Reprodutiva:** marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. Disponível em: [http://www.abep.org.br/fotos/Dir_Sau_Rep.pdf]. Acesso em 17 jan.2010.

586 ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde. p. S465-S469. **Cadernos Saúde Pública**, N. 19 (suplemento 2). Rio de Janeiro, 2003. p. S466.

Ocorre que no primeiro caso há uma autoria original do feminismo e, no segundo, uma autoria compartilhada entre vários movimentos sociais, sendo os mais relevantes o movimento gay, o movimento lésbico e o próprio movimento feminista. Na atualidade, ambos os conceitos são amplamente utilizados, podendo-se sustentar haver uma disputa de significados em torno deles, a envolver muitos outros atores em razão do reconhecimento desses direitos como valores pertencentes à agenda política dos contextos nacionais e internacional.

Observe-se que tanto os direitos sexuais como os direitos reprodutivos estão relacionados com o direito à autonomia de vontade (princípio da liberdade). Enquanto os primeiros dizem respeito à igualdade e liberdade no exercício da sexualidade, os direitos reprodutivos se referem à igualdade e liberdade na esfera reprodutiva, estes últimos vinculados mais umbilicalmente com o direito à saúde. Tratá-los, portanto, em dimensões separadas permite não só assegurar a autonomia dessas duas esferas da vida, como também relacioná-las entre si e com outros campos da vida social, densificando-se⁵⁸⁷ o princípio democrático. Permite, ainda, questionar a legitimidade da heterossexualidade como norma comportamental hegemônica, fundada no modelo de sexualidade baseado em sexo-reprodução⁵⁸⁸.

Os direitos sexuais são direitos humanos que incluem: o direito de viver a sexualidade com prazer, o bem-estar sexual, a liberdade individual e o respeito mútuo nas relações interpessoais⁵⁸⁹. Em sendo as relações sexuais relações sociais a serem travadas no plano da cidadania, tem-se tanto a heterossexualidade quanto a homossexualidade como

587 A expressão *densificar* se refere às possibilidades de maior concretude ou realização da norma jurídica e deve ser entendida no sentido que lhe cunhou J. J. GOMES CANOTILHO, In: **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

588 Nesse sentido, vide: BARSTED, Leila Linhares. O Reconhecimento dos Direitos Sexuais: possibilidades e limites. p. 247-258. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flavia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. “*O controle da sexualidade sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro como garantidor da família heterossexual e da procriação legítima, por meio da exigência explícita da virgindade das mulheres e da sujeição dos cônjuges, em especial da mulher, ao débito conjugal.*” (p. 247)

589 CORRÊA, Sônia, JANNUZZI, Paulo de Martino, ALVES, José Eustáquio Diniz. **Direitos e Saúde Sexual e Reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores**. Disponível em: [http://www.abep.org.br/fotos/Dir_Sau_Rep.pdf]. Acesso em 17 jan.2010.

práticas sexuais igualmente livres⁵⁹⁰, em um Estado Democrático de Direito.

Regem-se – como os demais direitos humanos – pelos princípios da universalidade, da indivisibilidade, da diversidade, da democracia e da laicidade do Estado, que guiam a construção de um marco legal ético dirigido à proteção contra violações, mas, principalmente, no sentido da construção de visões positivas e concretizadoras dos direitos sexuais e reprodutivos.⁵⁹¹ São, portanto, um feixe de direitos individuais e sociais (a demandarem políticas públicas) que interagem a fim de efetivar o pleno exercício da sexualidade e da reprodução.

MIRIAM VENTURA⁵⁹² cataloga, a partir de documentos internacionais de direitos humanos com força normativa⁵⁹³, os seguintes

590 ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde. p. S465-S469. **Cadernos Saúde Pública**, N. 19 (suplemento 2). Rio de Janeiro, 2003. p. S467. No mesmo sentido, vide: BARSTED, Leila Linhares. O Reconhecimento dos Direitos Sexuais: possibilidades e limites. p. 247-258. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flavia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. A autora ressalta a importância em se “reconhecer que a inclusão da sexualidade no campo dos direitos humanos, na perspectiva da sua indivisibilidade, lhe confere o status de bem jurídico articulado aos demais direitos de cidadania, entre os quais os direitos à liberdade, à igualdade de tratamento, à dignidade, à intimidade, à privacidade e à autonomia. Nesse sentido, o desafio de trabalhar com a noção de direitos sexuais exige articular tais direitos com os princípios norteadores de um ordenamento jurídico democrático. Isso significa a busca de parâmetros que orientem as garantias individuais, sem fragmentá-las em normas isoladas ou pragmáticas.” (p. 253)

591 BARSTED, Leila Linhares. O Reconhecimento dos Direitos Sexuais: possibilidades e limites. p. 247-258. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flavia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 255.

592 VENTURA, Miriam. **Saúde Feminina e o Pleno Exercício da Sexualidade e dos Direitos Reprodutivos**. Disponível em: [http://www.mulheresnobra.org.br/pdf/PMB_Cap.7.pdf]. Acesso em 17 jan.2010. No mesmo sentido: PIOVESAN, Flavia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: aborto inseguro como violação de direitos humanos. p. 53-72. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flavia. **Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 55.

593 Por “documentos internacionais com força normativa” entendem-se pactos, convenções ou tratados internacionais, assim como seus protocolos e as Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos que têm natureza jurídica de norma costumeira e pertence, portanto, ao *jus cogens*. Para aprofundar a análise dos documentos internacionais sobre os direitos humanos relacionados à saúde sexual e reprodutiva, vide: COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., FATHALLA, Mahmoud. **Saúde Reprodutiva e Direitos Humanos: integrando medicina, ética e**

direitos sexuais e reprodutivos, sob o enfoque individual: (a) o direito à vida digna, à integridade física e psicológica; (b) o direito à liberdade, à autodeterminação reprodutiva e à livre escolha de ter ou não ter filhos, de decidir intervalos dos nascimentos e de constituir família; (c) o direito à igualdade, a não ser discriminado e à diferença, no espaço público e doméstico, com especial enfoque na eliminação da submissão feminina e na promoção da responsabilidade pessoal e social dos homens em relação ao seu comportamento sexual e fertilidade e (d) o direito à privacidade e à intimidade.

No que tange à sua dimensão social, MIRIAM VENTURA aponta que o conceito de direitos reprodutivos reconhece o valor social da reprodução humana e que o efetivo exercício desses direitos de forma consciente, responsável e satisfatória requer a adoção de políticas públicas específicas capazes de assegurar minimamente: (1) o direito à informação, à educação e ao desenvolvimento da capacidade para tomada de decisões; (2) o direito à saúde e aos benefícios do progresso científico; (3) o direito ao suporte social para o exercício da maternidade e da paternidade, que garanta o direito de formação e manutenção satisfatória das famílias; (4) o direito à segurança de forma que coíba e elimine a violência sexual; (5) o direito ao acesso a métodos contraceptivos, à assistência ginecológica e à prevenção do câncer.

O processo de redemocratização do Brasil, sintonizado com as demandas dos movimentos sociais, em especial o movimento feminista, consagrou – na nova ordem jurídica inaugurada com a Constituição Federal de 1988 – os direitos sexuais e reprodutivos.

No art. 5º, *caput*, da C.R.F.B. está consagrado o direito à vida digna. No art. 5º, II e III, o direito à integridade física e psicológica. No art. 5º, I, o direito à igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, em geral, e no art. 226, na sociedade conjugal em particular. No art. 227, parágrafo 6º, o direito à igualdade entre os filhos. No art. 226, parágrafos 3º e 4º, o direito ao reconhecimento de várias formas de família. No art. 5º, X, o direito à vida privada. No art. 6º, o direito à proteção da maternidade na esfera da seguridade social e do trabalho. No art. 196, o direito à saúde com acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No artigo 226, parágrafo 7º, da C.R.F.B, assegura-se o direito ao

direito. Trad. Andrea Romani, Renata Perrone e equipe. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004. p. 152-220 e p. 473-498.

planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo expressamente referido como “livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. A Lei Federal n. 9.263/96 regula esse dispositivo constitucional e estabelece as ações estatais a serem praticadas para a efetividade do direito à saúde reprodutiva.

São igualmente importantes: a Lei 7.853/89, que dispõe sobre a política nacional para pessoas portadoras de necessidades especiais e prevê ações específicas na área da saúde reprodutiva e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90), no que tange ao atendimento desse grupo vulnerável pelo SUS.

Nesse panorama internacional e interno, fica claro que “a idéia de direitos reprodutivos como direitos humanos marca uma era a partir da qual as políticas nessa área não podem mais ser as mesmas”⁵⁹⁴. Conforme lição de MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER⁵⁹⁵, a incorporação dos direitos sexuais e reprodutivos no elenco dos direitos humanos, assegura às pessoas o direito ao planejamento familiar, incluindo-se o recurso a toda descoberta científica que possa vir a garantir o tratamento de patologias vinculadas à função reprodutiva, desde que considerados seguros e não causadores de riscos aos usuários e usuárias. É nessa perspectiva que se debruçará um olhar específico sobre a concepção e o direito de gerar.

3. Direito de Gerar como realização da personalidade.

A abordagem do direito de gerar ou procriar, enquanto “exigência para satisfazer o pleno desenvolvimento da pessoa e de sua realização”⁵⁹⁶, inicia-se pela análise do princípio jurídico-constitucional vetor de sua disciplina, qual seja: o princípio da dignidade da pessoa humana, densificado no princípio geral da liberdade individual e no

594 VIEIRA, Elisabeth Meloni. Políticas Pública e Contracepção no Brasil. p. 151-189. BERQUÓ, Elza (org.). **Sexo & Vida**: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. São Paulo: Editora Unicamp, 2003. p. 188.

595 BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 50.

596 PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 828.

princípio setorial do planejamento familiar⁵⁹⁷, já que a perspectiva de interpretação civil-constitucional é a premissa metodológica diretriz deste trabalho.

A releitura do direito civil à luz da Constituição atualiza institutos defasados da realidade contemporânea, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual⁵⁹⁸. A dialética fato-norma tem dinâmica própria que reconstrói, incessantemente, o Direito, de modo que tanto o dado normativo como o dado fático são elementos indispensáveis ao processo interpretativo, não havendo o predomínio de um em detrimento do outro, sob pena de ser perdido o contato com a chamada norma viva.

A interpretação civil-constitucional parte sempre da Constituição, aqui entendida como norma superior do ordenamento jurídico ou norma

597 Sobre a classificação dos princípios constitucionais em estruturantes, gerais, setoriais e seus diálogos com as normas do tipo regra, vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1173-1175. Uma ordem constitucional baseia-se em alguns princípios estruturantes, que, no caso brasileiro, seriam os insculpidos no artigo 1º, *caput*, da C.R.F.B. (democrático, do Estado de Direito e o republicano). Estes se concretizam por meio de outros princípios (ou “subprincípios”) que os “densificam”, “iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno.” Trata-se dos princípios gerais fundamentais que podem, por sua vez, densificar-se ou concretizar-se ainda mais através de outros princípios constitucionais, denominados por Canotilho de “princípios constitucionais especiais”. Além desta forma de realização dos princípios estruturantes, através de outras normas-princípios, com menor grau de abstração, também há a via de concreção por intermédio das regras constitucionais, qualquer que seja a sua natureza. Assim, graficamente, ter-se-iam: “princípios estruturantes → princípios constitucionais gerais → princípios constitucionais especiais → regras constitucionais”, constituindo um sistema interno, cuja articulação não se dá em apenas uma direção, ou seja: da esquerda para a direita, ou “dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas”. Também não acontece só no sentido da esquerda para a direita, ou “do concreto para o abstracto”. A operação se dá como numa via de mão dupla, sendo certo que de qualquer ponto que se parta, é possível chegar-se a um princípio estruturante, ou a uma regra constitucional que o retrate. Segundo Canotilho, “a formação do sistema interno consegue-se mediante um processo bi-unívoco de <esclarecimento recíproco> (Larenz)”. Quer dizer: os princípios constitucionais estruturantes “ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras)”, que, por sua vez, formam com os princípios mais gerais uma unidade material, capaz de conferir sentido e forma ao valor da unidade da Constituição.

598 TEPEDINO, Gustavo Mendes. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 21.

fundamental⁵⁹⁹. Essa atividade interpretativa, contudo, não é isenta de dificuldades. GUSTAVO TEPEDINO⁶⁰⁰ enumera quatro preconceitos a serem debelados pelo intérprete.

Em primeiro lugar, diz ser preciso compreender que a Constituição não é uma carta de intenções. Todas as suas normas (sejam regras e princípios) são cogentes, de molde que todas as categorias reguladas pela lei infraconstitucional são redimensionadas pela normativa fundamental.

Há de ser sublinhada a aplicabilidade direta dos princípios constitucionais, porque eles não foram feitos para serem apenas contemplados. Demandam aplicação e concretização na realidade social, determinando objetivamente quais diretrizes e fundamentos guiam o processo de concretização do ordenamento jurídico posto.

Os princípios não necessitam de regulamentação infraconstitucional para se fazerem valer no ordenamento jurídico, pois “constituem os pontos de direção, sistematização e controle do processo de concretização do texto constitucional”⁶⁰¹, que viabilizam a

599 Hans Kelsen (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 215) vincula a questão da unidade do ordenamento jurídico à pesquisa sobre o fundamento de validade das normas, para concluir que “*o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.*”

Há que se observar que a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode perder-se no interminável. Por isso, Kelsen alerta que tal busca da norma tem de terminar numa norma que se pressuponha como a última e a mais elevada. “*Como norma mais elevada, ela tem de ser **pressuposta**, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada*”, que o autor alemão designou por “*norma fundamental (**Grundnorm**)*”.

A norma fundamental é a fonte (ou “fundamento”) comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, sendo certo que é ela “*que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.*” É nesse sentido que Kelsen não aceita que uma norma possa ser verdadeira ou falsa, mas sim válida ou inválida. Se as normas de uma ordem jurídica positiva decorrem de uma norma fundamental pressuposta como válida, também são válidas.

600 TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-19.

601 FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://>

determinação objetiva de conceitos, fundamentos e diretrizes na análise casuística realizada pelo operador jurídico.

Também não há que confundir os princípios constitucionais com os princípios gerais do direito. Estes incidem quando há lacuna a ser integrada. Aqueles inspiram e guiam sempre a atividade de interpretação e aplicação do Direito. Os “princípios fundamentais estão acima dos próprios princípios gerais de direito de que cuida a Lei de Instrução ao Código Civil, como processos de integração e suprimento das lacunas do ordenamento”⁶⁰².

O terceiro preconceito que merece superação diz respeito à técnica interpretativa, que sofreu mudanças após a consagração da nova tábua axiológica na Constituição de 88. Somam-se os diplomas legais elaborados mediante a técnica das cláusulas gerais⁶⁰³, inconfundíveis com meras cláusulas de intenção, porque rompem as amarras casuísticas enclausurantes de inúmeras categorias do direito, além de permitir sua atualização constante pelas demandas sociais.

O último preconceito a ser abandonado na releitura do direito civil à luz da Constituição relaciona-se à *summa divisio* do direito

www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>. Acesso em: 18 nov. 2003.

602 LIRA, Ricardo Pereira. A Aplicação do Direito e a Lei Injusta. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, 1997. p. 95.

603 Sobre cláusulas gerais, Perlingieri (PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas Relações Privadas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 6 e 7, 1999. p. 69) ensina que: “*todas as cláusulas gerais contidas na legislação ordinária (diligência, boa-fé, e tantas outras) não serão aplicadas se não tiverem valores conformes aos valores fundamentais insertos na Carta Magna. Desta forma, a diligência das relações de trabalho não terá apenas um sentido produtivo, como também um sentido de solidariedade civil. As normas constitucionais tratam de todos os efeitos, da maneira interna de se interpretar a Constituição. As normas constitucionais se aplicam por si mesmas, mesmo que faltem normas ad hoc ordinárias. Que se apliquem, portanto, as normas ordinárias, mas de acordo com os valores constitucionais, caso elas existam; em não existindo, que não haja falsos pudores na aplicação das normas constitucionais aos fatos concretos. Há, portanto, uma necessidade em se aplicar a uniformidade em prol da legislação constitucional, utilizando todas as potencialidades insitas ao ordenamento jurídico, no respeito substancial ao mesmo. Isto não é Jusnaturalismo, porque tais valores de tutela da pessoa e os valores fundamentais a ela inerentes não se entendem de per se, não são apenas uma relação abstrata, mas a norma constitucional contém determinações escritas que os prevêem. Assim, isto não é Jusnaturalismo. O assunto valorativo não fica ao léu: antes disto, diz respeito às normas constitucionais e, como já foi dito aqui, normas constitucionais são, antes de tudo, normas.*” (grifos no original).

entre o público e o privado. A interpenetração das esferas caracteriza a sociedade contemporânea, trazendo enorme significado hermenêutico, vez que já não mais se opera com diferença qualitativa entre tais categorias, mas sim, meramente quantitativa, conforme o critério da prevalência.

Em estudo sobre os atuais confins do direito privado, no qual aprofunda as razões da “socialização do Direito Privado, que tem sido atraído para o Direito Público”, MICHELE GIORGIANNI⁶⁰⁴ registra que foi inserida, “na disciplina da atividade privada, a consideração do interesse coletivo. Mas a evolução – já não mais recente – que se operou no significado da *summa divisio* do direito afasta certamente a consideração que o interesse coletivo constitua uma nota exclusiva do Direito Público”.

Ao enfrentar o tema, MARIA CELINA BODIN DE MORAES⁶⁰⁵ sublinha que não se trata de mera invasão da esfera pública sobre a privada. O fenômeno não é simplesmente uma “publicização do direito privado”, mas sim “estrutural transformação do conteúdo do direito civil”, que impõe a aplicação direta das normas constitucionais às relações de caráter privatístico.

Se a Constituição permite a construção de unidade do sistema escalonadamente estruturado, através dos valores albergados em

604 GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. **Revista dos Tribunais**, Separata, a. 87, v. 747, jan. 1998. p. 50-51. Apesar de sustentar a importância da dicotomia público-privado, que é composta por “categorias fundamentais e tradicionais”, NORBERTO BOBBIO (A grande dicotomia: público/privado. **Estado, Governo, Sociedade** – para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra Editora, 1987.), reconhece a interpenetração das esferas e a mudança de significado operada. Para o autor italiano: “*Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social.*” (p. 31).

605 TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial**, a. 17, n. 65, jul./set. 1993. p. 24.

princípios superiores e cogentes, que permeiam todo o tecido normativo, “a rígida contraposição direito público-direito privado é inaceitável”.

Assim, aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento como, por exemplo, na análise dos fundamentos do direito de conceber mediante o recurso às técnicas de inseminação artificial, enquanto densificação dos princípios constitucionais do planejamento familiar e da autonomia de vontade – subprincípios decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

Fixada a Constituição como a estrutura fundante do Direito Civil, passa-se à análise do reflexo da articulação de suas regras e princípios na análise do direito de gerar, a fim de aclarar o entendimento da Constituição enquanto um sistema interno assente em “princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em *subprincípios e regras constitucionais* concretizadores desses mesmos princípios”. Nesse sentido, J. J. GOMES CANOTILHO⁶⁰⁶ leciona que: “a Constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (= diferente densidade semântica)”.

O valor da unidade da Constituição, alerta CLAUS-WILHELM CANARIS⁶⁰⁷, decorre das “conexões interiores” do sistema que, todavia,

606 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1159.

607 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Fundação Calouste Gulbenkian. p. 76. De acordo com esse paradigma, há princípios unificadores do ordenamento jurídico-civil ou sistema civil. Contudo, não se pode predeterminar quando deva um princípio valer como “geral”, já que o critério a que se submete também é inteiramente relativo. Então, “*para o conjunto da nossa ordem jurídica, não se poderiam considerar todos os princípios como <<portadores de unidade>> e, com isso, como sistematizadores; e no que, quanto a essa função, respeita ao Direito privado: neste, nem todos os princípios são, por seu turno, relevantes para o sistema, como o serão, por exemplo, para o Direito das Obrigações, os Direitos Reais, o Direito das Sucessões, etc.; dentro desses âmbitos, formam-se subsistemas mais pequenos, com princípios <<gerais>> autónomos, como, por exemplo, o sistema dos actos ilícitos, do enriquecimento sem causa, das perturbações na prestação ou da responsabilidade pela confiança. Em qualquer caso, uma parte dos princípios constituintes do sistema mais pequeno penetra, como <<geral>>, no mais largo e, inversamente, o sistema mais pequeno só em parte se deixa, normalmente, retirar dos princípios do mais largo. Assim, modifica-se a <<generalidade>> dum princípio com a perspectiva do ponto de vista;*

são encontradas na multiplicidade dos valores singulares, e nunca na pura soma deles. Ou seja: é a “recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos” que confere unidade à ordem jurídica, considerada tanto como um todo, quanto como o produto da harmonização de diversas ordens jurídicas. Com base nessa lição é que se afirma ser a Constituição um sistema, que abriga vários subsistemas. Portanto, ter-se-á que dentro do sistema constitucional se articula o subsistema civil. Este, por sua vez, abrangerá outros subsistemas, dentre os quais se destaca o subsistema do direito civil da pessoa humana (valores existenciais) guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, norma-princípio chave do ordenamento jurídico brasileiro que orienta e dá fundamento a todas as suas demais normas, vez que os valores patrimoniais estão sempre funcionalizados em razão dos valores existenciais.

A personalidade humana, nos moldes da Constituição de 88 foi eleita como valor maior do ordenamento jurídico brasileiro. No artigo 1º, III, ela é enunciada como um dos objetivos do Estado Democrático e Social de Direito, isto é, como epicentro axiológico do sistema aberto de regras e princípios que é a ordem jurídica. Trata-se de “norma diretamente aplicável e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas”⁶⁰⁸.

finalmente, é sempre decisiva a questão de quais os princípios jurídicos que se devem considerar constitutivos para a unidade interior do âmbito parcial em causa, de tal modo que a ordem dele seria modificada, no seu conteúdo essencial, através de uma alteração num desses princípios”. (p. 79-80)

608 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 155. Considerando a vulnerabilidade da pessoa humana e a necessidade de sua tutela, MARIA CELINA BODIN DE MORAES MORAES, (**Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.) conclui não haver mais espaço para se “discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana” (p. 17-18). Assim, os direitos das pessoas estão “garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana, e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana”. (p. 127) No mesmo sentido, é a lição de GUSTAVO TEPEDINO (Crises de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A Parte Geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.), segundo a qual: “a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução

A normativa constitucional tem natureza necessariamente aberta, visto que “a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potestà*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes.” Em razão disso, é “elástica” a tutela da personalidade humana⁶⁰⁹.

Evidenciou-se que a cláusula geral da tutela dos direitos da personalidade da pessoa humana é a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana. Importante, portanto, fixar-se qual o conteúdo desta norma-princípio, que aparece entre os “princípios fundamentais” da Constituição da República (artigo 1º, III)⁶¹⁰ e consiste no “valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática”.⁶¹¹

das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” (p. XXV.)

609 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Sobre elasticidade da tutela da personalidade, o professor italiano ensina: “A personalidade é, portanto, não um direito, mas um **valor** (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. (...) Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.” (p. 155-156).

610 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3-24, jan/mar 2002. p. 3. O autor refere-se ao fato de que “utilização da expressão “dignidade da pessoa humana” no mundo do direito é fato histórico recente. (...) Tomada em si, a expressão é um conceito jurídico indeterminado; utilizada em norma, especialmente constitucional, é princípio jurídico”.

611 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83. Para BODIN DE MORAES, o respeito à dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do imperativo categórico Kantiano, de ordem moral, “tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes” (p. 82). No mesmo sentido de tratar o conceito como imperativo categórico é a lição de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3-24, jan/mar 2002.): “A enormidade dos avanços da tecnologia chegou a um ponto que não só põe em perigo a vida do planeta, como, no que diz respeito ao tema desse artigo, permite a plena manipulação da natureza humana, por meio da biomedicina. A velha ética já não resolve essas novas situações. Diferentemente, conforme a ética da vida

Entre a época das luzes e a atual inúmeras mudanças ocorreram. A noção de tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela de proteção à dignidade da pessoa humana⁶¹². Nesse sentido, aprofundar o conceito de dignidade da pessoa humana é o desafio do século XXI, que “não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese”⁶¹³.

Enfrentando a questão, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁶¹⁴ enumera duas diversas concepções da pessoa humana que procuram dar suporte à idéia de sua dignidade: uma fundada na concepção insular do homem como razão e vontade e outra, fundada em uma nova ética, no homem como ser integrado à natureza. “A primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência”.

Nesse sentido solidarista é que MARIA CELINA BODIN DE MORAES⁶¹⁵ conceitua o princípio da dignidade humana a partir de seu conteúdo fundamental, composto por quatro princípios densificadores,

*e do amor, as soluções existem: o princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana. Esse pressuposto, conforme veremos adiante, é um preceito jurídico absoluto; é um **imperativo jurídico categórico**.” (p. 13; grifos no original).*

612 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 71-72.

613 AZEVEDO, Antonio Junquiera de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3-24, jan/mar 2002. p. 7-8.

614 AZEVEDO, Antonio Junquiera de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3-24, jan/mar 2002. p. 4-5. “Do ponto de vista ontológico, ou de visão da realidade, a concepção insular da pessoa humana é dualista: homem e natureza não se encontram, estão em níveis diversos; são respectivamente sujeito e objeto. (...) A segunda é monista: entre homem e natureza, há um continuum; o homem faz parte da natureza e não é o único ser inteligente e capaz de querer, ou o único dotado de autoconsciência. Há, entre os seres vivos, um crescendo de complexidade e o homem é o último elo da cadeia. A natureza como um todo é um bem. E a vida, o seu valor.” (p. 5.)

615 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

a saber: igualdade⁶¹⁶, integridade física e moral – psicofísica⁶¹⁷ –, liberdade⁶¹⁸ e solidariedade⁶¹⁹, que são decorrentes de quatro postulados

616 Abordando o direito à igualdade, Maria Celina Bodin de Moraes (**Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.) sustenta que “o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade, isto é, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais” (p. 86). Nas democracias contemporâneas, quando se debate a reivindicação de um “direito à diferença”, só há lugar para “a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos. No entanto, e evidentemente, não se pôde prescindir da igualdade formal, à qual apenas se acrescentou esta outra, a substancial” (p. 87). Nesse sentido é que “o legislador constituinte, apoiado nos princípios da dignidade humana e da solidariedade social, teve a pretensão de enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República – artigo 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social” (p. 93).

617 Quanto à tutela da integridade psicofísica, a civilista indica que nela estão abrangidos os tradicionais direitos de não ser torturado, de não receber tratamento desumano ou degradante, tampouco penas cruéis, compreendendo, ainda, numerosos direitos da personalidade, como a vida, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, o corpo, a identidade pessoal, e **todos os novos direitos relacionados com a bioética**. Vide: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 93-102.

618 Por liberdade, Maria Celina Bodin de Moraes (**Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.) entende “(...) toda e qualquer situação subjetiva recebe a tutela do ordenamento se e enquanto estiver não apenas em conformidade com o poder de vontade do titular, mas também em sintonia com o interesse social” (p. 106). “O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier” (p. 107). “Não se trata, portanto, de impor limites à liberdade individual, atribuindo maior relevância à solidariedade, ou vice-versa. O princípio a ser alcançado é o da dignidade da pessoa humana, o que faz com que a medida de ponderação para sua adequada tutela propenda ora para a liberdade, ora para a solidariedade. Tal, é, justamente, uma das medidas de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação a ser feita, em cada caso, entre liberdade e solidariedade – termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmesurada é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade” (p. 107-108).

619 Quanto ao direito-dever de solidariedade social, a professora carioca (**Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.) ressalta que ele ganhou importância na “tábua axiológica trazida pelas Constituições do século XX, elaboradas e

fundamentais componentes do “substrato material da dignidade”:

1) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, 2) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; 3) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; 4) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

A decomposição do princípio da dignidade da pessoa humana nesses quatro princípios demonstra que tão-só estes últimos podem ser relativizados, ponderados ou estimados, mas sempre em relação à dignidade, que é um postulado absoluto ou “o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado”, determinado aprioristicamente⁶²⁰.

Constata-se, com INGO WOLFGANG SARLET⁶²¹, que a dignidade da pessoa humana é “simultaneamente limite e tarefa dos

promulgadas após o término da Segunda Guerra Mundial. Nesse novo cenário, o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular, dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca. No caso brasileiro, essa mudança de perspectiva deu-se por força do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 e da nova ordem que ela instaura, calcada na primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial” (p. 109). “Do ponto de vista jurídico, como mencionado, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da “igual dignidade social”. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.” (...) “Este é o projeto solidarista, inscrito nos princípios constitucionais fundamentais, que começa lentamente a ser realizado, seja por meio de normas que, direta e indiretamente, afrontam tais desigualdades, seja agora, também, através da destinação de recursos especificamente para tal fim” (p. 114).

620 Já Antonio Junqueira de Azevedo (Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3-24, jan/mar 2002.) põe a questão da definição da norma-princípio em termos diversos: “a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em seqüência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1 – respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2 – consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3 – respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.” (p. 21-22).

621 SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. p. 209-240. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flavia. **Nos Limites da Vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 231.

poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um”. Conforme a idéia de “limite”, a pessoa humana é protegida contra a coisificação, gerando direitos negativos. Enquanto “tarefa”, dela decorrem deveres para o Estado (ou direitos positivos das pessoas). Aquele, por meio de medidas prestacionais, deve garantir seu devido respeito e promoção.

Nesse diapasão, o professor gaúcho analisou algumas das dimensões da dignidade da pessoa humana e chegou ao conceito que aqui se toma por marco teórico. Nas suas palavras⁶²²:

... tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Portanto, sob a luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que se unificam os direitos e garantias individuais, explícitos ou implícitos e que realizam a personalidade em todas as suas dimensões.

Na seara dos novos direitos relacionados à bioética, destaca-se uma questão preliminar quanto ao direito de procriar: existe um direito a filhos?

A demanda por filhos não se dá da mesma forma em todos os contextos de classes sociais, raça e gênero. “Ela é mais que uma expressão da afirmação de uma individualidade, é a reivindicação pela descendência planejada e racionalizada com o intuito de manutenção de si e daquele outro ser tão vigorosamente desejado”⁶²³.

622 SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. p. 209-240. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flavia. **Nos Limites da Vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 237.

623 Vide SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e Tecnologias Reprodutivas. p. 295-319. In: BUGLIONE, Samantha e VENTURA, Miriam (org.). **Direito à Reprodução e à Sexualidade**: uma questão de ética e justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.

Sob outro aspecto, o desejo de ter filhos não se resolve apenas pelo acesso às tecnologias de reprodução. É importante que se enfatize a adoção como forma de realizar o projeto parental.

MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER⁶²⁴ – reconhece que toda a filiação – sem exceção – é adotiva, sob o aspecto de que “é necessário o ato de aceitação da criança, como filho, para que exista realmente essa vinculação entre mãe e filho ou pai e filho”. Nesse sentido, a adoção comprova o “processo de desbiologização da filiação”, visto que a descendência genética perde valor face ao critério afetivo das relações paterno-filiais.

Por outro lado, a ciência desenvolveu tecnologias reprodutivas capazes de gerar filhos, independente de intercuro sexual. Mesmo considerando que o índice de sucessos alcançados não é dos mais altos⁶²⁵, muitos casais procuram e pagam preços altíssimos por esses serviços, tal o desejo de ter um filho. Adverte ELISABETH MELONI VIEIRA: “não devemos minimizar a infertilidade, nem trivializar o desejo de conceber e gerar uma criança”.

Em regra, a questão resolve-se no terreno da vida privada. O exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, responsabilmente, pelo casal heterossexual, lhe garante acesso à prole. Ocorre que há muitos casais inférteis⁶²⁶ e nem sempre a família é biparental e

311. Quanto às diversidades culturais e sociais relativas à demanda por filhos, a autora observa que: “*Nas classes populares, por exemplo, o constrangimento a que se vêem submetidos mulheres e homens, pela ausência de filhos, enseja um comprometimento de ordem moral que atinge as identidades masculina e feminina*”. (p. 297)

624 BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 63.

625 Alguns falam em 25%, outros em 10% (Corrêa, 2001). Vide: VIEIRA, Elisabeth Meloni. Políticas Pública e Contraceção no Brasil. p. 151-189. BERQUÓ, Elza (org.). **Sexo & Vida**: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. São Paulo: Editora Unicamp, 2003. p. 185.

626 Sobre definições de infertilidade, que são muito variadas, faz-se referência ao estudo de REBECCA J. COOK, BERNARD M. DICKENS e MAHMOUD FATHALLA (**Saúde Reprodutiva e Direitos Humanos**: integrando medicina, ética e direito. Trad. Andrea Romani, Renata Perrone e equipe. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004.), segundo o qual: “*algumas definições (de infertilidade) tomam como base o período de 12 meses de tentativas sem sucesso de engravidar, sem o uso de nenhum contraceptivo durante o ato sexual. Já outras definições têm como referência o período de 24 meses de tentativas. Uma estimativa geral indica que, entre 8 e 12% dos casais passam por algum tipo de problema de infertilidade durante a sua vida reprodutiva. Extrapolando para a população mundial, significa que de 50 a 80 milhões de pessoas estão sujeitas*

heterossexual, podendo se constituir por união de pessoas do mesmo sexo ou circunscrever-se às hipóteses de entidades monoparentais (“monoparentalidade projetada”⁶²⁷ ou decorrente de separação de casais – casados ou conviventes em união estável).

A abordagem jurídica do tema envolve uma análise valorativa em torno das técnicas de inseminação artificial.

Sem usurpar da pessoa humana o direito humano ao mais alto padrão de saúde possível⁶²⁸, a análise do direito à procriação deve guiar-se pela lógica da excepcionalidade. Não se pode compreender a reprodução humana assistida como a regra geral. Contudo, entendê-la enquanto exceção também não pode significar que o recurso é vedado⁶²⁹.

a algum tipo de problema de infertilidade. Provavelmente, sempre existirão alguns casais que irão sofrer de infertilidade por razões que não se podem prevenir, tratar ou mesmo por causas desconhecidas e representam menos de 5% dos casos, podendo ser ainda menores. Caso a prevalência de infertilidade seja superior a 5% considera-se que a mesma seja adquirida, o que indica a existência de causas no âmbito da comunidade que estariam contribuindo para tornar outros casais inférteis. Em alguns locais da África Subsaariana, a prevalência de infertilidade pode ser superior a 30%. A principal causa da infertilidade adquirida é a infecção pélvica resultante de doenças sexualmente transmissíveis (como a clamídiase e a gonorréia), de abortos inseguros ou de infecção puerperal (após o parto).” (p. 31)

627 Vide SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e Tecnologias Reprodutivas. p. 295-319. In: BUGLIONE, Samantha e VENTURA, Miriam (org.). **Direito à Reprodução e à Sexualidade: uma questão de ética e justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. “*Trata-se de entidades formadas por pessoas solteiras que recorrem a procedimentos médicos para tornarem-se pai ou mãe, independentemente de haverem constituído anteriormente uma dupla – homem e mulher ou um par, hipótese de casal do mesmo sexo. É o que alguns autores convencionaram denominar de ‘monoparentalidade projetada’*”. (p. 295)

628 O direito humano ao mais alto padrão de saúde possível está garantido na DUDH, art. 25; no PIDESC, art. 12; na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, art. 5(e)(iv); na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, art. 11 (1-f), art. 12, art. 14 (2-b); na CADH, art. 26 e no respectivo Protocolo de São Salvador, art. 9º, art. 10 e art. 11; Convenção Belém do Pará, art. 5º. Trata-se de direito que foi consagrado no art. 226, parágrafo 7º, da C.R.F.B. e no art. 9º da Lei n. 9263/96 (*Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.*).

629 Vide: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 175: “*Não se pode, certamente, afirmar que no ordenamento a regra seja a inseminação artificial, e a união homem e mulher, a exceção. Considerar o recurso à inseminação*

PIETRO PERLINGIERI⁶³⁰ – ao analisar as questões atinentes à inseminação artificial e à manipulação genética – ensina que a qualificação de excepcional significa a possibilidade de emprego das técnicas desde que seja instrumento necessário ou muito útil ao pleno desenvolvimento da pessoa, como nos casos de esterilidade incurável, de riscos de transmissão de doenças hereditárias, de razões de ordem psicológica. Nestas hipóteses, a questão da inseminação não se coloca mais em termos discricionários e o acesso às técnicas realiza o direito à saúde (enquanto expressão do direito à vida digna) e insere-se na assistência sanitária nacional (enquanto dever estatal).

Ocorre que os direitos humanos reprodutivos não são absolutos e “não se pode falar em uma liberdade procriadora exercida de qualquer maneira, mas de uma liberdade responsável”⁶³¹. Em vista disso, MARIA HELENA DINIZ sustenta a existência de um direito reprodutivo ao “planejamento familiar responsável”, sintonizado com o “direito à concepção e à descendência” que pode ser exercido pela via do ato sexual ou da fertilização assistida, em caso de esterilidade⁶³².

Questiona-se – nesse ponto – se a esterilidade possa ser a única causa de justificação do uso dessas técnicas, ou se o recurso a elas possa encontrar “razão em uma exigência de pleno desenvolvimento da pessoa e de sua realização”⁶³³. Se a esterilidade for a única causa justificadora, o acesso ao recurso teria de ser negado tanto para as mulheres solteiras como também para as famílias constituídas por uniões homoafetivas.

Para MANOEL CARRASCO DURÁN⁶³⁴ (que não vê distinção entre as modalidades de reprodução natural ou assistida), a proibição artificial como excepcional não equivale a exprimir um juízo negativo sobre a mesma.”

630 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 175-176.

631 DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140-141.

632 MARIA HELENA DINIZ não admite o recurso à RHA em razão de outras causas diversas da esterilidade. Vide: **O Estado Atual do Biodireito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

633 PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 828.

634 DURÁN, Manuel Carrasco. Reprodução: interpretação constitucional e biodireito. p. 237-261. In: BUGLIONE, Samantha e VENTURA, Miriam (org.). **Direito à Reprodução e à Sexualidade**: uma questão de ética e justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 252-253.

generalizada de acesso a técnicas de reprodução aplicada a todas as pessoas que não se encaixem em determinado modelo de pais e de famílias parece uma medida claramente contrária aos direitos fundamentais e liberdades ideológicas, assim como à intimidade das pessoas.

O direito à reprodução deriva dos direitos à liberdade ideológica e à intimidade das pessoas. Entendemos que em matéria jurídica não há diferença entre a reprodução natural e a reprodução assistida, senão um direito à reprodução, que tem um fundamento constitucional e que pode ser exercido, hoje em dia, mediante distintas técnicas. É um erro atuar neste tema como se na atualidade somente houvesse uma forma de reprodução e a reprodução assistida fosse “outra coisa”.

Certamente, os direitos fundamentais não são ilimitados, porém raciocinar na ótica dos direitos fundamentais significa admitir que aqueles somente podem ser limitados quando afetam os direitos fundamentais de outras pessoas ou a bens e valores objetivos que a Constituição proteja e que o Estado está obrigado a garantir.

O acesso a determinadas técnicas de reprodução artificial somente será possível quando realmente esteja motivada pela proteção de direitos, bens ou valores reconhecidos na Constituição e quando tal proibição possa considerar-se proporcional e necessária para assegurar a garantia daqueles bens, direitos e valores.

Nesse contexto não se entende razoável restringir o acesso às técnicas de RHA conforme critério da orientação sexual ou da conjugalidade.⁶³⁵ Isso porque no marco do Estado Democrático de Direito da CRFB há pluralidade de famílias, sendo certo que o princípio constitucional de proteção às famílias está insculpido na Constituição de 1988, artigo 226 e parágrafos.⁶³⁶

635 Não há regras expressas regulando as novas tecnologias referentes à reprodução humana. O único ato em vigor no Brasil é a resolução do CFM n. 1358/92, que tem natureza administrativa e regulamentar da profissão médica. Essa resolução não afasta a possibilidade de fertilização de mulheres solteiras ou famílias homoafetivas, além de abraçar a possibilidade de maternidade substituta quando se tratar de parentesco próximo (até o 2º grau). Disponível em: [http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm]. Acesso em 2 fev.2010.

636 MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER (**Direito, Sexualidade e Reprodução Humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.) avalia que as novas famílias (monoparentais, adotivas e reconstituídas) – enquanto representações plurais de convívio, onde o afeto é o amálgama das relações – encontram espaço e reconhecimento jurídico. (p. 83)

Sob o enfoque democrático, não é racional imaginar-se um único padrão de constituição familiar. Destaca FABIANE SIMIONI, a existência de uma “pluralidade de organizações familiares, tanto no plano fático quanto jurídico. Nesse sentido, os núcleos monoparentais, constituídos mediante o recurso de tecnologias reprodutivas não deveriam sofrer, de antemão, qualquer impedimento legal, sobretudo, à sua formação”⁶³⁷.

A autora estabelece como categorias centrais para pensar o acesso às tecnologias de procriação: o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – na perspectiva do reconhecimento das capacidades e da atribuição de poderes-deveres jurídicos aos indivíduos.

Harmonizando-se o exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, mediante a tutela da individualidade e, em particular, da diferença, da autonomia e da determinação, com a responsabilidade para com os outros e para com aqueles que ainda virão, garante-se a plenitude de exercício dos direitos sexuais e reprodutivos de todas as pessoas.⁶³⁸

Do direito de gerar decorre o dever da paternidade responsável. Se a concepção pertence à esfera de intimidade e liberdade dos indivíduos, a responsabilidade pela criança gerada é dever compartilhado solidariamente com a família, comunidade e sociedade. De fato, o superior interesse da criança deve preponderar sempre. Contudo, não decorre da proteção integral que o interesse do menor, necessariamente, se contraponha ao recurso às técnicas de procriação artificial. Tampouco

637 SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e Tecnologias Reprodutivas. p. 295-319. In: BUGLIONE, Samantha e VENTURA, Miriam (org.). **Direito à Reprodução e à Sexualidade: uma questão de ética e justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 297-298.

638 Esses limites principiológicos colocam em evidência que os argumentos conservadores que reprovam o acesso às técnicas reprodutivas expõem lógicas distintas para casais e para indivíduos. Conforme FABIANE SIMIONI (Monoparentalidade e Tecnologias Reprodutivas. p. 295-319. In: BUGLIONE, Samantha e VENTURA, Miriam (org.). **Direito à Reprodução e à Sexualidade: uma questão de ética e justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.): “*No caso de indivíduos homossexuais, “o argumento do ‘desejo egoísta’, da ‘individualidade exacerbada’, tão comum para a negativa a mulheres solteiras, não vale. O discurso contrário para o acesso à reprodução, para homossexuais, é baseado em uma concepção de bem inserida na moralidade das doutrinas religiosas. A pergunta é: a concepção de bem, construída a partir de critérios de Justiça, deve ser pautada pela orientação sexual dos indivíduos?*” (p. 302) ou pela conjugalidade (união estável ou casamento heterossexual)?

colida com a possibilidade de integrar uma família monoparental ou uma família homossexual, “desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto”.⁶³⁹

Tanto os indivíduos solteiros como os homossexuais são cidadãos, ou seja: membros cooperativos de uma sociedade, capazes de exercer e respeitar seus vários direitos e deveres⁶⁴⁰. Em sendo a cidadania “aptidão para exercer direitos”⁶⁴¹, negar-lhes o acesso às tecnologias reprodutivas para realizar seus projetos parentais é absolutamente inconstitucional.

Estabelecidas as bases normativas e éticas do direito de gerar, volta-se este estudo para a análise do dever estatal de assistência à saúde sexual e reprodutiva. É o que se tratará no próximo item.

4. Dever do Estado Brasileiro de prestar assistência à concepção.

Em um primeiro momento, se faz necessário explicitar a fonte do dever estatal de prestar assistência à saúde reprodutiva, no seu aspecto relativo à concepção mediante recurso às novas tecnologias reprodutivas.

Buscando fundamento de validade no art. 5º, *caput*, (direito à vida), nos arts. 196-198 (direito à saúde) e no art. 226, parágrafo 7º (direito ao planejamento familiar), o legislador infraconstitucional estabeleceu, no art. 3º, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal n. 9263/96 os deveres estatais referentes aos direitos sexuais e reprodutivos.

A regra infraconstitucional densifica a obrigação estatal das instâncias do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, em toda a sua rede de serviços, de prestarem as ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais. Para garantir a efetividade da proteção, fica estabelecida, como atividade básica, a assistência à concepção.

639 BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81.

640 SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e Tecnologias Reprodutivas. p. 295-319. In: BUGLIONE, Samantha e VENTURA, Miriam (org.). **Direito à Reprodução e à Sexualidade**: uma questão de ética e justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 311.

641 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 78.

Essa norma-regra, conjugada com o disposto no art. 9º, da Lei 9263/96, garante o acesso a todos os métodos e técnicas de concepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, para o pleno exercício do direito ao planejamento familiar.

No sentir de PIETRO PERLINGIERI⁶⁴², quando o emprego das técnicas atinentes à inseminação artificial seja instrumento necessário ou muito útil ao pleno desenvolvimento da pessoa⁶⁴³, o acesso às técnicas realiza o direito individual à saúde e insere-se dentre os deveres estatais decorrentes da assistência sanitária nacional.

O professor italiano avalia decisão do Tribunal italiano que considera a fertilização *in vitro* como tratamento sanitário necessário, “enquanto ajuda a remediar uma crise psíquica com dimensões patológicas” e que determina o reembolso das despesas efetuadas por parte do sistema de saúde pública e de uma seguradora particular⁶⁴⁴.

Traga-se à colação, ainda, decisão da Grand Chamber da Corte Européia de Direitos Humanos, no julgamento do caso Dickson v. The United Kingdom⁶⁴⁵. Nesse caso, foi reconhecida violação ao direito à vida familiar pelo Reino Unido que negou pedido de inseminação artificial ao casal Dickson. O caso é muito interessante porque trata do diálogo dos direitos sexuais e reprodutivos com os direitos dos encarcerados a não sofrerem uma punição mais ampla do que a determinada na sentença condenatória.

Kirk e Lorraine Dickson, ambos britânicos, ele nascido em 1972 e ela nascida em 1958, se apaixonaram na prisão. Ela cumpria pena por delito simples e obteve mais rápido sua liberdade. No ano de sua soltura, casou com Kirk, 14 anos mais moço. Ele cumpria 15 anos de pena privativa de liberdade por homicídio.

642 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 175-176.

643 Repita-se: como nos casos de esterilidade incurável, de riscos de transmissão de doenças hereditárias, de razões de ordem psicológica.

644 PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Nota de Rodapé n. 251. p. 822.

645 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber Judgment. Dickson v. The United Kingdom. Application n. 44.362/04. Disponível em [<http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/nomologia/DICKSONSUMMARY.pdf>]. Acesso em 20 jan.2010.

Considerando que ele não tinha prole e que Lorraine já contava com 43 anos, em 2001, aguardar a libertação de Kirk poderia comprometer o projeto parental da família. No exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, os Dickson peticionaram ao governo britânico solicitando tratamento com técnicas de reprodução artificial.

O pleito foi negado, sob os seguintes argumentos. A uma, os noivos não tiveram convivência anterior à privação de liberdade, de modo que não haveria razão para entender pela possibilidade concreta de estabilidade familiar após a soltura de Kirk.

A duas, a criança ficaria alguns anos sem a presença do pai, que ainda estaria preso. A três, salientou-se que a família não tinha boas condições financeiras para garantir o sustento dos 3 filhos de Lorraine, quanto mais de uma nova criança.

O quarto argumento refere-se ao tipo de crime praticado por Kirk. A violência do homicídio seria incompatível com a possibilidade do “benefício” da inseminação artificial.

A decisão da Grand Chamber contra-argumentou que não se podem ampliar os efeitos da sentença para restringir mais direitos do que os que decorrem da condenação. Esse é o sentido das Regras Mínimas para Tratamento de Presos das Nações Unidas que veda o agravamento da situação dos condenados por motivos não vinculados a manutenção da disciplina, por fato superveniente, ocorrido na prisão. E ainda, se uma das funções da pena de prisão é a reabilitação do condenado, devem-se manter os aspectos positivos da vida fora da cadeia. Ter um filho é ter laços familiares fortes, que muito podem contribuir para a ressocialização. Por fim, argumentou-se com a idade de sua esposa no momento do término do cumprimento de pena de Kirk. Ela não teria mais idade reprodutiva, o que fulminaria o projeto parental de ambos.

Analisando esse standard, MANOEL CARRASCO DURÁN entende que não se pode falar em um consenso em escala europeia a respeito de um direito quanto à decisão de ter ou não um filho. Mesmo havendo reconhecimento de violação do art. 8º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (direito à vida privada), “não parece que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já está em condições de estabelecer que as pessoas tenham o direito fundamental de utilizar técnicas de reprodução assistida para ter filhos”⁶⁴⁶.

646 DURÁN, Manuel Carrasco. Reprodução: interpretação constitucional e biodireito. p. 237-261. In: BUGLIONE, Samantha e VENTURA, Miriam (org.). **Direito à**

No panorama nacional, é igualmente tormentoso defender-se um direito de acesso gratuito às técnicas de reprodução artificial a ser garantido pelo SUS. Ao lado de inúmeros julgados contrários⁶⁴⁷, pode-se colacionar uma importante decisão favorável. Ela foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em sede de apelação e reconhece expressamente o dever constitucional do Estado Brasileiro a prestar assistência à concepção. O direito à saúde é reconhecido em conexão com o direito ao planejamento familiar. Com a palavra, o Tribunal⁶⁴⁸:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. PROGRAMA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA DA REDE DE SAÚDE PÚBLICA. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO. LEI ORGÂNICA DO DF. IMPUGNAÇÃO À GRATUIDADE DE JUSTIÇA. AUTOS APARTADOS. MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA.

Reprodução e à Sexualidade: uma questão de ética e justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 251.

647 LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 97-98. Nota de Rodapé n. 249. Vide: TJRS – Ag. Inst. n. 70010293233 – Porto Alegre, 21ª Cam. Cível, Rel. Des. Marco Aurélio Heinz, j. 18.05.2005. TJRS – Ap. Cível n. 70008522393, 3ª Câm. Cível, Rel. Des. Nelson Antonio Monteiro Pacheco, j. 19.08.2004. TJRS – Ag. Inst. n. 70007207632 – Porto Alegre, 3ª Câm. Cível, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 04.12.2003. Somem-se os seguintes julgados: TJMG – M. Seg. n. 1.0000.07.462395-0/000, 3º Grupo de Câm. Cíveis, Rel. Des. Edilson Fernandes, j. 20.08.2008. (*Mandado de Segurança – Garantia constitucional à saúde dos cidadãos necessitados – Dever do Estado – Fertilização in vitro – Procedimento Complexo – Ausência de Prova Pré-constituída – Denegação da Ordem. Não restando evidenciada qualquer ofensa à vida ou à saúde da impetrante e, sendo a fertilização in vitro um procedimento complexo que pode requerer diversas tentativas, imperiosa que a matéria seja definitivamente solucionada nas vias ordinárias, oportunidade em que poderá se verificar a melhor combinação de remédios para o sucesso do tratamento.*), TJSP – Ag. Inst. n. 887.454-5/9-00 – 12ª CDPúb. – Rel. Des. Osvaldo de Oliveira – j. 15.04.2009. (*Agravo de Instrumento – Mandado de Segurança – Fornecimento de medicamentos – Fertilização assistida – Indeferimento da liminar. Ausência de elementos suficientes a comprovar o direito invocado. Recurso improvido.*). TJSP – Ag. 751.750-5/2-00, 4ª CDPúb., Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 27.11.2008. (*Reprodução assistida – ação de obrigação de fazer – tutela antecipada. Agravo de Instrumento. Tratamento de reprodução assistida. Ação de Obrigação de Fazer. Tutela antecipada. Descabimento. Inexistência de dano irreparável ou de difícil reparação. Recurso Improvido.*)

648 TJDF – Apel. n. 2005.01.1.039158-6 – 6ª. T. Cível – Rel. Des. Otávio Augusto – j. 22.11.2006.

- Os cuidados com a saúde e a assistência pública são de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a teor das disposições contidas no art. 23, inc. II, da CF e na Lei Orgânica do Distrito Federal, que disciplina, em seu art. 207, a competência do Sistema Único de Saúde para a **assistência integral à saúde da mulher**, à orientação do **planejamento familiar**, e à garantia de **acesso da população a medicamentos** e assistência farmacêutica, entre outras.

(...)

- Recurso provido parcialmente. Unânime.

VOTO DO RELATOR

(...)

Como se verifica da inicial, os autores informam que estão inscritos no Programa de Reprodução Assistida desde 25/10/99, juntando cartão de atendimento e asseverando que não têm acesso aos medicamentos necessários ao tratamento, tampouco a qualquer informação do Hospital nesse sentido.

O Serviço de Reprodução Assistida do HRAS, em atendimento à solicitação do Juízo, apresentou a documentação de fls. 33/42, da qual se constata as dificuldades na manutenção do Programa de Fertilização, que dispõe de poucos profissionais, além de medicamentos insuficientes, para atender a demanda de uma lista de espera de mais de 1.900 pacientes.

Contudo, o Serviço foi instituído na rede pública e vem alimentando as esperanças de formação de uma família, mediante a fertilização *in vitro*, de muitos casais que nele se inscreveram e que, a exemplo do caso em apreço, lutam contra o tempo.

Não obstante as dificuldades relatadas pela coordenadora do Serviço de Reprodução Assistida, *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”* (art. 196/CF). Dessa forma, se a rede pública disponibiliza para a população tratamento específico e complexo em reprodução humana, inclusive com o cadastramento dos pacientes que dele necessitam, deveria, a tempo e a modo, garantir a efetiva

implementação do serviço e a realização das medidas indispensáveis para a viabilidade e o sucesso do Programa.

(...)

Note-se que a decisão jurisdicional citada, mesmo sem referência expressa nas razões do voto, incorpora a tese da proibição do retrocesso e a cláusula do desenvolvimento progressivo em matéria de direitos humanos econômicos, sociais e culturais⁶⁴⁹. A racionalidade do acórdão expressamente aborda que programa de reprodução assistida da rede de saúde pública foi instituído na rede pública e vem alimentando as esperanças de formação de uma família, contando com uma lista de espera de mais de 1900 pacientes que sonham em submeterem-se às técnicas reprodutivas e que lutam contra o tempo.

Ora, se o ente público já colocou à disposição dos usuários do Sistema Único de Saúde o serviço de reprodução humana assistida, não pode amesquinhar a proteção já consagrada aos direitos humanos à saúde sexual e reprodutiva. Daí decorre mais especificamente o dever do Estado de prestar assistência à concepção.

Violam-se os direitos à saúde reprodutiva e sexual não só por ação como também por omissão. Esse é o sentido da Observação Geral n. 9 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao tratar da violência no contexto da política de saúde reprodutiva (item 44). O Estado Parte que “não cumpre com suas obrigações fundamentais de promover a saúde da mulher” comete violência por omissão.

Nesse diapasão, holístico, é que MIRIAM VENTURA⁶⁵⁰ entende a saúde, em sentido amplo e contemporâneo, como “uma questão de cidadania e de justiça social, e não apenas um estado biológico”. A partir dessa premissa, há profusa normativa internacional que absorve a noção de saúde “como direito a ser assegurado pelo Estado por meio de

649 Por proibição do retrocesso entende-se a característica dos direitos humanos segundo a qual “é vedado aos Estados que diminuam ou amesquinhem a proteção da conferida aos direitos humanos.” Além disso, mencione-se a cláusula do “desenvolvimento progressivo” prevista nos pactos internacionais sobre direitos humanos econômicos, sociais e culturais, que “também incorpora a vedação do retrocesso, como característica do regime jurídico dos direitos humanos na esfera internacional”. Vide: RAMOS, Andre de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 243-246.

650 VENTURA, Miriam. **Saúde Feminina e o Pleno Exercício da Sexualidade e dos Direitos Reprodutivos**. Disponível em: [http://www.mulheresnobra.org.br/pdf/PMB_Cap.7.pdf]. Acesso em 17 jan.2010.

políticas sociais e econômicas amplas, capazes de permitir não somente o acesso à assistência médica e sanitária, mas também de interferir nos demais fatores que favorecem o adoecimento humano”.

Dentre as repercussões práticas desse conceito, destacam-se:

(1) O reconhecimento legal da responsabilidade do Estado de proteção, garantia e promoção de políticas econômicas, sociais e ambientais capazes de assegurar uma vida saudável, além de captar e aplicar o máximo de recursos disponíveis internamente e na comunidade internacional para o cumprimento de suas obrigações, sendo vedado qualquer recuo ou retrocesso.

(2) A relação estabelecida do indivíduo com o Estado é de sujeito portador de direitos específicos, e não de mero alvo das políticas estatais ou portador de necessidades que devem ser moralmente atendidas pelo ente estatal. O Estado converte-se, assim, no principal responsável pelo cumprimento dessas obrigações legais de forma universal, igualitária e democrática, que atenda a interesses individuais e coletivos dos cidadãos.

(3) A possibilidade de tutela judicial individual e coletiva do direito à saúde e de outros direitos inter-relacionados por meio de mecanismos de garantia e promoção de direitos, na esfera nacional e internacional.

Há autores que entendem ser o direito à saúde reprodutiva parte do rol dos direitos humanos sem, contudo, dotá-lo de justiciabilidade e exigibilidade⁶⁵¹. O Estado teria um papel negativo de não obstaculizar o acesso aos serviços de reprodução assistida, mas não um papel promocional. Argumentam que os casais que concebem de forma natural usam serviços custeados pelo Estado na gestação e parto, mas não recebem praticamente nenhuma ajuda para fins de concepção. Se nenhum fundo do Estado financia a concepção natural, não se estaria negando às mulheres inférteis o que também não está à disposição das mulheres férteis.

Assim, “os casais podem exigir acesso total aos serviços de RA que puderem pagar, mas não exigir que o estado financie o acesso a serviços que, tal como a medicina estética, caem na categoria de ‘medicina de luxo’”⁶⁵².

651 Aqui se utilizam as expressões “justiciabilidade” e “exigibilidade” no sentido que foi dado por JAYME BENVENUTO LIMA JR. In: **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

652 COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., FATHALLA, Mahmoud. **Saúde**

A lógica desse raciocínio é apenas aparente e não resiste ao crivo da razoabilidade. É óbvio que não se coloca à disposição das mulheres férteis tratamento de RA, pela simples razão de sua desnecessidade. O papel do Estado, nesse aspecto, é simplesmente negativo e a matéria – como se salientou desde o início – segue a lógica da excepcionalidade. A regra é a reprodução natural e a exceção a reprodução assistida. Em sendo hipótese de reprodução assistida, a tutela do direito humano à saúde reprodutiva e sexual se dá pela prestação positiva de acesso à assistência à concepção. Nesse caso, a omissão estatal equivale à violação direta de direitos humanos e enseja responsabilização solidária dos entes públicos no plano interno e do Estado brasileiro em nível internacional.

Portanto, há um dever estatal de prestar assistência à saúde reprodutiva que englobe o acesso aos melhores recursos científicos de concepção que corresponde ao direito subjetivo do homem à saúde reprodutiva, no aspecto do direito de gerar.

5. Conclusões.

Ao término deste estudo, torna-se possível sintetizar objetivamente algumas de suas proposições mais importantes:

- 1) Os direitos humanos são um dado histórico. Nessa perspectiva, é recente a emergência dos direitos sexuais e reprodutivos, que remonta à Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994) e à Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing, 1995).
- 2) Os termos ‘saúde sexual’ e ‘saúde reprodutiva’ são dimensões analíticas distintas. A atividade sexual não implica, necessariamente, em reprodução. A reprodução, por sua vez, geralmente envolve atividade sexual. Entretanto, com as novas técnicas de fertilização *in vitro* pode haver reprodução sem intercuro sexual.
- 3) Em um Estado Democrático de Direito, os direitos sexuais são direitos humanos que incluem: o direito de viver a sexualidade com prazer, o bem-estar sexual, a liberdade individual e o respeito mútuo nas relações interpessoais, sendo práticas sexuais igualmente livres a heterossexualidade e a homossexualidade.
- 4) A idéia de direitos reprodutivos como direitos humanos marca

Reprodutiva e Direitos Humanos: integrando medicina, ética e direito. Trad. Andrea Romani, Renata Perrone e equipe. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004. p. 318.

uma era a partir da qual as políticas nessa área não podem mais ser as mesmas. A incorporação dos direitos sexuais e reprodutivos no elenco dos direitos humanos assegura às pessoas o direito ao planejamento familiar, incluindo-se o recurso a toda descoberta científica que garanta o tratamento de patologias vinculadas à função reprodutiva e o acesso à saúde enquanto completo bem estar físico, psíquico e emocional.

5) A abordagem do direito de gerar ou procriar, enquanto ‘exigência para satisfazer o pleno desenvolvimento da pessoa e de sua realização’, inicia-se pela análise do princípio jurídico-constitucional vetor de sua disciplina, qual seja: o princípio da dignidade da pessoa humana, densificado no princípio geral da liberdade individual e no princípio setorial do planejamento familiar, já que a perspectiva de interpretação civil-constitucional é a premissa metodológica diretriz deste trabalho.

6) Do valor da unidade da Constituição decorre a noção de sistema, que abriga vários subsistemas. Portanto, ter-se-á que dentro do sistema constitucional se articula o subsistema civil. Este, por sua vez, abrange outros subsistemas, dentre os quais se destaca o subsistema do direito civil da pessoa humana (valores existenciais) guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, norma-princípio chave do ordenamento jurídico brasileiro que orienta e dá fundamento a todas as suas demais normas, vez que os valores patrimoniais estão sempre funcionalizados em razão dos valores existenciais.

7) A personalidade humana, nos moldes da Constituição de 88 foi eleita como valor maior do ordenamento jurídico brasileiro. No artigo 1º, III, ela é enunciada como um dos objetivos do Estado Democrático e Social de Direito, isto é, como epicentro axiológico do sistema aberto de regras e princípios que é a ordem jurídica.

8) A dignidade da pessoa humana é ao mesmo tempo limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral. Enquanto “limite”, a pessoa humana é protegida contra a coisificação, gerando direitos negativos. No sentido de “tarefa”, dela decorrem deveres para o Estado (ou direitos positivos das pessoas). Aquele, por meio de medidas prestacionais, deve garantir seu devido respeito e promoção.

9) Na seara dos novos direitos relacionados à bioética, existe um direito a filhos, que não se resolve apenas pelo acesso às tecnologias de reprodução, sendo importante enfatizar a adoção como forma de realizar o projeto parental.

10) Sem usurpar da pessoa humana o direito humano ao mais alto padrão de saúde possível, a análise do direito à procriação deve guiar-se pela lógica da excepcionalidade. Não se pode compreender a reprodução humana assistida como a regra geral. Contudo, entendê-la enquanto exceção também não pode significar que o recurso é vedado.

11) Em não sendo os direitos humanos reprodutivos absolutos, a liberdade procriadora deve ser exercida de maneira responsável. Do direito de gerar decorre o dever da paternidade responsável. Fala-se, portanto, em um direito reprodutivo ao planejamento familiar responsável, sintonizado com o direito à concepção e à descendência que pode ser exercido pela via do ato sexual ou da fertilização assistida, não só em caso de esterilidade, mas sempre que houver indicação para o recurso.

12) Se a concepção pertence à esfera de intimidade e liberdade dos indivíduos, a responsabilidade pela criança gerada é dever compartilhado solidariamente com a família, comunidade e sociedade. De fato, o superior interesse da criança deve preponderar sempre. Contudo, não decorre da proteção integral que o interesse do menor, necessariamente, se contraponha ao recurso às técnicas de procriação artificial. Tampouco colida com a possibilidade de integrar uma família monoparental ou uma família homossexual, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto.

13) A fonte do dever estatal de prestar assistência à saúde reprodutiva, no seu aspecto relativo à concepção mediante recurso às novas tecnologias reprodutivas decorre do art. 5º, *caput*, (direito à vida), dos arts. 196-198 (direito à saúde) e do art. 226, parágrafo 7º (direito ao planejamento familiar), assim como está no art. 3º, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal n. 9263/96.

14) Há um dever estatal de prestar assistência à saúde reprodutiva que engloba o acesso aos melhores recursos científicos de concepção e ao qual corresponde o direito subjetivo do homem à saúde reprodutiva, no aspecto do direito de gerar.

6. Referências Bibliográficas.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. Técnicas de Reprodução Assistida e Biodireito. p. 7-25. Revista IOB de Direito de Família, Ano XI, N. 55, ago.-set. 2009. Porto Alegre: Síntese.

ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde. p. S465-S469. Cadernos Saúde Pública, N. 19 (suplemento 2). Rio de Janeiro, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3-24, jan/mar 2002.

BARSTED, Leila Linhares. O Reconhecimento dos Direitos Sexuais: possibilidades e limites. p. 247-258. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flavia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BERQUÓ, Elza (org.). Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. São Paulo: Editora Unicamp, 2003.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUGLIONE, Samantha, VENTURA, Miriam, ALVES, Marcelle. Os Tribunais Brasileiros e os Direitos Sexuais e Reprodutivos. p. 1-22. In: BUGLIONE, Samantha e VENTURA, Miriam (org.). Direito à Reprodução e à Sexualidade: uma questão de ética e justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Fundação Calouste Gulbenkian.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. V. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999.

CHUT, Marcos André. Tutela Jurídica do Genoma Humano e a Teoria do Mínimo Ético. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 6ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.

COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., FATHALLA, Mahmoud. Saúde Reprodutiva e Direitos Humanos: integrando medicina, ética e direito. Trad. Andrea Romani, Renata Perrone e equipe. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004.

CORRÊA, Sônia, JANNUZZI, Paulo de Martino, ALVES, José Eustáquio Diniz. Direitos e Saúde Sexual e Reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. Disponível em: [http://www.abep.org.br/fotos/Dir_Sau_Rep.pdf]. Acesso em 17 jan.2010.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DURÁN, Manuel Carrasco. Reprodução: interpretação constitucional e biodireito.

p. 237-261. In: BUGLIONE, Samantha e VENTURA, Miriam (org.). Direito à Reprodução e à Sexualidade: uma questão de ética e justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FAIRSTEIN, Carolina e ROSSI, Julieta. Comentario a la Observación General n. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. p. 319-373. Revista Argentina de Derechos Humanos. Ano 1. N. 0. Buenos Aires, jun. 2001.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. Introdução ao Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin. Dano à pessoa humana: uma análise civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: aborto inseguro como violação de direitos humanos. p. 53-72. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flavia. Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PITANGUY, Jacqueline, HERINGER, Rosana. Direitos Humanos no MERCOSUL. Cadernos Fórum Civil, ano 3, n. 4. Rio de Janeiro: CEPIA, 2001.

RAMOS, Andre de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. p. 209-240. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flavia. Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e Tecnologias Reprodutivas. p. 295-319. In: BUGLIONE, Samantha e VENTURA, Miriam (org.). Direito à Reprodução e à Sexualidade: uma questão de ética e justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEPEDINO, Gustavo Mendes. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENTURA, Miriam. Saúde Feminina e o Pleno Exercício da Sexualidade e dos Direitos Reprodutivos. Disponível em: [http://www.mulheresnobra.org.br/pdf/PMB_Cap.7.pdf]. Acesso em 17 jan.2010.

O DEFENSOR PÚBLICO COMO MEDIADOR UMA NOVA FORMA DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Marina Magalhães Lopes⁶⁵³

Resumo:

As modificações ocorridas na sociedade e, conseqüentemente, no ordenamento jurídico brasileiro nas últimas décadas trouxeram grandes inovações ao processo civil, introduzindo e privilegiando novos métodos de solução de conflitos. Através do presente artigo procuramos conciliar a atuação do Defensor Público e as funções institucionais por ele exercidas com o instituto da mediação, tendo como corolário o princípio do acesso à justiça.

Palavras-chave: Processo Civil; Defensoria Pública; mediação; conciliação; acesso à justiça; solução de conflitos;

1. Introdução

Podemos afirmar que o fortalecimento do direito de assistência jurídica correspondeu à consolidação da cidadania. Em 1851 foi editado na França o *Code de l'Assistance Judiciaire*⁶⁵⁴, no qual havia a previsão da obrigatoriedade de atuação gratuita dos advogados em favor daqueles que necessitassem, tanto nas causas cíveis quanto nas criminais. Mas só no século XX, no auge do *Welfare State* é que o Estado passou a garantir a existência desse direito, com a criação de serviços destinados exclusivamente para esse fim⁶⁵⁵.

653 Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

654 Cf. ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos. Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.34.

655 “Assim, do mesmo modo que o Estado passou a garantir a todas as pessoas um patamar mínimo de bens e serviços considerados essenciais, dentre os quais se pode enumerar: alimentação, vestuário, educação, assistência médica, moradia, que podiam ser fornecidos in natura ou mediante pagamento de renda mínima que tornasse possível o custeio desses itens, também passou a incluir entre os serviços garantidos à população um ‘serviço social destinado a fornecer o direito civil do cidadão de decidir seus litígios num tribunal de justiça.’ ALVES, Cleber Francisco, *op.cit.*, p.35.

Especificamente no caso do Brasil, o fim da ditadura militar e a redemocratização política representaram um resgate da idéia de cidadania. A promulgação da Constituição provocou mudanças significativas na estrutura político-jurídica do país.

No entanto, os inúmeros avanços ocorridos no campo político, como as eleições diretas, liberdade partidária, o processo de *impeachment*, entre outros, não foram capazes de criar uma cultura jurídica na população. Como será visto adiante, o direito à informação é imprescindível para a concretização do próprio acesso à justiça. A desinformação, aliada à constante violação de direitos, acaba criando maior segregação na sociedade: enquanto alguns têm condições e conseguem se valer da estrutura social para preservar seus direitos, outros acabam ficando a mercê dos governantes, sem qualquer espécie de amparo estatal⁶⁵⁶.

2. Fundamentos do direito de assistência jurídica

Corolário do próprio direito de acesso à justiça, o direito à assistência jurídica decorre também de outros direitos constitucionalmente previstos (como a isonomia, da dignidade da pessoa humana) e dos próprios fundamentos e objetivos fundamentais da República do Brasil.

656 Cf. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 9.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p.215.: “A parcela da população que pode contar com a proteção da lei é pequena, mesmo nos grandes centros. Do ponto de vista da garantia dos direitos civis, os cidadãos brasileiros podem ser divididos em classes. Há os de primeira classe, os privilegiados, os ‘doutores’, que estão acima da lei, que sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social. Os ‘doutores’ são invariavelmente brancos, ricos, bem vestidos, com formação universitária. São empresários, banqueiros, grandes proprietários rurais e urbanos, políticos, profissionais liberais, altos funcionários. Frequentemente mantêm vínculos importantes nos negócios, no governo, no próprio Judiciário. (...) Ao lado dessa elite privilegiada, existe uma grande massa de ‘cidadãos simples’, de segunda classe, que estão sujeitos aos rigores e benefícios da lei. São a classe média modesta, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais. Podem ser brancos, pardos ou negros, têm educação fundamental completa e o segundo grau, em parte ou todo. Essas pessoas nem sempre têm noção exata de seus direitos, e quando a têm carecem dos meios necessários para os fazer valer; como o acesso aos órgãos e autoridade competentes, e os recursos para custear demandas judiciais. Frequentemente, ficam à mercê da polícia e de outros agentes da lei que definem na prática que direitos serão ou não respeitados.”

A cidadania e a dignidade da pessoa humana são elencadas no artigo 1º da Constituição Federal⁶⁵⁷ como fundamentos da República, enquanto entre os seus objetivos⁶⁵⁸ (previstos no art. 3º) se incluem a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Em um país com enorme desigualdade social, onde os indicadores sociais são considerados sensivelmente baixos, o desenvolvimento de um serviço de assistência jurídica efetivo, no caso a Defensoria Pública, é essencial, pois proporciona maior inclusão social.

Isto porque a Defensoria Pública, além de atuar judicialmente nas causas cíveis e criminais em favor dos hipossuficientes, presta serviços fora do âmbito desse poder.

A consultoria jurídica, que permite que as partes tirem dúvidas acerca de direitos e das condutas a serem tomadas em determinadas situações pode ser prestada fora do âmbito do judiciário e independentemente da existência de qualquer processo judicial.

Além disso, através da Defensoria Pública os hipossuficientes podem conquistar outros direitos inerentes ao próprio exercício da cidadania como, por exemplo, a obtenção de segunda via de documentos sem a cobrança de taxas (carteiras de identidade, certidões de casamento, certidões de nascimento, escrituras, etc.) e o ajuizamento de ações relativas ao registro tardio de nascimento e óbito.

A inclusão do parágrafo 2º no art. 134 da Constituição Federal, ao assegurar autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas estaduais, representou grande oportunidade de avanço institucional, permitindo maior independência em relação ao poder executivo.

No entanto, apesar de a Constituição ter sido promulgada há quase 20 (vinte) anos, o número de Defensores Públicos existentes

657 Art. 1º, CF. – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) II. – a cidadania; III. – a dignidade da pessoa humana.

658 Art. 3º, CF. – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I. – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...); III. – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV. – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

no país é muito pequeno. Em alguns estados, como o Rio Grande do Norte e São Paulo, as Defensorias Públicas somente foram instaladas recentemente, o mesmo ocorrendo com a Defensoria Pública da União (que conta com menos de 200 Defensores Públicos em todo o país).⁶⁵⁹

Recente estudo realizado pela Secretaria da Reforma do Judiciário e Ministério da Justiça demonstra a atual situação da Defensoria Pública no país⁶⁶⁰.

A relação entre o número de Defensores e a população-alvo é assustadora. Foi considerada como população-alvo os maiores de 10 anos com renda até 3 salários mínimos.

No âmbito da Defensoria Pública da União há 1 Defensor para cada 1.232.575 habitantes incluídos na população-alvo. Na recém-criada Defensoria Pública do estado de São Paulo tal relação é de 1 Defensor Público para cada 267.268 habitantes. No Rio de Janeiro esse percentual é de 1 para cada 13.886, sendo que o melhor percentual ocorre no Amapá, 1 Defensor Público para 3.944 habitantes⁶⁶¹. A média nacional é, assim, de 1 Defensor Público para cada 111.708 habitantes incluídos como seu público-alvo.

3. A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça

O processo civil contemporâneo não mais se coaduna com o formalismo e com discussões abstratas, que não interfiram diretamente na efetivação dos direitos. A instrumentalidade do processo se tornou, assim, verdadeiro norteador da atuação dos processualistas.

Entretanto, não há como coexistir um sistema processual dissociado da realidade sócio-econômica do país. Assim, de nada adianta o desenvolvimento de novas técnicas e institutos processuais, inclusive de métodos alternativos de solução de conflitos, se grande parte da população não tem condições de arcar com as custas do processo ou com honorários advocatícios.

659 Sobre um retrato da Defensoria Pública da União, consulte-se MENEZES, Felipe Caldas. Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição, in <http://www.mj.gov.br/defensoria/forum.htm>, consultado em 24.07.2007.

660 II Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil, Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2006.

661 Cf. II Diagnóstico Defensoria Pública do Brasil, *op.cit.*, p. 66.

Mesmo que avançadas as barreiras da informação, do deslocamento, das formalidades, entre outras, sem a existência de um órgão estatal responsável a prestar assistência jurídica aos hipossuficientes econômicos, não há como se admitir a efetivação do postulado do acesso à justiça.

A Constituição Federal prevê no seu art. 134 ser a Defensoria Pública a instituição destinada a defender os interesses dos hipossuficientes. Assim, a instituição deve ser vista como verdadeiro instrumento da Constituição, como afirma José Augusto Garcia⁶⁶².

Isto porque é através dessa instituição que todos aqueles que não têm condições para pagar advogados e ainda sofrem constantes violações em seus direitos fundamentais podem pleiteá-los judicialmente⁶⁶³.

No âmbito civil, pretensões relativas ao direito à saúde, moradia, educação, consumidores, entre outras, podem ser satisfeitas através de decisões judiciais. São os casos de ações para o fornecimento de medicamentos por parte dos entes federativos, realizações de cirurgias e exames em hospitais públicos, garantia da propriedade (ações possessórias) ou, ainda, aquelas que assegurem a moradia (como na concessão de uso de bem público, previstas na Medidas Provisórias 2220), ações de natureza consumeristas para a anulação de normas contratuais abusivas, pagamento de indenizações por danos morais e

662 “*Afinal, caracteriza-se a Defensoria Pública, assim como o sistema processual, pela meta de atuar dinamicamente o ordenamento jurídico-constitucional, a este conferindo efetividade. Em outras palavras, a Defensoria, tanto quanto o processo, é um verdadeiro instrumento da Constituição, da ordem jurídica. Se consiste em instrumento, deve funcionar de modo adequado e orientado finalisticamente (o que implica atenção a realidades exteriores). Instrumento que não mostra adequação, releve-se o truísmo, perde a razão de ser, desnatura-se, desperdiça-se.*” GARCIA, José Augusto. O Solidarismo Jurídico .Acesso à Justiça e Funções Atípicas da Defensoria Pública: Aplicação de um perfil institucional adequado. *In* Acesso à justiça, Segunda Série. Fábio Costa Soares (org.). Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

663 Sobre o assunto, confira-se CARVALHO, Cristiana Mendes de. Velhos e Novos Desafios à Defensoria Pública: Por uma Assistência Jurídica de Qualidade, Socialmente Efetiva *in* Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro. V. II. Outubro a Dezembro de 2002. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; DEVISATE, Rogério. Categorização: um ensaio sobre a Defensoria Pública *in* Revista de Direito da Defensoria Pública. Ano 15, n. 19, 2004; ROCHA, Jorge Luis. *Historia da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; MORAES, Humberto Pena e SILVA, Jose Fontenelle Teixeira da. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função social protetiva do Estado*. 2.ed.,ver.e ampl.Rio de Janeiro: Líber Juris, 1984;

materiais, restabelecimento de serviços públicos, ações de alimentos, guarda, divórcio, separação judicial, entre outros.

A função primordial da Defensoria Pública é justamente a defesa em juízo dos hipossuficientes, função essa considerada típica. Entretanto, o âmbito de sua atuação é bem mais amplo, especialmente na seara extrajudicial.

O Defensor Público é o agente político estatal que presta serviços de consultoria jurídica à população, informando acerca da conveniência da instauração de um processo, da existência ou não de direitos, etc. Após o advento da Lei 11.441/07⁶⁶⁴, que prevê a possibilidade da separação ou do divórcio consensual serem lavrados em cartório, o Defensor Público pode, inclusive, assinar a escritura de separação ou divórcio de casal que não tenha filhos, o mesmo ocorrendo no caso do inventário extrajudicial (Lei 11.441/07).

Sem a assistência de um profissional de direito habilitado e preparado para tal torna-se muito difícil, se não impossível, que o cidadão comum, leigo, reconheça um direito e busque sua tutela jurisdicional⁶⁶⁵.

664 “Art. 1.124-A., CPC A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (...)§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.”

665 Como assinala CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro, *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 “*Esse dado, o direito à informação, como elemento essencial para garantir o acesso à justiça em países em desenvolvimento como o nosso, é tão importante como o de ter um advogado, um defensor, que esteja à disposição daqueles necessitados que, conhecedores de seus direitos, querem exercê-los. Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes – 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.*” Barbosa Moreira se manifesta no mesmo sentido: “*Óbvio, por outro lado, que o déficit de informação afeta principalmente a população de baixa – ou nenhuma – renda. A número incalculável de brasileiros falta a noção de que o ordenamento lhes permite reclamar determinadas prestações, das autoridades públicas, ou de outros particulares. Não se contam os operários que, pelo Brasil afora, se conformam em trabalhar sob condições inteiramente diversas das previstas na legislação pertinente; muitos, sem dúvida, pura e simplesmente ignoram que*

Mas é importante frisar que a informação pode – e deve – ser prestada por outros setores⁶⁶⁶. As propagandas oficiais, por exemplo, poderiam auxiliar nesse processo.

Como afirma José Augusto Garcia, “*as trilhas que reputamos mais favoráveis ao avanço institucional situam-se no campo das chamadas ‘funções atípicas da Defensoria Pública’*”⁶⁶⁷.

Conforme já afirmamos, a Defensoria Pública apresenta uma função instrumental, no sentido de que seu objetivo é proporcionar o acesso à justiça para os hipossuficientes. No entanto, é claro que tal acesso não se limita ao ajuizamento de demandas judiciais que, muitas vezes, se revelam intermináveis, ineficazes e contribuem para aumentar ainda mais o conflito existente entre as partes.

Da mesma forma que o procedimento comum ordinário não é

fazem jus a férias, ou a repouso semanal remunerado. A situação não será outra no que respeita a tantas empregadas domésticas, sobretudo, mas não exclusivamente, nos núcleos urbanos menores e menos adiantados. Em compensação – se assim é próprio falar- os membros das classes menos favorecidas ignoram também, com maior freqüência, que deles se espera a prática de determinados atos – por exemplo, o registro dos filhos, ou a redução a documento escrito, com tais e quais formalidades, dos ajustes que fazem acerca de lotes de terra onde tencionem morar e plantar o que lhes assegure o sustento pessoal e familiar. À luz de minha experiência como juiz durante quatorze anos, quantidade significativa de processos seria evitável se os interessados houvessem tomado oportunamente precauções elementares desse teor. A omissão contribui, além do mais para obstruir as vias judiciais, já tão congestionadas por mil outras razões” A Desinformação Jurídica in *Temas de Direito Processual. Sexta Série* Rio de Janeiro: Saraiva, 1997, p. 295.

666 Como sugerido por CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro, *op.cit.*,p. 232, “*É fundamental levar informação jurídica à população em geral, dotando as pessoas de conhecimentos mínimos sobre seus próprios direitos e de como reclamá-los nos Juizados Especiais Cíveis. Para tanto, poderão ser utilizados os mecanismos apontados neste trabalho, como cartilhas, folders, esquetes de teatro, além do sistema nacional de telecomunicações, em especial os canais de televisão e rádio, administrados pelo poder público*”.

667 GARCIA, JOSÉ AUGUSTO. *Solidarismo Jurídico. op.cit.* Em outra obra, afirma o mesmo autor acerca do julgamento da ADIN 558-8: “*Mais uma vez, portanto, se manifestou a fórmula do ‘mínimo constitucional’, proporcionando o alargamento das funções institucionais da Defensoria Pública, sempre que o interesse social e a razoabilidade assim o pedirem. Para nós, a melhor explicação dogmática para tal alargamento é a de que ele decorre da incidência, na interpretação das normas relativas à Defensoria Pública, do magno princípio do acesso, com todas as características que a este devem ser atribuídas*”. *O Princípio Constitucional do Acesso à Justiça: Dinamo da Ordem Jurídica Brasileira; 2001*, Dissertação de Mestrado; Mestrado em Direito da Cidade, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p.150.

suficiente e eficaz para qualquer tipo de relação jurídica, a adjudicação não se mostra a mais adequada das soluções em algumas situações.

A partir do momento em que a Defensoria Pública é prevista constitucionalmente como instituição destinada a promover o acesso à justiça e o método de resolução de conflitos mais adequado a determinada situação é a mediação⁶⁶⁸, surge um poder/dever para o Defensor Público desenvolver tal método.

Uma interpretação sistemática da Constituição Federal também autoriza esse entendimento, eis que em seu próprio preâmbulo há a menção de uma sociedade fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias^{669 - 670}.

Todos os métodos de resolução de conflitos, sejam eles judiciais ou extrajudiciais, disponíveis em nosso ordenamento e dos quais podem se valer aqueles que possuem recursos financeiros também devem ser disponibilizados aos hipossuficientes econômicos⁶⁷¹, sob pena de

668 *Mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party. The mediator, in contrast to the arbitration or judge, has no power to impose an outcome on disputing parties.*” GOLDBERG, STEPHEN B.; SANDER, Frank E.A.; ROGERS, Nancy H; COLE, Sara Rudolph, *Dispute Resolution. Negotiation, mediation and other processes*, New York: Aspen Publishers, 2003, p.111; “*Á inclusão informal ou formal de terceiro imparcial na negociação ou na disputa dá-se o nome de mediação, que é, pois, um mecanismo para a obtenção da autocomposição caracterizado pela participação de terceiro imparcial que auxilia, facilita e incentiva os envolvidos. Em outras palavras, mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. A mediação se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado.*” CALMON, Petrônio, *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 119.

669 Preâmbulo da Constituição. – “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

670 Acerca do “patrocínio” da mediação pelo poder público, confira-se GOLDBERG, STEPHEN B. ; SANDER, Frank E.A.; ROGERS, Nancy H; COLE, Sara Rudolph, *op.cit.*, p. 153 *et seq.*

671 “*O campo de abrangência do direito de assistência judiciária, em particular, e de assistência jurídica, em geral é o mais amplo possível. A idéia subjacente é a de dar plena efetividade ao princípio da isonomia jurídica, estabelecido na Constituição*

infringência ao princípio da isonomia.

Trataremos aqui especialmente da atuação do Defensor Público como mediador, que também se fundamenta na expressão assistência jurídica integral, prevista no art. 134 da Constituição Federal. Se a assistência é integral deve ser interpretada como aquela que se utiliza de todos os meios e métodos disponíveis no ordenamento.

4. Os fundamentos da atuação como mediador

A obrigatoriedade do Estado em prestar assistência integral aos hipossuficientes é o principal fundamento da atuação do Defensor Público como mediador. De acordo com o que mencionamos acima, se aqueles que têm recursos financeiros podem utilizar determinado método alternativo de solução de conflitos, o Estado deve prover meios para que os hipossuficientes ajam da mesma forma. Além do preâmbulo e do art. 134 da Constituição Federal, outras normas autorizam, de *lege lata*, essa atuação.

O artigo 4º da LC 80/94 elenca como uma das funções institucionais da Defensoria Pública “*promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses*”⁶⁷².

É claro que a *mens legis* do referido dispositivo legal é a resolução de conflitos entre as partes sem a intervenção judicial. Assim, apesar de a lei falar em “conciliação” podemos concluir, a partir de uma interpretação teleológica, que a promoção de outros métodos alternativos de solução de conflitos, entre eles a mediação, também podem ser incluídos como uma das funções institucionais da Defensoria Pública.

Tal circunstância, por si só, autorizaria essa atuação. No entanto, com o intuito de corroborar tal argumento, analisaremos outros fundamentos para essa atividade.

Federal, de modo que as desigualdades sociais e econômicas não sejam empecilho ao pleno exercício dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico a todos os brasileiros. Assim, em tese, todas as prestações relevantes de cunho jurídico ou judicial a que pode ter acesso uma pessoa com poder aquisitivo para pagar por tais serviços devem igualmente ser asseguradas pelo Estado – através da Defensoria Pública – aos necessitados.” ALVES, Cleber Francisco, *op.cit.*, p. 273.

672 “Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, entre outras: I – promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses.”

Inicialmente, devemos ressaltar que a inexistência de uma legislação específica sobre o assunto em nosso país não impede que mediadores particulares exerçam tal função, daí porque tal argumento não ser suficiente para impedir que o Defensor Público a exerça.

Para verificarmos se a função exercida pelo Defensor Público é compatível com a do mediador analisaremos, de forma sucinta, quais características deve ostentar esse profissional⁶⁷³.

A primeira delas é a imparcialidade, ou seja, o mediador deve ser distante das partes e seu único interesse deve ser a solução do conflito. É importante que o mediador não deixe que suas próprias opiniões influenciem as partes ou forme juízos de valor sobre as mesmas, influenciando no processo de mediação⁶⁷⁴.

É necessário também que o mediador saiba escutar, o que possibilitará saber quais as verdadeiras causas que determinaram o surgimento do conflito. Além disso, também deve ser aceito e respeitado pelas partes pois, apesar de não proferir qualquer decisão, irá conduzir o processo.

Não restam dúvidas de que a primeira característica do mediador, qual seja, a imparcialidade, é ostentada pelo Defensor Público. Inclusive, a independência funcional no desempenho de suas funções, a irredutibilidade de vencimentos, a inamovibilidade e estabilidade⁶⁷⁵ contribuem de forma significativa para tal, pois impedem que haja qualquer tipo de pressão no exercício de suas funções.

O fato de o Defensor Público ser um agente estatal que para o ingresso na carreira foi submetido a um concurso de provas e títulos também faz com que as partes nutram respeito por ele.

Interessante notar que, entre os demais agentes públicos ligados à prática de advocacia, o Defensor Público é o único que pode compatibilizar suas atividades com a de mediador.

É impossível que um membro do Ministério Público seja um mediador de conflitos envolvendo interesses e/ou direitos disponíveis de indivíduos, pois a própria Constituição Federal elenca como função

673 Essas são as características elencadas por CAIVANO, ROQUE J.; Gobbi, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación e Mediación: Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Ad-Hoc: Buenos Aires, 2006, p. 217 *et seq.*

674 CAIVANO, ROQUE J.; Gobbi, Marcelo; PADILLA, Roberto E., *op.cit.* p. 217.

675 Art. 43 e 88 da LC 80/94.

institucional do Ministério Público a defesa dos interesses e direitos indisponíveis⁶⁷⁶.

Na hipótese de celebração de termo de ajustamento de conduta (“TAC”) há, na verdade, uma conciliação e não mediação⁶⁷⁷.

É claro que se o MP celebra um TAC com determinada empresa para que não haja mais vazamento de óleo em determinado local, não há que se falar em necessidade de preservação de uma relação continuada, escutar as partes, etc. (características da mediação).

Os outros profissionais que exercem a advocacia pública, como os procuradores de estado, membros da advocacia geral da união e da fazenda nacional, entre outros, não ostentam a imparcialidade, fundamental para qualquer mediador, daí porque não podem exercer esse papel.

O advogado privado, por sua vez, não possui nenhum impedimento para a função. Contudo, entendemos que a atuação do Defensor Público nesse caso é mais adequada por várias razões.

Primeiro porque, apesar da mediação constituir um método alternativo de solução de conflitos, acaba contribuindo para a concretização da paz social e a diminuição da litigiosidade contida.

Dessa forma, a atuação de um agente público como mediador contribuiria para um processo de reaproximação entre a população e o Estado⁶⁷⁸, uma vez que a crise do judiciário ocasionou um enorme

676 “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

677 A diferenciação entre a mediação e a conciliação é bastante controvertida em nosso ordenamento. Contudo, compartilhamos da teoria defendida por Petrónio Calmon: “*Quanto à finalidade, observa-se que a mediação visa a resolver com abrangência o conflito entre os envolvidos, ou na linguagem de Carnelutti, pôr fim à lide sociológica. Por seu turno, a conciliação possui escopo menos ambicioso, contentando-se em resolver o litígio conforme seus pontos elementares, ou seja, as posições apresentadas pelos envolvidos. Não que haja qualquer impedimento para que se chegue mais ao fundo ou que seja vedada maior abrangência ao acordo. O traço distintivo que ora se estabelece diz respeito apenas à finalidade.*” CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 111.

678 “*Demais, mesmo em um país como o nosso, que adota o sistema da jurisdição uma, em que ao Judiciário cabe dizer a última palavra em matéria de direito, não se pode pensar apenas no sistema de resolução dos conflitos através da adjudicação da*

descrédito nesse Poder.

Outra vantagem consiste no fato de os serviços prestados pela Defensoria Pública serem gratuitos para a população, o que facilita o acesso aos seus órgãos. Na hipótese de apenas os advogados exercerem a função, os hipossuficientes não terão condições de pagar seus honorários, o que impossibilitaria seu acesso a essa espécie de método de resolução de conflitos.

6. Limitações à atuação como mediador

De acordo com o exposto anteriormente, a Defensoria Pública é a instituição constitucionalmente reservada à orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados.

Entendemos, assim, que a atuação do Defensor Público como mediador também deve estar de acordo com o preceito constitucional, vale dizer, é necessário que os indivíduos que se submeterão à mediação também se incluam na categoria de hipossuficientes.

Daí, surge uma questão: na hipótese de apenas um dos indivíduos envolvidos em um conflito ser hipossuficiente, é possível que o Defensor Público atue como mediador?

Acreditamos que não, uma vez que não estaria sendo respeitado o requisito da hipossuficiência. Não se deve aplicar aqui o mesmo entendimento utilizado para a legitimidade para a propositura de ações

solução pela autoridade estatal. Conflitos há, mormente aqueles que envolvem pessoas em contato permanente, como nas relações jurídicas continuativas (v.g., relações de vizinhança, de família, de locação), para os quais a mediação e a conciliação são adequadas, pois não somente solucionam os conflitos como tem a virtude de pacificar os conflitantes. E há outros em que o arbitramento é perfeitamente cabível, com possibilidade de amplos resultados positivos. Incumbe ao Estado organizar todos esses meios alternativos de solução dos conflitos, ao lado dos mecanismos tradicionais e formais já em funcionamento. Tais serviços, que podem ser informais, não precisam estar organizados dentro do Poder Judiciário. Podem ficar a cargo de entidades públicas não pertencentes ao Judiciário (v.g., Ministério Público, Ordem dos Advogados, PROCON, Defensoria Pública, Procuradoria de Assistência Judiciária, Prefeituras Municipais) e até entidades privadas (v.g. sindicatos, comunidades de bairros, associações civis). É importante que o Estado estimule a criação desses serviços, controlando-os convenientemente, pois o perfeito desempenho da Justiça dependerá, doravante, da correta estruturação desses meios alternativos e informais de solução dos conflitos de interesses.” WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna In Participação e Processo, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988..

coletivas, a idéia de “hipossuficientes organizacionais”^{679- 680}, aqueles indivíduos que apresentam vulnerabilidade em razão das relações jurídicas existentes na sociedade contemporânea, mesmo possuindo uma boa condição financeira. São os consumidores, usuários de serviços públicos, de planos de saúde, enfim, os que se submetem a uma série de contratos de adesão, que são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizacional.

Esse raciocínio não pode ser utilizado para a mediação ou em outros métodos alternativos de solução de conflito pois, nesse caso, não há que se falar em diversas espécies de hipossuficientes (a mediação geralmente ocorre entre dois ou mais indivíduos).

Além disso, uma das características principais que deve ostentar o mediador é a neutralidade, que poderia não subsistir no caso de uma das partes não ser hipossuficiente (a parte que não fosse hipossuficiente poderia alegar que estaria sendo prejudicada pelo mediador).

Não se trata aqui de limitação do acesso à justiça, uma vez que

679 Segundo CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant Garth. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988., p. 22 “Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção.” Já MAFRA LEAL, Márcio Flávio, *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 19 assinala: “As causas são variadas: I) a falta de entendimento e consciência sobre a existência de um direito perseguível judicialmente (hipossuficiência cultural); II) a pouca recompensa para o indivíduo ou grupo em procurar o tribunal, devido principalmente aos custos psicológicos e financeiros em relação à vantagem a ser obtida; III) a falta de recursos para pagar as despesas processuais e de assistência jurídica (hipossuficiência econômica) ou, ainda; IV) em virtude da configuração do processo, que exige demasiado do autor, como, por exemplo, a produção de provas difíceis do ponto de vista tecnológico ou não compensatórias em relação ao provimento jurisdicional almejado (hipossuficiência técnica).”

680 GARCIA, José Augusto, O Princípio Constitucional do Acesso à Justiça, *op. cit.*, p. 44 alude aos carentes organizacionais: “Retenha-se por ora que o movimento busca a efetivação dos direitos dos mais fracos. Por ‘mais fracos’, contudo, não se deve entender simplesmente os mais pobres. Em uma sociedade altamente complexa, como a atual, melhor evitar reducionismos. As carências contemporâneas são as mais díspares, não se podendo eleger um único modelo para fins de proteção, em detrimento das demais espécies. Demais, quando se quer proteger grupos, resta inviável a análise de certas situações individuais que não digam respeito à problemática coletiva”

nada impede que as partes se submetam à mediação ou outro método alternativo de solução de conflitos, desde que haja outro mediador que não o Defensor Público. E, na hipótese de ser impossível um acordo, restará às partes a via judicial.

Assim, a atuação do Defensor Público como mediador se incluiria entre suas funções típicas, vale dizer, depende da condição econômica da parte. Antes de propor uma ação judicial o Defensor Público analisa se é ou não o caso de assistência jurídica, se a pessoa se enquadra ou não na categoria de hipossuficiente, o mesmo devendo ocorrer para que atue como mediador.

Ressalte-se que, além de atuar como mediador, o Defensor Público pode representar a parte hipossuficiente em uma mediação, ou seja, atuar como procurador da parte na mediação prévia ou na mediação incidental.

Nesse caso, a mediação pode ocorrer tanto na Defensoria Pública, quando outro Defensor Público atuar como mediador, como em outro local. Como nesse caso o Defensor Público vai atuar como procurador também é imprescindível que a parte seja hipossuficiente.

Mas a análise da hipossuficiência é discricionária do Defensor Público, que tem independência para analisar se é ou não o caso de sua atuação, não sendo possível que sofra interferência de qualquer outro agente, como o magistrado, no caso de mediação incidental, no curso de um processo.

7. O processo de mediação na hipótese de o Defensor Público ser o mediador

A mediação realizada pelo Defensor Público segue o mesmo padrão da tradicional. Assim, os princípios da confidencialidade, voluntariedade, neutralidade, entre outros, deverão ser respeitados.

Também será necessário que seja reservado um ambiente para a sessão de mediação, ambiente esse que deverá ser distante de outras pessoas que procuram o atendimento da Defensoria Pública.

No caso da mediação prévia o ideal seria a criação de núcleos de mediação que sejam próximos ou funcionem junto aos núcleos de primeiro atendimento. Quando a parte fosse atendida seria identificado se o caso poderia ser submetido à mediação ou se o mais adequado

seria a propositura de uma ação ou, ainda, de aplicação de outro método alternativo, como a conciliação.

Em se tratando de relações continuadas, como aquelas envolvendo questões familiares ou de vizinhança, nas quais será necessária uma convivência após o término do processo, acreditamos que a mediação é o método mais aconselhável.

No entanto, nas causas que envolvem questões consumeristas, fazendárias ou cíveis (excluindo-se aquelas em que as partes mantêm uma relação continuada), a adjudicação é mais adequada, até porque, na maioria da vezes o hipossuficiente estará em situação de desvantagem⁶⁸¹.

Nada impede uma tentativa de acordo extrajudicial com uma empresa, por exemplo, mas aí não seria o caso de mediação mas sim de conciliação, fora do âmbito do que está sendo discutido aqui.

Assim, verificado que o caso é de mediação, qual o procedimento a ser adotado pelo Defensor Público?

Se todas as partes envolvidas no conflito estiverem presentes, o profissional poderá informá-las acerca da possibilidade de utilização do método, suas características, procedimento, etc., designando data para a realização da primeira sessão ou, ainda, iniciando-a desde logo, dependendo do movimento do núcleo.

Mas isso nem sempre ocorre. Ao contrário, em algumas ocasiões, uma das partes sequer mantém contato com a outra e, quando mantém, a relação é cercada por sentimentos como raiva, ódio e rancor.

Assim, como fazer para convocar a outra parte sem que a voluntariedade esteja comprometida?

681 O Professor OWEN FISS apresenta sérias críticas à utilização de métodos alternativos de solução de conflitos. Sobre o assunto, confira-se "Against Settlement"; *in* Yale Law Journal, May 1984. Afirma o autor que "In my view, however, this account of adjudication and the case for settlement rest on questionable premises. I do not believe that the settlement as generic practice is preferable to the judgment or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis. It should be treated instead as highly problematic technique for streamlining dockets. Settlement is for me the civil analogue of plea bargaining: Consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgment renders subsequent judicial involvement troublesome; an although dockets are trimmed, justice may not be done. Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised."

O ideal seria que os envolvidos tivessem a iniciativa e comparecessem juntos ao mediador ou ao centro de mediação, conforme o caso, mas isso quase nunca ocorre.

Assim, geralmente, se expede uma intimação para a outra parte comparecer no dia e hora designados para a realização da primeira sessão de mediação.

Contudo, como o Defensor Público ostenta a qualidade de servidor público, qualquer espécie de intimação por ele expedida, mesmo que informal, pode ser entendida como algo ameaçador, especialmente em se tratando de pessoas de baixo poder aquisitivo⁶⁸².

Assim, é possível que, no dia designado para a realização da primeira audiência, a parte resolva aceitar esse método mais por temor do que por interesse em se submeter a ele. O próprio recebimento de uma carta ou qualquer outra espécie de intimação pode acarretar enorme angústia e provocar sentimentos de ódio em relação à outra parte⁶⁸³.

Por maior que seja a independência da instituição (independência esta prevista em sede constitucional), sua imagem está intimamente conectada com o Estado, daí porque o recebimento de uma intimação pode causar medo e receio.

Apesar de ser impossível resolver esse impasse, uma vez que a voluntariedade sempre será de certa forma afetada, algumas medidas podem servir como paliativos.

682 “Si la convocatoria es realizada directamente por el mediador, existe el peligro de que la parte convocada considere a éste como un mero emisario al servicio de la parte convocante, especialmente si el método no está muy difundido en la comunidad de que se trate y el mediador es abogado. En otras palabras, puede ocurrir que el destinatario de la convocatoria considere al mediador más como un ‘abogado’ de la otra parte que como un tercero imparcial.” CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. , *op.cit.*, p. 240/241.

683 “La recepción de la carta es ingrata: la invitación a mediación bajo esta modalidad significa dos cosas: por un lado, la mala noticia: la otra parte de una disputa avanza con sus reclamos; por otro, la buena, esto no es aún un juico, es sentarnos a conversar en una mediación. Sin duda, para adjudicarle este sentido positivo deseado por nosotros, hay que conocer y confiar previamente en la mediación, si no es así, lo más frecuente es que las personas atiendan más al mensaje negativo que ello implica: el otro no solo reclama sino que introduce a una tercera persona desconocida, que nada sabe de nosotros – en el mejor de los casos, porque tal vez lo conoce a él – además de los abogados, para ventilar esto que es un pedido sin pies ni cabeza y que, en todo caso, se hubiera arreglado com una simple conversación.” CARAM, Maria Elena; EILBAUN, Diana Teresa; Risolia, Matilde. *Mediación: diseño de una práctica*. 1.ed.Libreria Histórica: Buenos Aires, 2006.

Seria recomendável que, junto com a intimação, fosse anexado um folheto de linguagem fácil e acessível informando os objetivos e os princípios do processo de mediação e, principalmente, que o mediador, no caso o Defensor Público, não tem interesse pessoal em favorecer nenhuma das partes. Seria importante também mencionar que os serviços prestados pela instituição são inteiramente gratuitos (o que reforçaria a questão da neutralidade, pois comprovaria que a parte que primeiro procurou o núcleo de mediação não teria feito qualquer pagamento) e que, se comparecesse no dia designado para a primeira sessão a parte obteria maiores informações sobre o processo e que não seria forçada, em hipótese nenhuma, a celebração de um acordo.

Outra possibilidade é que a intimação seja feita por telefone⁶⁸⁴, ocasião em que o Defensor Público pudesse explicar diretamente à parte os objetivos do processo de mediação, bem como esclarecer acerca de sua neutralidade. É claro que em um primeiro momento, a parte pode apresentar surpresa, irritação, mas o mediador poderá explicar-lhe as razões de sua ligação, demonstrando, a todo momento, que não está atuando como advogado mas sim buscando a realização de um acordo.

Apesar de se mostrar um tanto quanto informal, entendemos que essa intimação telefônica pode ser bem vantajosa, especialmente em se tratando de hipossuficientes econômicos.

Acreditamos que esse problema acerca da convocação e da voluntariedade do mediador irá existir somente no início do processo de implantação do método. Após algum tempo, a própria comunidade irá reconhecer o Defensor Público como terceiro imparcial, o que diminuirá sensivelmente o problema.

Uma pesquisa realizada nos Estados Unidos nos anos 90 demonstra que o fato de a parte ser convocada para a sessão de mediação não diminui o número de acordos⁶⁸⁵.

Em uma comparação entre os casos considerados voluntários (nas quais as partes acordavam em realizar a mediação) e os involuntários (a obrigação em se submeter à mediação surgia em virtude de cláusula contratual ou por determinação do juiz), a diferença no percentual de

684 Cf. CARAM, Maria Elena; EILBAUN, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde, *op.cit.*, p. 84.

685 BRETT, JEANNE M., BARSNESS, ZOE I., GOLDBERG., Stephen B., The effectiveness of mediation: an independent analysis of cases handled by four major service providers. *In Negotiation Journal*, July 1996.

acordos foi de apenas 3 % (em 79% dos casos nos quais as pessoas escolheram a mediação voluntariamente ocorreram acordos, e nos quais elas foram estimuladas a comparecer à sessão, esse percentual foi de 76%)⁶⁸⁶.

Portanto, de acordo com os dados obtidos nessa pesquisa, o fato de o mediador convocar a outra parte para participar do processo de mediação não traria prejuízos à voluntariedade, desde que, a todo momento, as partes fossem alertadas acerca da voluntariedade do método.

Existiria ainda a possibilidade da criação de órgãos de atuação, os núcleos de mediação, em locais distantes dos fóruns, próximo às comunidades, que facilitariam o acesso à justiça, órgãos esses que poderiam ter ao seu dispor uma equipe multidisciplinar (psicólogos, assistentes sociais), que colaborem para a solução do conflito.

Os principais obstáculos do acesso à justiça, o econômico, cultural e espacial estariam sendo ultrapassados.

Com efeito, o problema geográfico da distância, que prejudica a ida dos indivíduos ao fórum e afeta mais ainda aqueles com menos recursos financeiros, que não podem pagar pela utilização dos meios de transportes, não mais existiria, pois o indivíduo poderia ali, no seio da comunidade, encontrar uma solução para o seu problema.

O que consideramos mais importante é que, sendo o Defensor Público um agente estatal, haveria uma maior reaproximação do Estado com a população, o que contribuiria para a redução da crise de legitimidade que vem sendo enfrentada por esse poder, como visto anteriormente⁶⁸⁷.

686 “*This difference is not statistically significant, and provides evidence that mediation is as successful when parties are directed into mediation as it is when they voluntarily select mediations.*” BRETT, JEANNE M., BARSNESS, ZOE I., GOLDBERG., Stephen B., *The effectiveness of mediation: an independent analysis of cases handled by four major service providers, op.cit.*

687 “*Como a oferta de serviços jurídicos não é controlada apenas pelos profissionais privados, existem substanciais oportunidades para os governos, locais ou centrais, ampliarem o escopo dos serviços jurídicos estatais de modo a preencher os vazios deixados pelo mercado. Se o governo apoiar ativamente, por exemplo, os serviços jurídicos preventivos, não se limitando a financiar o trabalho de profissionais privados por intermédio de planos de assistência jurídica, mas investindo diretamente também no trabalho dos tribunais e nos serviços extrajudiciais e paralegais, o resultado inevitável será a melhoria do acesso dos cidadãos à justiça. Por conseguinte, caso*

O acesso à justiça não se limita ao simples acesso aos tribunais, é perfeitamente possível a concretização desse princípio através de outras formas de solução de conflitos, que levem a uma solução justa⁶⁸⁸.

A atividade de mediação não deve ser considerada como sendo exclusiva do Defensor Público. Ao contrário, quanto maior o número de profissionais habilitados ao exercício de tal mister, mais benefícios terá a população.

O que defendemos é que o Defensor Público seja um dos personagens aptos a exercer tal atividade e que ela é plenamente

serviços jurídicos estatais, na forma de centros de aconselhamento ou de justiça, sejam estabelecidos em comunidades onde as necessidades sejam particularmente agudas – no contexto brasileiro isso poderia ocorrer dentro das favelas, por exemplo – reais serviços preventivos poderiam ter um efeito impactante em termos de estímulo à demanda (e uso) dos serviços judiciais. No entanto, existem poderosos desestímulos para que qualquer governo contemple um investimento desse tipo: em primeiro lugar, o governo corre o risco de ser parte na mesma ação legal que financia; em segundo, ao estimular o litígio colocando à disposição procedimentos informais e juizados de pequenas causas, podem-se exacerbar os problemas gerais de congestionamento (e custos) dos tribunais do sistema judiciário mais amplo; em terceiro, investir diretamente no ataque às causas da pobreza e das injustiças pode ser uma estratégia mais eficiente de assegurar ‘justiça’ do que a dependência de advogados e remédios jurídicos. Apesar desses problemas, considero que os serviços jurídicos preventivos podem agir como um ímã, atraindo problemas legais, enquanto inversamente, os serviços tradicionais baseados no mercado – em que os advogados abrigam-se em áreas urbanas centrais, por trás de portas e ternos formais, distantes das comunidades locais – apenas reforçam as desigualdades do mercados, repelindo serviços jurídicos não lucrativos. A assistência jurídica está, portanto, repleta de paradoxos e contradições.” ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia?, *Cidadania, justiça e violência*, . Orgs. Dulce Chaves Pandolfi et al. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999 p.68.

688 “Os serviços legais inovadores são orientados por uma lógica distinta. O ‘acesso à justiça’ é visto de forma mais ampla como o Judiciário é apenas um dos locus de atuação dos serviços legais. Havendo disponibilidade de espaços políticos, os serviços legais alternativos podem mobilizar recursos para além da arena judicial, especialmente ao nível legislativo e administrativo. Os direitos sociais dependem, para sua eficácia, da implementação de políticas públicas. Nesse campo, a adjudicação clássica ainda possui limitações. Recorrer a outras arenas, além de mais rápido e eficiente, pode ser mais adequado na defesa dos direitos aos serviços sociais. Nesse jogo, a adjudicação clássica cede lugar a técnicas de negociação, barganha e arbitragem que chegam, com frequência, a jogos com soma diferente de zero, ou seja, onde todas as partes conquistam algumas garantias.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Acesso à justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços legais em São Bernardo do Campo*. In *Revista Forense*, vol. 315.

compatível com suas funções institucionais.

É necessário que o Defensor Público que pretenda exercer a função de mediador freqüente cursos que ensinem a prática, especialmente porque a formação de qualquer profissional de direito em nosso país é essencialmente adversarial e o concurso para o ingresso na carreira não exige qualquer matéria que verse sobre o assunto,

O desenvolvimento de uma mentalidade na qual se privilegia o espaço do consenso dentro de uma instituição como a Defensoria Pública representaria, assim, a convergência de duas ondas renovatórias enumeradas por Mauro Cappelletti⁶⁸⁹. Ao mesmo tempo em que os hipossuficientes contam com um serviço de assistência jurídica, de acordo com o determinado na primeira onda, também se beneficiam do novo enfoque previsto na terceira onda renovatória.

Os meios alternativos, ao invés de se destinarem apenas a uma parcela da população, aqueles que contam com mais recursos financeiros, podem também representar uma forma de solução de conflitos para os menos favorecidos.

É claro que tais indivíduos não têm condições de arcar com o pagamento dos honorários de um mediador privado. Por essa razão, faz-se necessário que o Estado preste tais serviços gratuitamente, como preconiza o art. 5º. XXXVII.

Ressalte-se que, ao atuar como mediador, o Defensor Público pode ter a colaboração de outros profissionais, como psicólogos, assistentes sociais, engenheiros.

Momentos de atuação

A mediação pode ocorrer basicamente em dois momentos, antes do início de um processo (mediação prévia) ou durante um processo já em curso (mediação incidental).

O Defensor Público pode atuar nesses dois casos. A mediação prévia ocorreria nos próprios núcleos de primeiro atendimento, antes do ajuizamento de uma ação. Aliás, não é necessário sequer homologação judicial do referido acordo quando celebrado perante e com a assinatura de Defensor Público eis que, conforme dispõe o art. 585 do CPC tal

689 Sobre o assunto, confira-se CAPPELLETTI, Mauro. *op.cit.*

documento tem natureza jurídica de título executivo extrajudicial⁶⁹⁰.

Já a mediação incidental existiria em um processo que já se encontra em tramitação. Haveria então a suspensão do processo para a tentativa de acordo, ocasião em que o Defensor Público poderia atuar como mediador.

É claro que, se não obtido o acordo em qualquer das situações, o Defensor Público que tenha atuado como mediador não poderá mais atuar em defesa de qualquer das partes, sob pena de comprometer a voluntariedade e o sigilo, indispensáveis em qualquer mediação. No caso da mediação incidental, também não é possível que o mediador já tenha atuado no processo, pelos mesmos fundamentos.

Para que não haja dificuldades nas comarcas em que há a atuação de um número reduzido de defensores ou, ainda, naquelas de juízo único, é possível a criação de uma espécie de grupo de Defensores Públicos mediadores, responsável por determinadas comarcas.

Por exemplo, em uma determinada região na qual existam diversos juízos únicos, poderia existir um grupo de dois ou três Defensores Públicos responsáveis pela mediação que, em dias pré-determinados, percorreriam os diversos órgãos.

Através desse sistema não ocorreria o problema de impedimento nos casos em que não se alcançasse o acordo.

Podemos citar vários exemplos em que o Defensor Público, ao invés de ajuizar diversas demandas judiciais, poderia sugerir às partes a utilização da mediação.

Exemplo muito comum ocorre quando há inventário aberto para a partilha de bens do *de cuius*.

Em muitos processos, principalmente naqueles que envolvem famílias de baixa renda, vários irmãos constroem imóveis no mesmo terreno, terreno esse que era de propriedade de seus pais. As casas não possuem inscrições individuais na prefeitura sendo que o acesso ao logradouro público somente pode ser feito através de um único portão.

É muito comum que, após a morte dos genitores, os herdeiros

690 O art. 7 do Projeto de Lei 94/2002 dispõe: “O acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título extrajudicial.”

comecem a brigar no curso do inventário. Nesse momento, angústias e sentimentos guardados de uma vida inteira vêm à tona e tornam a convivência entre os irmãos e suas novas famílias, cônjuges e filhos, insuportável.

Em determinada tarde, quando todos estão no trabalho, um dos irmãos decide mudar a chave no portão e, quando os outros chegam à noite, são impedidos de entrar em sua própria casa.

Nesse momento, os outros irmãos se dirigem à delegacia e, logo no dia seguinte, se inicia enorme batalha judicial entre eles: ações de reintegração de posse, indenizatórias, diversas ações penais no juizado especial criminal (injúria, etc.), entre outras.

É claro que, nessa situação, nenhuma decisão judicial será apta a resolver o conflito entre as partes. Na verdade, os envolvidos não conseguem nem identificar quais são seus interesses, uma vez que ficam concentrados apenas em suas posições⁶⁹¹.

A cada audiência a raiva e o ódio aumentam e as partes não conseguem resolver o problema do portão. Assim, um dos irmãos decide modificar o sistema de distribuição de água, de forma que nem todas as casas sejam abastecidas, enquanto outro resolve alterar o relógio da companhia de energia elétrica.

Nesse caso, acreditamos que qualquer decisão judicial seria absolutamente ineficaz. Se uma sentença determinasse que um dos irmãos deveria entregar a chave do porta para os outros, no dia seguinte o mesmo iria provocar outra situação conflituosa de outra forma. As partes utilizariam os processos judiciais para escamotear suas frustrações, raivas e outros sentimentos.

Entretanto, ao invés de propor qualquer decisão judicial, o Defensor Público poderia sugerir às partes que se submetessem a

691 “Los intereses pueden definirse como las necesidades, deseos, ambiciones, aspiraciones, valores, preocupaciones o temores de las partes. Los intereses motivam a las personas y son el transfondo o el fundamento de la posición que asumen. Ese fundamento muchas veces no es manifestado ni percibido y, en ocasiones, hasta la misma parte lo ignora; se confunde lo que se pretende con lo que realmente se necesita. Por cuestiones psicológicas o culturales, las personas tienen una tendencia a ‘simplificar’ lo que quieren a través de una proposición concreta y rara vez que se exponen las motivaciones subyacentes que le dan sentido y que, en rigor, resultan ser lo que verdaderamente procuran.” CALVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo, PADILLA, Roberto E., *Negociacion y mediación, op. cit.*, p.155/

um processo de mediação, no qual se buscasse um acordo em que os interesses e não as posições fossem levados em consideração e, o que é mais importante, contribuísse para o convívio entre os envolvidos.

O Projeto de Lei Complementar 28/05

Atualmente, se encontra em trâmite no Congresso Nacional o projeto de lei complementar n. 28/07, que altera a Lei Complementar 80/94. Tal projeto prevê alterações substanciais no diploma que trata da Defensoria Pública da União e estabelece normas gerais, a serem observadas pelas Defensorias Públicas dos Estados.

O art. 4º do referido projeto de lei determina, expressamente, a promoção da mediação como uma das funções institucionais da Defensoria Pública⁶⁹².

Assim, se aprovado esse projeto, a atuação como mediador será inerente à própria profissão de Defensor Público.

Por essa razão, torna-se extremamente necessário o desenvolvimento da cultura do consenso entre os profissionais dessa instituição, que não foram preparados para tal atividade, sendo que a aprovação de tal projeto determinará o surgimento de um novo modelo institucional.

O Projeto de Lei 94/2002

Já o Projeto de Lei 94/2002 prevê a introdução da mediação obrigatória em nosso país. Ainda em curso no Senado Federal, prevê sensíveis alterações no sistema processual. Analisaremos, assim, de forma sucinta, alguns dispositivos desse projeto, especialmente aqueles relacionados com a Defensoria Pública.

O art. 34 do Projeto de Lei 94/2002 determina que a mediação incidental será obrigatória em todos os processos cíveis, salvo aqueles expressamente mencionados (ação de interdição, falência, recuperação judicial e insolvência civil, retificação de registro publico, entre outros)⁶⁹³.

692 “Art. 4º. - São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras formas de prestação de assistência judicial, integral e gratuita, aos necessitados: II - promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos.”

693 Art. 34. – A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento,

Já o art. 17, § 5⁶⁹⁴ é claro no sentido de que o Defensor Público pode atuar como mediador e determina que, nesse caso, o registro, a fiscalização e o controle das atividades serão realizados pela própria Defensoria Pública.

A LC 80/94 e a Constituição Federal prevêm a existência de Defensorias Públicas nos Estados, além da Defensoria Pública da União. Na verdade, a Lei Complementar Federal organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos territórios e fixa as regras gerais para sua regulamentação nos estados.⁶⁹⁵ Cada estado, por sua vez, edita lei que organiza a instituição dentro de seu território.

Portanto, se esse artigo entrar em vigor, entendemos que competirá a cada Defensoria Pública fixar as regras acerca do registro, da fiscalização e do controle de atividade do mediador. Essa providência estará em consonância com a Constituição Federal e com a Lei Complementar 80/94, além de respeitar a autonomia de cada estado.

Essa divisão entre Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal⁶⁹⁶ é meramente administrativa, uma vez que a instituição é una e indivisível. Aliás, a unidade e a indivisibilidade são princípios institucionais⁶⁹⁷.

salvo nos seguintes casos: I. – na ação de interdição; II. – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versas sobre direitos indisponíveis; III. – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; IV. – no inventário e no arrolamento; V. – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; VI. – na ação de retificação de registro publico; VII. – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; VIII. – na ação cautelar; IX. – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores do ajuizamento da ação. (...) Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de noventa dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo

694 “Art. 17, §5º.. – No caso de atuação de defensor público como mediador, o registro, a fiscalização e o controle da atividade serão realizados pela Defensoria Pública.”

695 § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

696 Art. 2º, LC 80/94. A Defensoria Pública abrange:I - a Defensoria Pública da União;II - a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;III - as Defensorias Públicas dos Estados.”

697 Art. 3º, LC 80/94. - São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

A unidade consistiria justamente no fato de que, independentemente da divisão administrativa, a instituição é uma só, com a mesma finalidade⁶⁹⁸. Já indivisibilidade significa que a Defensoria Pública atua como um todo, não sendo possível fracioná-la⁶⁹⁹.

Apesar de o art. 18⁷⁰⁰ do Projeto determinar que na mediação extrajudicial a fiscalização e o controle da atividade serão feitos pelo Tribunal de Justiça do Estado, tal regra não se aplica aos Defensores Públicos, o que se conclui a partir do próprio art. 17 § 5º do Projeto e da autonomia da instituição, prevista em sede constitucional.

A aprovação do referido projeto, além de determinar a reestruturação do sistema como um todo, provocará sensíveis modificações na instituição e na própria atuação desses profissionais

O art. 9º prevê que qualquer pessoa capaz pode exercer a função de mediador, desde que apresente conduta ilibada e tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito⁷⁰¹. No entanto, tal regra somente se aplica aos mediadores extrajudiciais, já que em relação aos mediadores judiciais o projeto exige pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas⁷⁰².

698 “Entende-se que a Defensoria Pública corresponde a um todo orgânico, sob uma mesma direção, mesmos fundamentos e mesmas finalidades. Permite aos membros da Defensoria Pública substituírem-se uns aos outros. Cada um deles é parte de um todo, sob a mesma direção, atuando pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades.” ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em branco e preto: retratos institucionais da Defensoria Pública*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 113. “Sendo um conjunto de normas fundamentais e interdependentes, a Defensoria Pública opera como um todo, sem facção ou fragmento. Se houvesse a ruptura de qualquer princípio, não haveria sistema e nem existiria unidade. A unidade consiste, pois, na prevalência contínua e permanente de todos os mecanismos inerentes à atuação do Defensor Público.” GALLIEZ, Paulo, *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001, p.23..

699 “A Defensoria atua como um todo orgânico, não está sujeita a rupturas e fracionamentos.” ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*, op.cit., p. 113

700 “Art. 18, PL 94/2002.- Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para tal fim.

701 “Art. 9º. – Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada, e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta Lei.”

702 “Art. 11. -São mediadores judiciais os advogados com pelo menos três anos

Acreditamos que essa regra que limita a função aos advogados é inconstitucional pois, além de contrária aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (não há qualquer motivo que a fundamente) também infringe o princípio da isonomia, pois privilegia determinado tipo de profissional em detrimento de outros.

Para nós, os advogados podem exercer tal função como qualquer outro profissional, não devendo haver qualquer exclusividade. Ao contrário do que ocorre com a advocacia, a mediação não é – e não pode ser – atividade privativa dos advogados. Aliás, a própria norma que determina que a postulação a qualquer órgão do poder público é privativa de advogado (art. 1º, 8906/94 - Estatuto da OAB) já foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal “STF”, em razão de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) proposta pela Associação de Magistrados Brasileiros.

O art. 133 da Constituição Federal inclui o advogado como indispensável à administração da justiça, sendo que a Lei 9099/95 declara expressamente ser dispensável a atuação dos advogados nas causas perante os juizados especiais cíveis que envolvam quantias inferiores a 20 (vinte) salários mínimos.

A falta de correspondência entre as duas normas é clara, daí porque alegava a AMB que o artigo 1 do Estatuto da OAB, ao prever como atividade privativa da advocacia a postulação a qualquer órgão do Judiciário e aos juizados especiais infringiria o artigo 98 da Constituição Federal.

Segundo a AMB, também haveria ofensa ao disposto no art. 5, XXXIV e XXXV da Constituição Federal, pois o direito de petição e de acesso à justiça estaria sendo restringido pela exigência de capacidade postulatória.

O STF declarou prejudicado o pedido com base em norma de direito intertemporal (“lei posterior revoga lei anterior, se da mesma hierarquia”) eis que a Lei 9099/95 é posterior ao Estatuto da OAB (Lei 8906/94)⁷⁰³.

Assim, se a Lei 9099/95 declara expressamente ser dispensável

de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta Lei.”

703 ADI 1105 e 1127. Sobre o assunto, confira-se o Informativo 427 do STF. O acórdão ainda não foi lavrado.

a atuação dos advogados nas causas perante os juizados especiais cíveis que envolvam quantias inferiores a 20 (vinte) salários mínimos, essa deve ser a norma aplicável, de acordo com o STF, em detrimento do disposto no art. 1º da Lei 8906/94⁷⁰⁴.

No entanto, no caso da mediação, outras questões devem ser levadas em consideração. Primeiro, não há diferença na atuação do mediador judicial e extrajudicial. Assim, não há porque subsistir a exigência de atuação de advogados no caso dos mediadores judiciais.

Ademais, o mediador não deve se ater à questões jurídicas, mas sim procurar resolver o problema, buscando os interesses das partes. Portanto, tal exigência além de infringir os princípios anteriormente citados também é contrária ao próprio acesso à justiça.

Considerar a advocacia como essencial à função de mediador significaria limitar ainda mais essa forma de resolução de conflitos e, conseqüentemente, o acesso à justiça, especialmente em comarcas longínquas, nas quais a quantidade de advogados é escassa e não haja numero suficientes de profissionais para atuar em ambas as funções.

O próprio art. 24 do Projeto de Lei declara que qualquer recomendação ou assessoramento, inclusive legal, prestado por mediador será considerado como conduta inadequada. Dessa forma, verificamos uma certa incongruência no próprio projeto pois, ao mesmo tempo em que limita aos advogados a função de mediadores judiciais, considera como uma conduta inadequada o assessoramento legal.

A indagação que fica sem resposta então é a seguinte: por qual razão é necessário que o mediador judicial seja advogado se ele não pode prestar qualquer assessoria legal às partes?

Já o art. 15 prevê que caberá a Ordem dos Advogados do Brasil, à Defensoria Pública, ao Tribunal de Justiça e outras instituições especializadas a formação e seleção de mediadores⁷⁰⁵.

⁷⁰⁴ Como afirma DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2.ed., São Paulo: Malheiros, p. 287, “A indispensabilidade de advogado não é princípio que deva sobrepor-se à promessa constitucional de acesso à justiça (Const., art. 5, XXXV), sendo notórios que as causas menores, levadas aos juizados, nem sempre comportam despesas com advogado e nem sempre quem as promove tem como despender”.

⁷⁰⁵ “Caberá, em conjunto à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça, à Defensoria Pública e às instituições especializadas em mediação devidamente cadastradas na forma do Capítulo III, a formação e a seleção de mediadores, para o

Nos parece assim que se a Defensoria Pública é uma das instituições escolhidas para a formação e escolha de mediadores, nada mais coerente que o próprio Defensor Público seja designado a esse mister.

De acordo com o projeto serão criados cursos de formação e aperfeiçoamento de mediadores, cursos esses criados pelas instituições anteriormente mencionadas⁷⁰⁶.

Esse Registro de Mediadores será mantido pelo tribunal de justiça local⁷⁰⁷ e conterá o registro de todos os mediadores habilitados.

Daí surgem algumas questões:

1. O Defensor Público que atuar como mediador também deverá constar do registro?
2. Para que se registre deverá ser submetido a cursos de especialização e formação, na forma do art. 15 do PL 94/02?
3. Na hipótese desse curso de formação ser obrigatório a submissão ao mesmo atingiria a independência funcional do Defensor Público?

Entendemos, e aqui falamos na hipótese de aprovação do referido projeto de lei, que apesar de o registro não ser necessário, o curso profissionalizante para a prática da mediação o é.

O objetivo maior do registro é a publicidade e a possibilidade de as partes tomarem conhecimento das pessoas aptas ao exercício da função. No caso do Defensor Público sua atribuição decorre de outros critérios adotados em lei, seja em razão da matéria, do local em que a pessoa mora, etc.

Entretanto, o curso de formação seria necessário para que o Defensor Público pudesse conhecer as técnicas de negociação. Tais

que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.”

706 “Art. 15. - Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça, à Defensoria Pública e às instituições especializadas em mediação devidamente cadastradas na forma do Capítulo III, a formação e seleção dos mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.”

707 “Art. 17. - O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado.”

disciplinas não são exigidas na prova de ingresso à carreira, sendo necessária uma formação específica para tal. Se o Projeto de Lei Complementar 28/2002 for convertido em lei, a disciplina deveria constar no concurso para ingresso na carreira.

O próprio artigo 11 do Projeto de Lei 94/2002 determina que os mediadores judiciais serão os advogados com pelo menos três anos de atividade jurídica.

Tendo em vista que o Defensor Público possui a mesma qualificação profissional do advogado, o bacharelado em Direito, não restam dúvidas de que tem plenas condições de exercer a função. A interpretação do respectivo dispositivo legal deve ser ampla para incluir também o Defensor Público.

Entendemos, no entanto que, como o concurso de ingresso na carreira da Defensoria Pública exige o prazo de 2 (dois) anos de atividade jurídica⁷⁰⁸, esse deve ser o único prazo exigido para o exercício das funções, inclusive para a atuação como mediador.

Mas, de qualquer forma, como anteriormente mencionado, a regulamentação, fiscalização e o registro da atividade será realizado por cada instituição, de acordo com o art. 17, § 5º do Projeto. O que pretendíamos fazer era coadunar algumas particularidades da instituição com o Projeto de Lei 94/2002.

Referências Bibliográficas

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos. Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em branco e preto: retratos institucionais da Defensoria Pública*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A Desinformação Jurídica in *Temas de Direito Processual. Sexta Série* Rio de Janeiro: Saraiva, 1997

BRETT, JEANNE M., BARSNESS, ZOE I., GOLDBERG., Stephen B., The effectiveness of mediation: an independent analysis of cases handled by four major service providers. *In Negotiation Journal*, July 1996.

CAIVANO, ROQUE J.; Gobbi, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación e Mediación: Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Ad-Hoc: Buenos Aires, 2006,

708 Art. 26, Lei Complementar 80/94.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Acesso à justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços legais em São Bernardo do Campo*. In *Revista Forense*, vol. 315.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant Garth. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, 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.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 9.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CARAM, Maria Elena; EILBAUN, Diana Teresa; Risolía, Matilde. *Mediación: diseño de una práctica*. 1.ed. Librería Histórica: Buenos Aires, 2006.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, v. II*, 2.ed., São Paulo: Malheiros.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia?, *Cidadania, justiça e violência*, . Orgs. Dulce Chaves Pandolfi et al. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.

FISS, OWEN. *Against Settlement in Yale Law Journal*, May 1984

GALLIEZ, Paulo, *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001.

GARCIA, José Augusto. O Solidarismo Jurídico .Acesso à Justiça e Funções Atípicas da Defensoria Pública: Aplicação de um perfil institucional adequado. In *Acesso à justiça, Segunda Série*. Fábio Costa Soares (org.). Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

_____. *O Princípio Constitucional do Acesso à Justiça: Dínamo da Ordem Jurídica Brasileira; 2001*, Dissertação de Mestrado; Mestrado em Direito da Cidade, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

GOLDBERG, STEPHEN B. ; SANDER, Frank E.A.; ROGERS, Nancy H; COLE, Sara Rudolph, *Dispute Resolution. Negotiation, mediation and other processes*, New York: Aspen Publishers, 2003.

MENEZES, Felipe Caldas. Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição, in <http://www.mj.gov.br/defensoria/forum.htm>, consultado em 24.07.2007.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna* In *Participação e Processo*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

**O AMICUS CURIAE, O PRINCÍPIO IURA NOVIT CURIA
E A CURADORIA ESPECIAL
NO JUÍZO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE**

**Carlos Alberto Amaral Dourado
Lucia Helena Silva Barros de Oliveira
Maria de Fátima Abreu Marques Dourado⁷⁰⁹**

Resumo

O presente momento histórico demonstra que o processo civil de garantia contempla a participação de sujeitos estranhos à demanda, mas portadores de contribuições que diminuí a importância do aforismo *iura novit curia*. Neste contexto, este trabalho destina-se a analisar as figuras do *amicus curiae* e do curador especial, buscando uma aproximação entre ambos, mediante o estudo de caso concreto perante o juízo da infância e da juventude, no qual se pretende justificar a atuação do *amicus curiae* e da curadoria especial para a proteção de interesses de menor que, embora não seja parte na demanda, é sujeito de direito.

Abstract

The present historical moment demonstrates that the warranty civil procedure covers the participation of subjects unrelated to demand, but carriers contribution that diminish the importance of the aphorism *iura novit curia*. In this context, this study aims to analyze the figures of the *amicus curiae* and the ‘special guardian’, seeking an approximation between both of them by studying cases against the court of childhood and youth, in which they attempt to justify the actions of the *amicus curiae* and the ‘special guardian’ for the protection of interests of minor, that even if they are not part of the demand, they are subject of law.

Palavras-chave: processo civil de garantia, *amicus curiae*, curadoria especial.

709 DOURADO, Carlos. Defensor Público titular da 3ª. Câmara Cível, Mestre em Direito e Doutorando pela Universidade Federal de Lomas de Zamora, Buenos Aires; OLIVEIRA, Lucia. Defensora Pública, titular da 1ª. Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçu, Mestre em Direito, Doutoranda pela Universidade Federal de Lomas de Zamora, Buenos Aires, Professora da FESUDEPERJ; DOURADO, Maria de Fátima. Defensora Pública titular da 7ª. Vara Cível do Forum Regional da Barra da Tijuca, Mestre em Direito, Doutoranda pela Universidade Federal de Lomas de Zamora, Buenos Aires.

SUMÁRIO: 1.Premissas; 2.O *amicus curiae*. Noções conceituais; 3.A normativa brasileira; 4. Sujeitos do processo e o *amicus curiae*; 5. O *amicus curiae* e o princípio *iura novit curia*; 6. O *amicus curiae*, o curador especial e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; 7. Conclusão; 8. Referências Bibliográficas.

1. Premissas

Remonta ao período da dominação romana na Europa, Ásia e norte da África, a formalização de uma linguagem capaz de criar normas nos territórios ocupados. As primeiras nações modernas seguiram a tradição de unificar em um mesmo ordenamento os costumes regionais vigentes.

As primeiras experiências, tais como as “Ordenações” da Espanha, França e Portugal (os primeiros Estados Modernos da história), prepararam o terreno para os filósofos do século XIII, os quais perceberam a possibilidade de criação de uma ciência jurídica puramente racional, que antecederia o costume desconexo dos povos. Tal sistema, porém, foi sendo cunhado como uma idealização do Direito, um fruto intelectual essencialmente abstrato.

Em França, Charles Louis de Secondat – Barão de Montesquieu – afirmava que “os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei” (Mota, 1999, p. 178), fortemente persuadido de que os julgamentos não deveria ser outra coisa senão um texto preciso da lei. “Fossem eles a opinião particular dos Juízes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos” (p. 170).

Nesse contexto histórico foi fundamental a obra de Jean-Jacques Rousseau “Do Contrato Social”, na qual se sustenta que a lei ideal é aquela que efetivamente expressa a vontade coletiva. Para Rousseau, o Direito é a lei, porque a lei é a única expressão legítima da vontade geral.

Era o traço marcadamente positivista daqueles tempos.

Nos sistemas jurídicos de tradição romanística, tais como no Direito brasileiro, não mais prevalece a redução do Direito à lei, muito embora subsista a primazia desta sobre todas as outras fontes. Assim, mesmo em face do nosso sistema jurídico essencialmente legislativo, não se pode ignorar a dinâmica da sociedade moderna, que torna necessário ao aplicador das leis, freqüentemente, recorrer às demais fontes do direito.

Tal evolução histórica do Direito decorre da evolução da sociedade, e da necessidade do Estado Juiz suprir de forma eficaz os interesses tutelados pelas normas e pelos costumes, e aqui, neste ponto, encontra-se a resposta para a encruzilhada de qual caminho seguir no caso concreto, repetindo, quando dois caminhos Jurisprudenciais, tem sólidos fundamentos doutrinários, por isso que deve-se pesar na cega balança da Justiça qual atende melhor o interesse da sociedade.

Superada as etapas históricas das noções que envolviam os conceitos de jurisdição e de processo, sobretudo do positivismo jurídico, marcado por doutrinas desenvolvidas no Século XIX, que negavam ser o direito dependente de fundamentos de caráter moral ou de outros fatores que não o direito positivo vigente, têm-se, modernamente, que a jurisdição se exerce e o processo se desenvolve em outro ambiente, menos litigioso, mais consensual, marcado pelas cores da cooperação, em buscas de escolhas que verdadeiramente vise o escopo da jurisdição e do processo. Nesse contexto é fácil perceber que se apresenta melhor aplicar o Direito não como ciência, mas como *prudência*. O que se pretende e se espera, hoje, é um processo desenvolvido sob a égide da composição justa dos conflitos, resultado de uma justiça co-existencial, com atitudes proativas que consigam efetivar e concretizar as promessas constitucionais. O juiz do terceiro milênio tem que buscar a temperatura ideal para atingir a fervura, usando todas as ferramentas e meios adequados não só para dizer o direito conforme tenha sido positivado, mas para dar resposta aos anseios dos jurisdicionados, acreditando que pode, com a ajuda de muitos e com a sabedoria da solidariedade, efetivar os direitos concretizando o conteúdo abstrato das normas positivadas e, movido pela certeza de suas limitações e fraquezas e com a coragem daqueles que tem fé, nunca se esquecendo do oportuno lembrete de Calmon de Passos (1998, p.90), para quem “de nada valem os mandamentos dos deuses para os que não têm fé, como de nada valem as proclamações de direitos para os que não têm consciência do dever”.

Mas é bom lembrar que não se trata de suprimir a imparcialidade do juiz, porque este não fica vinculado, é o que se espera nesse contexto, às correntes ou doutrinas por razões de convicções suas, mas se espera que esteja aberto a novos e melhores argumentos, porque, como observou Dinamarco (2009, p.240):

na moderna cultura do *processo civil de resultados*
não há lugar para o *juiz-Pilatos* que só observa e não

interfere, nem para o juiz *mudo*, obstinadamente cuidadoso de não se desgastar e obcecado pelo temor de anunciar prejulgamentos. O juiz moderno tem o dever de participar da formação do material sobre o qual apoiará sua livre convicção. (grifos no original)

Imparcialidade e neutralidade é o que se espera do juiz. Magistrado imparcial é aquele que busca nas provas dos autos a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo durante todo o processo uma prudente distância das partes e a sua neutralidade consiste em evitar todo tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou que permita concluir que seus gostos e preferências particulares tenha influência em suas decisões.

No entanto é preciso indagar se essa pauta de conduta imposta ao juiz corresponde a um dever ou a um programa ético cujo cumprimento seria avaliado pela aparência externa do comportamento do magistrado. Ora, é sabido que existe a arte da dissimulação, como se dá na reserva mental em que fatos e circunstâncias permanecem encobertas até que se atinja o fim colimado. Assim também, poderia o juiz disfarçar e dissimular sua parcialidade e sua neutralidade.

O que se espera da imparcialidade e da neutralidade não é a indiferença, mas a ausência de interesse direto no desfecho da causa, capaz de proporcionar vantagem econômica direta ou indireta ao próprio juiz. Daí não é difícil concluir que a neutralidade já não possui as cores pintadas na doutrina clássica. Vale conferir a observação de Marinomi e Arenhart (2001, p. 37/38):

Em nome da liberdade dos cidadãos foi sustentada a neutralidade do juiz – que hoje sabidamente é mito –, supondo-se que: I) ser possível um juiz despido de vontade inconsciente; II) ser a lei, como pretendeu Montesquieu, uma relação necessária fundada na natureza das coisas; III) predominar no processo o interesse das partes, e não o interesse público, na realização da ‘justiça’; e IV) que o julgador não deve importar-se com o resultado da instrução, como se a busca do material adequado para sua decisão fosse apenas problema das partes, na qual o juiz não devesse interferir.

Todos têm o direito de ser julgado pelo seu juiz natural, imparcial e pré-constituído na forma da lei. Entretanto não se pode exigir do juiz, enquanto ser humano, neutralidade quanto às coisas da vida, pois é absolutamente natural que decida de acordo com seus princípios éticos, religiosos, filosóficos, políticos e culturais, advindos de sua formação como pessoa⁷¹⁰. A neutralidade que se espera é relativa às partes e não às teses em abstrato, que no processo se discute.

Com efeito, recorda Cassio Scarpinella Bueno (2006, p. 12/13), que:

A função do juiz, já não há mais como esconder essa *realidade*, é uma atividade criativa. Não se espera mais do juiz, apenas e tão somente, que realize um reflexão quase-que-lógica ou quase-que-matemática sobre dadas premissas para concluir em um ou outro sentido, mas, bem diferentemente, que aceite na formação das suas próprias premissas e na sua conclusão, elementos diferentes, diversos, não levados em conta na evolução e sistematização do pensamento do direito na primeira metade do século XIX, em especial na era das codificações.

O presente momento histórico revela outra nova concepção acerca da atividade judicial: trata-se da idéia do ativismo judicial. É, ainda, Bueno (2006, p. 13) quem recorda a transformação que se espera do comportamento do intérprete e do aplicador do direito, fazendo-o nos seguintes termos “de uma atividade de mero *conhecimento* (um comportamento passivo) do fenômeno jurídico para sua aplicação, passa-se a uma atividade *conscientemente* criadora e valorativa do juiz.”

Releva, também, considerar que a regra da impessoalidade, da qual o juiz não deve se afastar, não exclui a busca de elementos

710 Assim, entendemos, se deu com o juiz Jeronymo Pedro Villas Boas, que anulou a união civil selada por um casal homossexual em Goiânia, é vice-presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Religioso, frequenta cultos evangélicos pelos menos duas vezes por semana. A corregedora-geral da Justiça de Goiás, desembargadora Beatriz Figueredo Franco, anulou a decisão do juiz: “Ele não poderia ter decidido de forma contrária ao STF. Um juiz de 1ª. Instância não está aí para criticar ou revogar decisões do Supremo”, afirmou a desembargadora. ‘Anulada decisão contra união gay em Goiás’, Jornal O Globo, caderno O País, 22.06.2011, p. 10.

sociológicos, culturais, antropológicos, econômicos, que lhe permita a entrega de uma prestação jurisdicional que mais se aproxime dos sentimentos e das expectativas que emanam do todo social. Pertinente, sob esta ótica, é a lição de Dinamarco (2000, p.60):

É dever de todo juiz operar como autêntico canal de comunicação entre o universo axiológico da sociedade e os casos em que atua, captando de sua própria cultura os sentimentos dominantes na população e abstendo-se de usar o cargo para fazer vingar os seus próprios sentimentos.

Tais elementos podem ser canalizados para dentro do processo por atividade de terceiro indiferente, fornecendo rica munção para que o julgador extraia do texto de lei a justa norma para a entrega da prestação jurisdicional.

Não cabe dúvida, portanto, que para cumprir seu novo papel, deve o juiz buscar valores que estão dispersos na sociedade e não apenas nos textos das normas jurídicas, como pretendeu o *positivismo*. Não se trata, pois, de decifrar dispositivos legais com o olhar de um hermeneuta, mas de encontrar um modelo heurístico cujo objeto não seja apenas a lei, mas os comportamentos sociais, as expectativas e angústias dispersas pela sociedade porque “a estrutura real das normas jurídicas é captada na vida social, porque a vida produz a norma e não a norma a vida”(Costa, 2006, p. 9/10).

Nesse contexto se insere a figura do *amicus curiae* e, como se verá adiante, dentre tantas razões para a ampliação do conceito de cooperação no estágio atual do Direito, se apresenta uma nova leitura do brocardo *iura novit cúria*.

2. O amicus curiae. Noções conceituais

Amigo da corte, da cúria ou da justiça; perito nomeado pelo juiz para aconselhá-lo, segundo Maria Helena Diniz (2008, p. 208). O *amicus curiae* pode ser considerado aquele que busca, em juízo, a tutela de interesses ou direitos não subjetivados nas partes litigantes, nem nele próprio, mas que influenciam o julgamento da causa como legítimo representante desses interesses ou direitos de outrem. Refere-se, nesse plano, como eventual interessado, entidade de classe, associação, organização não governamental que, na função de interveniente,

apresente memorial ou faça sustentação oral nos julgamentos em que é admitido.

A atuação do *amicus curiae*, consiste em forma de intervenção processual que possibilita a participação do cidadão, mediante representatividade adequada, nas ações sobre controle concentrado de constitucionalidade de normas jurídicas, e de outras postulações de interesse social relevante. Cogita-se de pessoa ou entidade que não é parte na causa, mas tem interesse na matéria em julgamento, e que requer ao tribunal permissão para submeter uma manifestação com objetivo de influenciar uma decisão importante para a sociedade.

Sua atuação poderá dar-se mediante sustentação oral, memorial-manifestação contendo informações valiosas, em processos que envolvam interesses coletivos ou difusos. Sua tarefa não é beneficiar um dos litigantes, mas auxiliar o tribunal.

Cabe afirmar que o *amicus curiae* é voluntário participe na construção de assentamentos judiciais para o ideal de pretendida “sociedade justa”, sem confundir-se com as hipóteses comuns de intervenção. Demais, não sofre a rejeição dos princípios básicos do sistema processual edificado. Desse modo, apenas com o propósito de avançar idéias sobre o tema e sem a presunção de abordamento exaustivo, conclui-se que o *amicus curiae*, como terceiro especial ou de natureza excepcional, pode ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção de decisão judicial, contribuindo para ajustá-la aos relevantes interesses sociais em conflito.

É uma espécie peculiar de intervenção de terceiros em processos, embora, como adiante se verá, há quem entenda que se trata de um “auxiliar do juízo. Caracteriza-se na situação em que uma pessoa, entidade ou órgão com profundo interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário, intervém como sujeito neutro, na qualidade de terceiro, para servir como fonte de conhecimento em assuntos inusitados, inéditos, difíceis ou controversos, ampliando a discussão antes da decisão final.

Para Fredie Didier Jr. (2007, p. 356) o *amicus curiae* “é verdadeiro auxiliar do juízo. Trata-se, de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerida pelo próprio *amicus curiae*, cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário”.

Cassio Scarpinella Bueno (2006, p. 665), em sua obra máxima sobre o tema na doutrina brasileira, refere-se ao *amicus curiae* com as seguintes observações:

Trata-se de um terceiro que intervém em processo pendente para prestar informações que não são do conhecimento corriqueiro do juiz, motivada tal intervenção por um específico interesse que transcende aquele subjetivado pelas partes litigantes mas que se relaciona muito mais com *um* interesse público, objetivo, de melhor prestação jurisdicional e que não pode deixar de ser levado em conta no atual estágio do pensamento jurídico.

Ricardo Carlos Köhler (2010, p.8), cuja obra sobre o tema é referência na doutrina Argentina, após analisar as características da figura, conclui da seguinte forma:

Podemos definir al *amicus curiae* como una persona física o jurídica, que se presenta en calidad de tercero en un proceso judicial de incidencia o interés público, acreditando antecedentes suficientes que lo ameriten para ello, a fin de aportar información que, a su saber y entender, considera relevante en pos de un pronunciamiento judicial determinado.

É, ainda, Ricardo Carlos Köhler (p. 7/8) quem, a par do conceito antes declinado, apresenta as características da figura, tal como se apresenta na dogmática argentina e que podem sem, maior reparo, serem adotadas pela doutrina brasileira:

a) Se trata de un *tercero*, que no es parte del proceso principal o de los posibles incidentes. En puridad, la parte interviene en el proceso; el tercero solo se presenta en él. Por ello, el *amicus curiae* en la causa “Alsogaray” – creemos que con el consentimiento del tribunal competente – se ha extralimitado, al proponer el destino de los bienes a subastar. Este tercero puede ser una persona física o jurídica y – dentro de estas últimas privada o incluso pública. No se le deben conceder facultades que lo exceden, propias de las partes, como tomar vista y – menos aún – fotocopiar expedientes reservados, con el fin de aportar su futuro alegato.

b) Es un proceso de *interés público*, es decir que su resultado trasciende al interés de las partes. Un ejemplo de ello son todas las causas en las que se investigan crímenes perpetrados durante el último gobierno militar.

c) Tiene por *objeto* aumentar el conocimiento del juez, aportando información científica – con incidencia jurídica -, puntos de vista y legislación o jurisprudencia foránea o nacional que no puede omitirse al resolver el proceso. No tiene la facultad de ofrecer pruebas.

d) Se entiende que es *popular*, dado que propende a La participación ciudadana en un pleito.

e) El tercero debe *tener conocimientos especiales en la materia tratada en la causa*. Así, debe justificar que merece la incorporación de su libelo en el expediente (léase “idoneidad para asesorar al juez”).

f) Debe *ostentar algún interés en la causa*. Este aspecto es habitual e innegable; tanto que su inexistencia deviene utópica. En realidad, el interés que ostenta debe ser supraindividual. Por encima del de las partes en la litis.

g) El origen de la presentación del *amicus curiae* puede ser voluntaria, espontánea o incluso convocada por el propio tribunal.

3. A normativa brasileira

A primeira abertura normativa no Brasil para o ingresso de terceiro em processo pendente com as características do *amicus curiae se deu com a Lei 6.385, de 7.12.1976 (art. 31)*⁷¹¹, com modificações

711 Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

§ 1º - A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com

incluídas pela Lei 6.616, de 16.12.78 permitindo a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários em processos judiciais de caráter individual, percebendo-se a importância da fiscalização exercida pela autarquia.

A Lei 8.884, de 11.06.1994, em seu art. 89, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, impõe intimação do CADE nos processos em que se discutam questões relacionadas ao direito de concorrência.

O dispositivo tem a seguinte redação: “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de *assistente*”.

Ao atribuir-lhe a qualidade de *assistente*, o texto normativo causou certa perplexidade na doutrina porque faltava ao CADE o *interesse jurídico*, atributo indispensável para a qualificação de assistente nos moldes previstos no sistema processual brasileiro. O assunto rendeu o seguinte comentário de Scarpinella Bueno (2006, p.325):

O termo ‘assistente’ empregado pelo art. 89 da Lei n. 8.884/94 não pode levar o intérprete a confundir as hipóteses. Não se trata, a toda evidência, de ingresso do CADE na qualidade de *assistente* de nenhuma das partes, porque não está ele, CADE, defendendo direito próprio em juízo ou, de qualquer forma, direito seu que dependa da relação jurídica posta em juízo.

A modalidade prevista na Lei 9.469, DE 10.7.1997(art. 5º, par. ún.), facultando o ingresso interventivo da União na relação processual em figurem como autoras ou rês, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, bastando o interesse mediato e de natureza econômica, também foi alvo de polêmicas e críticas da doutrina.

aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação.

§ 2º - Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior.

§ 3º - A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram.

§ 4º - O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes.

Vejamos o trato normativo desta intervenção:

Lei Federal 9.469, de 10.7.1997 – Art. 5.º - A União poderá intervir nas causas em figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, *independentemente da demonstração de interesse jurídico*, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes. (sem grifo no original)

Acerca do dispositivo, elaborado sem qualquer encarte lógico ou metodológico, o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, hoje advogado, Athos Gusmão Carneiro (2003, pp. 251/252), deitou as seguintes considerações:

Como se verifica, de conformidade com o *caput*, resultou mantida a *possibilidade* (não a obrigatoriedade) de a União intervir nas causas em que seja parte entidade da Administração indireta, sem necessidade de demonstrar interesse estritamente jurídico em que a sentença venha a ser favorável à entidade assistida. Com efeito, se existente o interesse jurídico, o caso estaria já subsumido nas previsões o Código de Processo Civil.

Novidade maior está no parágrafo, segundo o qual a pessoa jurídica de direito público (portanto, a Administração centralizada, as autarquias, as fundações de direito público) poderá intervir em qualquer demanda se a sentença, a ser proferida na causa, puder influir, ainda que de forma indireta e reflexa, no âmbito patrimonial da aludida pessoa jurídica. Mais ainda: nos casos em que ocorra essa intervenção atípica, a competência não se

desloca para o foro privativo, salvo se entidade de direito público interpuser recurso; apenas nesta hipótese, segundo está na lei, será considerada como ‘assistente’ e, pois, haverá o ‘deslocamento da competência.

Constata-se, *d. v.*, uma profunda incongruência no dispositivo do parágrafo único. Não se concebe, em raciocínio lógico, como o simples exercício da faculdade de recorrer venha a mudar a ‘natureza processual’ da intervenção da pessoa jurídica de direito público: tal pessoa não figurava como assistente, tanto assim que a causa corria na Justiça estadual; mas subitamente, pelo simples exercício da faculdade de recorrer, vem a tornar-se assistente (o interesse ‘de fato’ transmuta-se em ‘interesse jurídico’?), dando então motivo ao deslocamento da competência.

A deferir tais efeitos processuais à intervenção do atípico ‘assistente’, estar-se-ia criando uma situação aberrante de permitir à pessoa jurídica de direito público, que sequer teria interesse jurídico para intervir como assistente, fixar a competência para a causa pelo mero exercício da faculdade de recorrer; com ofensa à regra basilar do respeito ao ‘juiz natural’.

É claro que o deslocamento de competência pressupõe necessariamente, *porque está na Constituição Federal*, que a pessoa jurídica de direito público haja assumido uma das posições previstas no art. 109, I. Assim, é incompreensível a locução final: ‘(...) hipótese em que, para fins de deslocamento da competência, serão consideradas partes’. E antes, não eram partes? O mero interveniente é convertido em ‘parte’ pelo só fato de recorrer? Onde ficam a lógica, os princípios processuais?

Adiante, o ilustre jurista arremata (pp. 251/252):

Vê-se, assim, que a atípica ‘intervenção de terceiro’, prevista no art. 5.º, parágrafo único, da Lei 9.469/97, apresenta-se em verdade como uma peculiar modalidade de ingresso do *amicus curiae*

na relação processual, ao qual é facultado, por mero interesse mediato e de natureza econômica, apresentar alegações em favor do ‘assistido’ – autarquias, fundações públicas federais, sociedades de economia mista federais -, e juntar documentos e memoriais.

Com inteira razão o mestre na crítica desenvolvida. A competência dos juízes federais foi fixada no art. 109 da Constituição Federal, cabendo-lhes processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes”, sem contemplar em seu rol as sociedades de economia mista como fez a Lei Ordinária e, sabem todos, nem a Lei ordinária, ou mesmo lei complementar, não pode ampliar ou restringir a competência da Justiça federal, pois incorreria, se assim o fizesse, em flagrante inconstitucionalidade.

Igualmente, observa-se que houve progresso em relação à Lei 9.099, de 26.9.1995, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que não admitia (art. 10), na derrama de oportunidade, as incursões processuais de terceiro. Todavia, sob a aura da fonte democrática do instituto em comento, pontua-se a sua participação nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Federal – Lei 10.259, de 12.7.2001 – e de *eventuais interessados*, “ainda que não sejam partes no processo” (§ 7º, art. 14).

Temos, ainda, que, no controle abstrato de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, está previsto o ingresso de entidades com a representatividade legalmente exigida, para a “assistência” pertinente (art. 7º, § 2º, da Lei 9.868 de 10.11.1999 e art. 482, § 3º, do CPC). Essa abertura foi a entronização da figura do amigo da corte e vem servindo repetidas vezes para que a figura do *amicus curiae* participe de processos de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões.

É, ainda, Scarpinella Bueno (*Trabalho forense*, 2006, p.165) quem destaca a sua relevância:

Está bem sedimentada, na jurisprudência do Supremo Tribunal federal, a razão de ser de uma intervenção na modalidade ora pretendida. O *amicus curiae* é figura que, pelas suas origens históricas e de direito

comparado, pode ser entendido como um especial terceiro interessado que, por iniciativa própria ou por determinação judicial, intervém em processo pendente com vistas a enriquecer o debate judicial sobre as mais diversas questões jurídicas, portando para o ambiente judiciário, valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado, legitimando e pluralizando as decisões tomadas pelo Poder judiciário.

Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. Fica claro de que os instrumentos de informações dos juízes sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às intervenções de *eventuais interessados*, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, o tribunal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos ‘amigos da corte’. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do tribunal no âmbito de suas tarefas precípuas. A admissão do *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.”

Sobre o controle abstrato de constitucionalidade é pertinente a transcrição do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ação direta de inconstitucionalidade que abaixo se transcreve:

ADIN-MC 2.130-SC – rel. Min. Celso de Mello – j. em 20.12.2000 – DJ de 02.02.2001.

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Intervenção processual do *amicus curiae*. Possibilidade. Lei 9.868/99 (art.7.º, § 2.º). Significado político-jurídico da admissão do *amicus curiae* no sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade. Pedido de admissão deferido. No estatuto que rege o sistema de controle

normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei 9.868/99, art.7.º, § 2.º), permitindo que terceiros – desde que investido de **representatividade adequada** – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. – A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no **processo objetivo** de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sobre uma perspectiva eminentemente pluralista, a possibilidade de **participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representam os interesses gerais da coletividade** ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art.7.º, § 2.º, da Lei 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.

Decisão: A Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC, invocando a sua ‘condição de entidade representativa dos Magistrados Catarinenses’ (fls. 255), requer, nos termos do art.7.º, § 2.º, da Lei 9.868/99, seja admitida, formalmente, a manifestar-se na presente causa. Passo a apreciar o pedido ora formulado pela entidade de classe em questão. Como se sabe, o pedido de intervenção assistencial, ordinariamente, não tem cabimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, eis que terceiros não dispõem, em **nosso sistema de direito positivo [ver direito argentino]**, de legitimidade para intervir no processo de controle normativo abstrato. A Lei 9.868/99, ao regular o processo de controle normativo abstrato de constitucionalidade, prescreve que ‘Não se admitirá intervenção de terceiros no processo

de ação direta de constitucionalidade' (art. 7.º, *caput*). A razão de ser dessa vedação legal – adverte o magistério da doutrina (e cita, dentre outros, Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, p. 571, 6. ed. Atlas, 1999, *v. g.*) – repousa na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata qualificar-se como processo de caráter objetivo. Não obstante todas essas considerações, cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de **representatividade adequada** no processo de controle abstrato de constitucionalidade. A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal de terceiro no processo de controle normativo abstrato, assim dispõe: 'O relator, considerando a **relevância da matéria** e a **representatividade** dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.' No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, **investidos de representatividade adequada**, sejam admitidos na relação processual, para efeito de **manifestação sobre questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional**. A regra, que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae*, tem por objeto pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia.

É certo que, embora inovadora em tema de controle abstrato de constitucionalidade (que faz instaurar processo de natureza marcadamente objetiva), a disciplina legal pertinente ao ingresso formal do

amicus curiae já se achava contemplada, desde 1976, no art. 31 da Lei 6.385, de 07.12.1976, que permite a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter meramente **subjetivo**, nos quais se discutiam questões de direito societário, sujeitas, no plano administrativo, à competência dessa entidade autárquica federal. Cabe registrar, por necessário, que a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio.

Como se demonstrou, nos casos de processo judicial para o controle normativo abstrato de constitucionalidade, a intervenção do *amicus curiae* se coloca como fator de legitimação social das decisões do tribunal Constitucional, significando a possibilidade de participação de entidades e de instituições que representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Por isso, a atuação do *amicus curiae* não deve limitar-se à apresentação de memoriais ou prestação de eventuais informações que lhe seja solicitada, tanto que o Supremo Tribunal Federal modificou entendimento anterior, permitindo a sustentação oral das razões que justificam a sua admissão formal no processo ante as especificidades de cada caso, desde que preenchidos os requisitos indispensáveis à sua participação, quais sejam: a relevância da matéria em exame e a representatividade adequada do amigo da corte.

Traço marcante é o sentido essencialmente democrático da participação processual do *amicus curiae*, trazendo elementos de informações como decorrência do acervo de experiências que detém, ampliando o olhar do tribunal sobre aspectos políticos, sociais, econômicos, jurídicos e culturais de inquestionável significação para pluralizar a solução em cada caso concreto.

4. Sujeitos do processo e o *amicus curiae*

Adotada a idéia de processo como relação jurídica, cabe indagar quais são os sujeitos que integram esta relação e qual o papel que cada uma nela desempenha.

Como linha de princípio, todos que, de qualquer modo participam da relação jurídica processual são considerados *sujeitos* do processo. Nessa perspectiva, cabe distinguir os sujeitos imparciais dos sujeitos parciais. Imparciais são o Estado, na figura do juiz, e os auxiliares do juízo. O Ministério Público, como fiscal da lei é sujeito imparcial relativamente à demanda ajuizada. São sujeitos parciais as partes.

Prevalece dentre os processualistas a noção de que *parte* é um conceito eminentemente processual⁷¹², muito embora não se possa descartar que a noção não é estranha ou inadequada em relações jurídicas substanciais, e assim se fala, *v. g.*, em partes no contrato.

Parece oportuno não perder de vista algumas questões que, de certa forma, são relevantes para localizar as situações subjetivas que envolvem o conteúdo do processo no que respeitas às partes: a) a relação jurídica material conflituosa que interessa para a atuação judicial é aquela *afirmada* pelo autor – desde que se adote a asserção como ponto de partida –, logo, os titulares desta relação *afirmada como existente* são as pessoas legitimadas para figurar no processo na qualidade de partes; b) é possível que esta relação material conflituosa tenha em um de seus dois pólos mais de um sujeito e, se for o caso de uma relação jurídica incindível, teremos no pólo passivo um litisconsórcio necessário; c) ainda no caso de relação jurídica incindível com dois ou mais sujeitos aptos a demandar como autores, haverá litisconsórcio ativo facultativo sempre que a lei autorizar a qualquer destes a propor sozinho a demanda, caso em que atuará com dupla legitimação, ordinária quanto à parcela de seu direito, e extraordinária quanto ao direito dos demais, hipótese em que atuará como substituto processual; d) também na hipótese de relação jurídica incindível com dois ou mais sujeitos aptos a demandar como autores e a lei não autorizar que qualquer deles individualmente possa propor a ação, teremos caso de litisconsórcio necessário, porém, ao contrário do que possa pensar, não há que se falar em litisconsórcio ativo necessário. O litisconsórcio é, tão somente, necessário e, se por ventura um dos sujeitos aptos a demandar como autor se recusar, basta noticiar o fato e promover a sua citação, para que integre a relação processual assumindo a posição que melhor lhe aprouver, tal é o registro de Nelson Nery Jr. e Rosa Nery (2004, p. 475):

Citado aquele que deveria ter sido litisconsorte necessário ativo passa a integrar de maneira forçada

712 Dinamarco (1994, p. 22), registra que “a noção de parte é uma noção estritamente processual”

a relação processual. Já integrado no processo, esse réu poderá manifestar sua vontade de: a) continuar no pólo passivo, resistindo à pretensão do autor; b) integrar o pólo ativo, formando o litisconsórcio necessário ativo reclamado pelo autor. (...) O que importa para que se cumpra a lei e se atenda aos preceitos do sistema jurídico brasileiro é que os litisconsortes necessários – isto é, todos os partícipes de relação jurídica material discutida em juízo – integrem a relação processual, seja em que pólo for.

Também é relevante considerar a existência: a) da relação jurídica processual, base procedimental na qual se estabelece e se desenvolve as múltiplas atividades realizadas pelo atores processuais, quer sejam os sujeitos parciais ou imparciais; b) a relação jurídica material conflituosa narrada *in status assertionis*, ou seja, simplesmente afirmada pelo autor, e que constitui a *causa petendi* que autoriza o pedido que se leva ao juiz mediante a ação concretamente exercida; c) a versão dos fatos oferecidas pelo réu, que poderá, inclusive, descrever com outros contornos a relação jurídica conflituosa narrada pelo autor, ou mesmo negar a sua existência no mundo dos fatos; d) a “versão final” da relação jurídica conflituosa apurada após a cognição exauriente levada a cabo pelo juiz, que pode, ou não, corresponder ao conflito narrado pelo autor na petição inicial.

A relação jurídica material conflituosa narrada *in status assertionis* que autoriza o pedido que se leva ao juiz mediante a ação concretamente exercida – que se chama *demanda* – possui os seus sujeitos parciais.

Tome-se a expressão *demanda* como a ação concretamente exercida. A *demanda*, portanto se caracteriza pela existência de seus elementos: partes, causa de pedir e pedido. As partes podem ser mencionadas como sujeitos da demanda, demandante(s) e demandado(s); a causa de pedir ou o conjunto de fatos e fundamentos que lastreia o exercício da demanda; o pedido ou o bem jurídico pretendido pelo autor, correspondente ao que a doutrina chama de objeto mediato.

Considere, também, que determinada demanda tenha natureza reivindicatória. Logo a relação jurídica afirmada como existente será de propriedade e, na hipótese de dois titulares do domínio, teremos a figura do condomínio e, portanto dois sujeitos legitimados para propor

a demanda. O ordenamento positivo brasileiro permite que cada um deles, isoladamente, o proponha⁷¹³, situação em que surge a figura do substituto processual – aquele que demandou o réu isoladamente – e do substituído processual – o co-proprietário que não integrou a demanda como autor, mas é titular do direito lamentado no processo – logo, conclui-se pela desconcórdância entre os sujeitos da demanda e os sujeitos da relação jurídica material.

São, ainda, sujeitos do processo segundo o sistema processual brasileiro, aqueles que, mediante intervenção de terceiros, adquirem esta qualidade. Alguns assumem a situação de partes em demandas incidentes, como o *opoente* na oposição (CPC, art. 56), o *denunciado* na denúncia da lide (CPC, art. 70). Outros passam a integrar a demanda originária, como é o caso do *chamado* no chamamento ao processo (CPC, art. 77), que amplia a composição passiva da demanda originária. Temos, também, como modalidade interventiva o recurso do terceiro prejudicado (CPC, art. 499) cuja natureza da intervenção variará conforme a sua situação legitimante. O *assistente* é sujeito do processo, porém não é parte na demanda, que não lhe pertence. Mesmo o assistente litisconsorcial – figura que merece um estudo detalhado em outra sede – não pode ser considerado parte na demanda, embora titular da relação jurídica levada ao processo.

Por último, mas não menos importante, temos, como sujeitos do processo, o Ministério Público, como fiscal da lei, o qual poderá assumir a qualidade de parte no processo quando a lei lhe atribuir a iniciativa da demanda – v. g. na destituição do poder familiar – e os legitimados para as ações coletivas, que também ostentam a qualidade de partes, dentre os quais se destacam o próprio Ministério Público, a Defensoria Pública, e outros entes, todos atuando mediante legitimação extraordinária.

Do exposto se conclui que dentre os sujeitos parciais do processo existem as *partes no processo* e as *partes na demanda*, certo que estas são partes do processo considerada a relação de gênero e espécie.

713 Segundo o art. 1.314 do Código Civil brasileiro: “cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, *reivindicá-la de terceiro*, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal”. O art. 2.679 do Código Civil argentino “cada uno de los condóminos puede reivindicar, contra un tercer detentor, La cosa en que tenga su parte indivisa; pero no puede reivindicar una parte material y determinada de Ella”

E o *amicus curiae*? Qual a modalidade de intervenção que autoriza a sua atuação? Qual a natureza jurídica que se lhe possa atribuir?

Acerca do tema, são pertinentes as considerações de Alexandre Câmara (2010, pp. 224/225):

É preciso, porém, e antes de tudo, definir qual a natureza da intervenção do *amicus curiae*. Há, por um lado, quem sustente tratar-se de uma nova modalidade de intervenção de terceiro. De outro lado, encontram-se autores que o consideram um auxiliar eventual do juízo. Tenho para mim que a razão está com esta segunda corrente (...), digo isto porque só se pode falar em intervenção de terceiro no caso em que alguém, que não é parte de um processo, nele ingressa para fazer valer um interesse subjetivo seu, que será direta ou indiretamente afetado pela decisão judicial a ser proferida no referido processo. Ora, o *amicus curiae* não intervém no processo para defender interesses subjetivos seus, mas para fornecer subsídios ao juízo, a fim de que este possa bem resolver as questões de direito de repercussão geral que tenham surgido na causa. Trata-se, pode-se assim dizer, de uma intervenção *altruista*.

Tramita em sede legislativa brasileira o projeto de Lei n.º 166, originário do Senado Federal que estatui o novo Código de Processo Civil e que dá nova disciplina à intervenção de terceiros, contemplando dentre elas a figura do *amicus curiae*. Para que se tenha idéia da topografia como um todo, transcreve-se, abaixo e por inteiro, o capítulo da intervenção de terceiros que, supõe-se, não deverá sofrer modificações.

CAPÍTULO V

DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Seção I

Do *amicus curiae*

Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema

objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.

Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.

Seção II

Da assistência

Art. 321. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontra.

Art. 322. Não havendo impugnação dentro de cinco dias, o pedido do assistente será deferido. Se qualquer das partes alegar, no entanto, que falta

interesse jurídico ao assistente para intervir a bem do assistido, o juiz admitirá a produção de provas e decidirá o incidente, nos próprios autos e sem suspensão do processo.

Parágrafo único. Da decisão caberá agravo de instrumento.

Art. 323. O assistente atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido.

Parágrafo único. Sendo revel o assistido, o assistente será considerado seu gestor de negócios.

Art. 324. A assistência não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação ou transija sobre direitos controvertidos, casos em que, terminando o processo, cessa a intervenção do assistente.

Art. 325. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente toda vez que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.

Parágrafo único. Aplica-se ao assistente litisconsorcial, quanto ao pedido de intervenção, sua impugnação e o julgamento do incidente, o disposto no art. 322.

Art. 326. Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, questionar a decisão, salvo se alegar e provar que:

I – pelo estado em que recebera o processo ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

II – desconhecia a existência de alegações ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

Seção III

Do chamamento

Art. 327. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu:

I – do afiançado, na ação em que o fiador for réu;

II – dos demais fiadores, na ação proposta contra um ou alguns deles;

III – dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum.

Art. 328. A citação do chamado será feita no prazo de dois meses, suspendendo-se o processo; findo o prazo sem que se efetive a citação, o chamamento será tornado sem efeito.

Art. 329. A sentença de procedência condenará todos os coobrigados, valendo como título executivo em favor do que pagar a dívida para exigi-la do devedor principal ou dos codevedores a quota que tocar a cada um.

Art. 330. Também é admissível o chamamento em garantia, promovido por qualquer das partes:

I – do alienante, na ação em que é reivindicada coisa cujo domínio foi por este transferido à parte;

II – daquele que estiver obrigado por lei ou por contrato a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo da parte vencida.

Art. 331. A citação do chamado em garantia será requerida pelo autor, em conjunto com a do réu ou por este no prazo da contestação, devendo ser realizada na forma e prazo do art. 328.

Parágrafo único. O chamado, comparecendo, poderá chamar o terceiro que, relativamente a ele, encontrar-se em qualquer das situações do art. 330.

Art. 332. A sentença que julgar procedente a ação decidirá também sobre a responsabilidade do chamado.

Assim, o projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país.

Criou-se regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo *amicus curiae* ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição.

Entendeu-se que os requisitos que impõem a manifestação

do *amicus curiae* no processo, se existem, estarão presentes desde o primeiro grau de jurisdição, não se justificando que a possibilidade de sua intervenção ocorra só nos Tribunais Superiores. Evidentemente, todas as decisões devem ter a qualidade que possa proporcionar a presença do *amicus curiae*, não só a última delas.

5. O *amicus curiae* e o princípio *iura novit cúria*.

Tem origem remota a regra *da mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*, segundo as quais caberia às partes agitar os fatos que substanciariam sua pretensão, cabendo ao juiz aplicar as leis mediante a presunção de conhecimento de seu conteúdo, primeiramente de sua literalidade e remotamente de seu valor como regra, fazendo presumir que o magistrado saberá fazer a melhor escolha para a adequação dos fatos às regras positivadas. No primeiro aspecto os juízes conhecem o direito, devendo procurar a lei aplicável ao caso concreto; no segundo, fica estabelecido o dever do magistrado de conhecer e aplicar, de ofício, a regra, ainda que não alegada e provada pelas partes e dela extrair a norma.

O brocardo *iura novit cúria* ainda goza de certo prestígio entre os clássicos, mas os tempos mudaram e continuam inexoravelmente sujeitos às mudanças e sua aplicação hodiernamente já não se faz como no passado.

De início vale o lembrete de que há muito surgiu o afastamento da posição largamente dominante, sobretudo no vetusto positivismo jurídico, de que o Direito seria quando não exclusivamente, pelo menos preponderantemente, identificável na lei. Por isso não bastaria o aforismo *iura novit cúria*, antes porque o ordenamento conta com excessivo número de leis; depois porque cada juiz é um ator ímpar, e a interpretação que da lei ele extrai nem sempre guarda proporcional adequação à interpretação de outro qualquer juiz.

Esse aspecto foi traduzido por Carlos Maximiliano (2000, p.59) ao observar a relação entre o juiz e o legislador:

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço

peçoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade.

O dogma da obrigatoriedade do conhecimento da lei não se estende com exclusividade ao magistrado. Também os jurisdicionados submetem-se ao postulado. De acordo com o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece. Sendo assim, a *ignorantia legis neminem excusat* tem por finalidade garantir a eficácia da lei, que estaria comprometida caso se admitisse a alegação de ignorância de lei vigente. Como conseqüência, não se faz necessário provar em juízo a existência da norma jurídica invocada, pois se parte do pressuposto de que o juiz conhece o direito, daí o princípio *iura novit curia*.

Porém, esse princípio comporta exceção, como a que se verifica do art. 337, CPC: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”. Comentando o dispositivo, Pontes de Miranda (1996, p. 283) apontou para as vicissitudes da lei, fatores e circunstância que a atingem no tempo e no espaço:

Tendo-se aberto a brecha no *iura novit curia*, a propósito de direito estadual, ou municipal, estrangeiro ou consuetudinário, entra a contrariedade a respeito da regra jurídica abstrata, que foi invocada, podendo cada parte, e não só a que a alegou, produzir prova. O ônus de provar cabe a quem a invocou. *Porém as leis são revogáveis, derogáveis, suscetíveis de ser repostas em vigor, de ter sua vigência regulada por princípios especiais, de ser entendidas segundo especiais de interpretação*; de modo que o simples fato de se publicar o texto, publicado ou por certidão, ou em livro (a que o juiz dê crédito), não exaure a dúvida sobre sua incidência e aplicabilidade (sem grifo no original).

Segundo Calamandrei “o juiz é escravo da lei e seu fiel intérprete. Inspirado por outros princípios como o da equidade, pois as leis são abstratas e o juiz deve aplicá-las adequando-as a situação fática apresentada, elegendo entre elas, pois são muitas, a mais adequada a resolver a questão posta em juízo”⁷¹⁴.

Ao Juiz, segundo o brocardo, basta apenas o fato, para que seja dado o direito (da “mihi factum, dabo tibi jus”). Daí, ao Juiz é permitido aplicar a lei que incidiu no caso concreto, ainda que as partes tenham, por ignorância, ou por erro, invocado outra. É, também aqui, a aplicação do velho princípio “iura novit curia”. Enfim, cabe ao julgador, por dever e não por mera faculdade, conduzir o processo ao seu natural desfecho, independentemente da concordância formal das partes, posto que na apreciação dos fatos e da prova, age sempre de forma soberana, sendo livre para formar a sua convicção e assim decidir, o que torna possível chegar, no mais das vezes, a conseqüências que não foram sequer antevistas pelas partes.

Köhler (2010, p.254) destaca jurisprudência da Corte Suprema argentina que reiteradamente tem convalidado a faculdade dos juízes de fundamentar suas decisões, qualificando juridicamente as pretensões dos litigantes, sem que isto implique em violação da ampla defesa e o devido processo legal, como se verifica, *in verbis*:

Como colorario de lo expuesto se ha resuelto que la decisión de la causa por razones de derechos que las partes no han invocado o lo han hecho tardíamente, constituye tan solo el ejercicio de la facultad de suplir el derecho y no importa arbitrariedad ni violación de la defensa en juicio.

Nos sistemas jurídicos de tradição romanística, tais como no Direito brasileiro, não mais prevalece a redução do Direito à lei, muito embora subsista a primazia desta sobre todas as outras fontes. Assim, mesmo em face do nosso sistema jurídico essencialmente legislativo, não se pode ignorar a dinâmica da sociedade moderna, que torna necessário ao aplicador das leis, freqüentemente, recorrer às demais fontes do direito.

Tal evolução histórica do Direito decorre da evolução da

714 *In* EN TORNO AL PRINCIPIO DEL «IURA NOVIT CURIA» *Rafael Quintero Moreno*. Tradução livre.

sociedade, e da necessidade do Estado Juiz suprir de forma eficaz os interesses tutelados pelas normas e pelos costumes, e aqui, neste ponto, encontra-se a resposta para a encruzilhada de qual caminho seguir no caso concreto, repetindo, quando dois caminhos Jurisprudenciais, tem sólidos fundamentos doutrinários, por isso que deve-se pesar na cega balança da Justiça qual atende melhor o interesse da sociedade.

Tem-se, ainda, o cipoal legislativo. Inúmeras leis são abortadas seguidamente. Leis de todas as matizes, algumas desnecessárias ou extravagantes; outras, inconstitucionais; muitas sem conseguir alcançar a efetividade esperada pelo legislador, seja pela repulsa coletiva ou pela impossibilidade material de sua aplicação.

O presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, desembargador Manoel Alberto Rebelo dos Santos, em entrevista publicada em jornal de grande circulação, reconheceu que os magistrados não conhecem todas as leis (O Globo de 19.06.2011). Seria o reconhecimento público do sepultamento da regra *iura novit cúria*?

Mas não é só. Aquele que invoca a prestação jurisdicional deve, de qualquer forma, colaborar na direção de que a tutela pretendida atenda adequadamente ao seu pedido. A exposição ordenada dos fatos aos quais se atribui uma determinada consequência jurídica (causa de pedir) e a formulação correta do pedido perante o órgão judicante é o suficiente, em nível essencial de conteúdo, para validar o processamento da ação como veículo de abertura do processo que provoca a emissão de uma tutela jurisdicional de mérito. O enquadramento legal (*date mihi facta, dabo tibi jus, iura novit curia*) é consequência do tipo de demanda proposta, encarada não em virtude do nome que ostente ou do rótulo nela estampado, mas dos elementos objetivos e subjetivos que intrinsecamente a compõem. São as partes, os fundamentos de fato e de direito (causas de pedir) e o pedido.

O próprio bem da vida em discussão, que é o objeto mediato e o que de mais importante existe na demanda, tem estreita ligação com os fatos trazidos aos autos, de maneira que o objeto litigioso se identifica em função da causa de pedir a ele subjacente. A ação se individualiza com os dados da relação substancial, nada importando o nome posto à sua frente. No entanto, restará sempre o risco de que os fatos não sejam adequadamente apresentados, ou o risco de que o juiz não promova a subsunção correta, negando a incidência do *iura novit cúria*.

Mesmo que se tenha por correto, como de fato é, que a narração dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados, podendo, inclusive, em face dos fatos narrados na inicial, a prova realizada e de sua própria cultura, dar uma qualificação jurídica diferente daquela que o demandante sustentara (*narra mihi factum dabo tibi ius*), o próprio direito processual não desmente a falibilidade da Corte ao prever um sistema de recursos e revisões de julgados rico de possibilidade de reforma ou cassação da decisão proferida.

Scarpinella Bueno (2006, *Amicus curiae*, p. 33), sobre o *iura novit cúria*, destaca a relativização ou atenuação que o princípio merece:

A crença de que o juiz sempre sabe o direito é, claramente, um dogma. Um dogma que, mesmo no ‘modelo tradicional’ de legislação, sempre recebeu alguma margem de atenuação, como faz prova o nosso Código de Processo Civil, que admite, em alguma medida, a necessidade da produção da prova de um ‘direito’ a que o juiz, presumivelmente, não tem acesso ou de que não tem conhecimento (...) se ‘direito’ e o ‘fato’, mais do que nunca, precisam andar juntos para a própria interpretação e aplicação do direito, já não há mais condições efetivas de esperar do juiz que ele simplesmente, saiba tudo sobre tudo e na profundidade que, muitas vezes, é-lhe impossível vir a saber.

Tudo conspira, portanto, para a efetiva incidência do princípio da cooperação, devendo o juiz contar a mais ampla participação de atores ao longo do processo.

6. O *amicus curiae*, o curador especial e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

O presente tópico tem por finalidade fazer uma aproximação entre as figuras do *amicus curiae* e a do curador especial, ligando-as às questões institucionais da Defensoria Pública mediante a análise de um caso concreto, no qual a intervenção da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro na qualidade de *amicus curiae* foi admitida, tendo em vista o patente interesse institucional, pois o caso

versava sobre prerrogativas dos Defensores Públicos.

É verdade que Scarpinella Bueno em sua obra, ao analisar outras figuras de sujeitos processuais no direito processual brasileiro, comparando-as com o *amicus*, conclui pela ausência de relevância maior, para os fins de seu trabalho, da figura do curador especial. Sucede, no entanto, que a inversão dos elementos de sua conclusão permite obter uma demonstração de específica relevância, ou seja: a atuação do *amicus* foi relevantíssima para uma inédita vitória institucional, sobretudo para quem testemunhou a intervenção de seu representante.

Embora a decisão que abaixo se destaca não atribua ao *amicus* a autoria dos argumentos que conduziram à decisão, foi determinante a sua participação como interveniente para o resultado exitoso.

Antes, porém, da transcrição do julgado, se faz oportuna uma abordagem perfunctória sobre as dificuldades do acesso à justiça e as peculiaridades da curadoria especial.

Ana Lúcia Sabadel (2008, p.239), referindo-se a um dos objetos do estudo da sociologia da aplicação do direito, retoma o tema constante das barreiras do acesso à justiça. Recorda a autora a distinção entre o *acesso formal* – a Carta Magna atribui direitos e garantias aos jurisdicionados, inclusive a assistência jurídica integral e direito de petição – e o *acesso efetivo* à justiça – as barreiras econômicas, sociais, culturais, e jurídicas – que não permitem transformar em realidade a promessa constitucional. Quanto às barreiras jurídicas assim se manifesta a autora:

Trata-se de obstáculos relacionados com as regras de organização do processo e de funcionamento dos tribunais; excessiva duração do processo e incerteza em relação ao resultado; distância geográfica do tribunal; número limitado de juízes, promotores e procuradores; incompetência profissional e psicológica de advogados.

Dentre as barreiras jurídicas de acesso à justiça relacionadas com as regras do processo, Sabadel (p. 239) refere a “falta de meios processuais adequados para determinados tipos de conflito”. Nesse contexto, parece correto concluir que, também, a hermenêutica tradicional, a interpretação decorrente de métodos clássicos, hauridos, de certa forma, sob a influência do positivismo, sem uma abertura para

os novos tempos, fazendo outra leitura dos conflitos e das regras que pretendem compô-lo, consiste em barreira jurídica por insuficiência de meio processual adequado para determinados tipos de conflito.

Pretende-se, agora, aglutinar elementos de Direitos Humanos, de Direito Processual Civil e um tema institucional da Defensoria Pública acerca de uma das suas funções atípicas⁷¹⁵.

A proteção integral da criança e do adolescente integra, indubitavelmente, o rol dos Direitos Humanos⁷¹⁶; o Código de Processo Civil determina que “o juiz dará *curador especial* ao incapaz, se não tiver representante legal, ou *se os interesses deste colidirem com os daquele*” (art. 9.º, I); O art. 179 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro contempla o seguinte texto: “São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras que lhe são inerentes, as seguintes: (...) II - atuar como curador especial; (...) V - patrocinar: (...) g) a defesa do interesse do menor e do idoso, na forma da lei”; O artigo 148, parágrafo único, letra “f”, da Lei 8.069/90, estabelecendo a competência da Justiça da Infância e Juventude nas hipóteses elencadas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina a designação de *curador especial em todos os procedimentos judiciais em que haja interesses de criança ou adolescente*.

Como se vê, fácil concluir que, havendo conflito entre os interesses de incapazes, em particular de menores, e os de seus representantes em procedimento judicial, necessário se faz a presença de curador especial para defesa do interesse do menor, mesmo que este *não seja parte* no procedimento ou no processo. O curador especial será o Defensor Público porque a Lei Complementar 80 – Estatuto da Defensoria Pública – consagrou texto de forma precisa: Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei.

715 Calha lembrar a clássica distinção entre funções típicas da Defensoria Pública – a que decorre de atuação em prol de pessoas hipossuficientes ou necessitados, na linguagem da Constituição – a as funções atípicas – correspondente a todas as outras atribuições dos defensores Públicos, independente da fortuna dos beneficiários do serviço.

716 Constituição Federal do Brasil. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No entanto, até aqui esteve sedimentado o entendimento de que a nomeação de curador especial – cuja nomeação também é deferida ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com ora certa – só ocorreria nos casos em que o curatelado fosse parte no processo. Este entendimento decorria por força da inserção topográfica do dispositivo, art. 9.º do CPC⁷¹⁷, no Título II, do Código de Processo Civil que cuidava das partes e dos procuradores.

Com efeito, toda a doutrina sempre cuidou do tema sob esse enfoque: Em monografia que trata especificamente da curadoria especial, Lígia Maria Bernardi(2002, p.4) oferece o seguinte panorama:

A natureza jurídica e a função do curador especial é a de estar legitimado extraordinariamente por lei – art. 9.º e incisos – para atuar em proteção e/ou em defesa daqueles a quem é chamado a representar. Atividade que se expressa operacionalmente em termos exclusivamente processuais, fazendo as vezes daquele que no Código de 39 era denominado curador à lide. Atua no processo. Não detém função de representação legal de natureza de direito material.

Não se cogitava de nomeação de curador ao menor, ou a qualquer outro favorecido que não fosse *parte no processo*.

A falta de representação legal de incapazes não carece de maiores aprofundamentos. Quando se cogita, porém, de conflitos de interesses entre o menor e seu representante legal, convém abordar superficialmente os aspectos do chamado *conflito virtual*. Os casos mais constantes decorrem de filhos de pais não casados em que um dos pais falece deixando bens. O (a) companheiro(a) supérstite, pretendo obter provimento judicial que reconheça a existência de sociedade de fato ou união estável entre ele(ela) e o(a) falecido(a) de sorte a poder concorrer na sucessão, deverá demandar seu(s) próprio(s) filho(s) havido da união entre ambos. Mesmo que o(s) filho(s) esteja(m) de acordo com a divisão do patrimônio beneficiando seu pai/mãe, sem a sentença, só poderá

⁷¹⁷ Art. 9º O juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial.

fazê-lo mediante doação, o que poderá enfrentar obstáculos de diversas ordens. *V. g.*, doador é menor; um dos filhos não concorda com a doação etc. (nesta última hipótese, o conflito é real e não virtual).

Esse era, e é, por certo, o exemplo mais corriqueiro de aplicação do dispositivo que previa a nomeação de curador especial para o incapaz.

Em outro contexto surge o problema de crianças em que os pais, embora as mantendo sob o poder familiar, não reúnem condições morais, financeiras ou mesmo de saúde para garantir a proteção paterna. São exemplos os casos de filhos de pessoas viciadas em drogas, presidiários, vivendo em estado de absoluta mendicância, doentes mentais ou mesmo os casos de pais que fazem de seus filhos vítimas de violência que superem os pequenos castigos impostos aos filhos para corrigi-los.

Em tais casos o Ministério Público ostenta legitimidade para demandar a destituição do poder familiar, afastando o filho dos pais. Em tal hipótese, a demanda proposta em face, ou contra, os pais, que serão réus na ação ajuizada. O menor, sempre se sustenta, não é parte no processo – o que é correto –, mas, objeto – o que não é correto como se pretende demonstrar.

O que se observa no dia-a-dia da vida forense é o entendimento de que os interesses dos menores serão protegidos pelo próprio Ministério Público que, neste caso, exerceria duplo papel: autor da ação e fiscal da lei. Nesse viés o *parquet*, é evidente, apenas objetivamente e com estrita observância da Lei, protegeria os interesses dos menores, mesmo que a receita legal venha a contrariar interesses de ordem sentimental ou psicológica do menor – e tais interesses pode facilmente transmudar-se em interesse jurídico em certos contextos – tudo porque, repita-se, *o menor não é parte no processo, mas, apenas, integra o objeto do processo.*

Aí o engano! No contexto do Estatuto da Criança e do Adolescente ou em qualquer outro contexto, sobretudo o constitucional, a criança é *sujeito de direito*. Vale citar a decisão do STF nos autos da Medida Cautelar 2.280-1, da Exma. Ministra Relatora Cármen Lúcia:

De se enfatizar que a proteção a criança e ao adolescente compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer

das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos.

Tal doutrina afirma o valor da criança como ser humano e, assim, sujeito de direitos; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; seu valor como portadora da continuidade de sua espécie e reconhece, ainda que de forma implícita, a sua vulnerabilidade.

Considere-se, agora, que o parágrafo único do mesmo art. 9º do CPC “Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial.”. Adite-se a isto o fato de que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por resolução (Res. DPGE nº 230 de 04/02/03), criou a Coordenadoria dos Direitos da Criança e do Adolescente (CDEDICA), através da qual os Defensores executam a prestação e atendimento *in loco* às crianças e aos adolescentes institucionalizados nas unidades de abrigo e atuam realizando o primeiro atendimento propositura e acompanhamento de ações que versem sobre a defesa dos direitos desses.

Tal Coordenadoria foi criada, não para usurpar atribuições do Ministério Público ou para dificultar as ações ministeriais em prol das crianças e dos adolescentes, mas para concretiza o direito destas de acesso à Justiça.

Não se pode olvidar que quando o texto legal faz menção às *comarcas onde houver representante judicial de incapazes*, permite concluir pelo argumento de que a Defensoria Pública através do CDEDICA, tem a missão de cumprir a tarefa protetiva da criança, mediante a atuação como curador especial.

A atuação funcional está pautada na consideração de que a defesa dos direitos da criança e do adolescente, tal como prevê o artigo 227 da Constituição da República, é dever da família, da sociedade e do Estado, sendo a Defensoria Pública, órgão do Estado, que tem como dever institucional, dentre outros relevantes, a defesa dos direitos da

criança e do adolescente e, assim, a nomeação do curador especial nos casos de ação de destituição do poder familiar se impõe.

Sucedem que tal não tem ocorrido em todos os casos. Na maioria absoluta dos processos com esse feito os juízes vêm recusando a participação da Defensoria Pública e, até mesmo, proibindo acesso aos autos do processo ao argumento de que a causa corre em “segredo de justiça”.

O tema foi vitoriosamente enfrentado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, mediante mandado de segurança contra ato de juiz que recusou a participação do curador especial e a vista aos autos de processos da espécie. O caso ensejou o incidente processual de Uniformização de Jurisprudência, que resultou na seguinte proposta de súmula: “*Caberá nomeação de curador especial a cargo da Defensoria Pública, no caso de acolhimento Judicial de criança ou adolescente, sendo garantido ao Defensor Público o acesso aos autos de processos judiciais ou administrativos destes menores*”.

Pela relevância do tema, transcreve-se parte substancial do acórdão:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO
ÓRGÃO ESPECIAL
UNIFORMIZAÇÃO DE
JURISPRUDÊNCIA 0038977-13.2010.8.19.0000

Trata-se de proposta de Uniformização de Jurisprudência suscitada com base no artigo 476 inc. II do CPC pelo Exmo. Des. Mauricio Caldas Lopes, Relator do Mandado de Segurança 0034758-88.2009.8.19.0000 (antigo 2009.004.01063), distribuído a e. 2ª Câmara Cível do TJRJ.

O *Mandamus* tem como impetrante a d. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, e Impetrado o Juízo de Direito da 2ª Vara Regional da Infância e Juventude e do Idoso Regional de Santa Cruz Comarca da Capital, sendo deferido as folhas 453 a intervenção como “**amicus curiae**” da Associação dos Defensores Públicos do Estado do

Rio de Janeiro, porquanto patente seu interesse no feito, eis que prerrogativas dos Defensores Públicos são discutidas nos autos.

A gênese do presente feito encontra-se na irressignação da d. Defensoria Pública contra ato do Juízo da 2ª Vara da Infância e Juventude e Idoso de Santa Cruz, da lavra da d. Juíza de Direito Cristiana Faria Cordeiro, a qual indeferiu direito de vista aos autos nos processos: 2007.206.006988-1, 2007.206.000651-2, 2008.2006.004312-2, 2007.710.000651-2, 2008.206.004304-3 e 2007.206.006077-4, motivando a impetração do Mandado de Segurança objetivando a abertura de todos os feitos requeridos pela Impetrante, no exercício de seu *Munus* da Curadoria Especial.

Colhe-se do acórdão os textos que se transcreve, omitindo-se o nome completo dos sujeitos parciais do processo, por razões evidentes:

(...) não obstante a menor - cujo Ministério Público pretende afastar do âmbito do poder familiar de seus pais, em virtude de supostos maus tratos - não figurar como parte na ação de destituição de poder familiar movida pelo autor, merece ter seus direitos assegurados por curador especial posto que a presença do Ministério Público Estadual, por si só, não supre, em tese, a necessidade de nomeação de curador especial à criança, porquanto, embora o pólo passivo da ação seja composta apenas pelos pais ou responsáveis da criança, esta se me apresenta como a principal interessada no deslinde da ação, ante a iminente possibilidade de afastamento de sua família natural.

Assim, como principal interessada em ações desta espécie, a criança pode ser representada – em virtude da impossibilidade dos pais – por curador especial (art. 9º, I, do CPC), guardando respeito, dessa forma, aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, já que inviável o

Ministério Público cumular as funções de autor, fiscal da lei e curador do interesse de incapazes, uma vez que são posições suscetíveis de choque de interesses, ainda que em tese.

Aliás, não há que se falar que a Defensoria Pública não dispõe de “mandado judicial” para atuar no feito, posto que consoante as lições de LUIZ GUILHERME MARINONI “ a sua autorização vai implícita no próprio ato de nomeação”, mesmo porque a criança não dispõe de capacidade para outorgar os poderes de representação.

Desse modo, ao menos nessa oportunidade em que se tem apenas uma visão sumária da questão principal, entendo não caracterizada a plausibilidade do direito alegado, capaz de traduzir o *fumus boni iuris*, necessário nas pretensões cautelares.

No que atine ao *periculum in mora*, deve-se resguardar a regra que mantém o Recurso Especial retido, até decisão final, por não se vislumbrar a excepcionalidade necessária a sua mitigação pela inexistência, em princípio, de prejuízo imediato às partes e, muito menos, risco de dano irreparável, tal como alegado pelo Ministério Público, mesmo porque a nomeação de curador especial a menor em nada usurpa suas atribuições como, a propósito já decidiu esta Corte Superior, *mutatis mutandis*:

(...) O parágrafo único do art. 9º do Código de Processo Civil não impõe ao Ministério Público o dever de atuar como representante judicial dos incapazes. Sua atuação, em processos em que figurarem como parte pessoas desprovidas de capacidade civil, decorre do art. 82, II da mesma norma. Sua participação nessa hipótese, todavia, dá-se não como curador especial, mas como fiscal da lei” (STJ – Resp 67278 / SP - Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO - DJ 17/12/1999 p. 350 - trecho do inteiro teor do voto).

Por outro lado, não se pode afirmar que a simples intervenção da Defensoria Pública nos autos com curador da menor consubstancie prejuízo

para as partes envolvidas, mas, ao contrário, se me apresenta mais uma segurança processual a garantir o melhor para a criança.

Com esses fundamentos, inexistindo os requisitos autorizadores da mitigação da regra disposta no art. 542, § 3º do Código de Processo Civil, INDEFIRO DESDE LOGO A MEDIDA CAUTELAR, JULGANDO-A EXTINTA SEM APRECIACÃO DO MÉRITO, com fundamento no art. 267, VI do Código de Processo Civil c/c as disposições do art. 288, caput, c/c art. 34, inciso XVIII do RISTJ. (C 016228, Rel. Min. HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, Publicação 13/11/2009 – sem grifos no original)

Cabe enfrentar o argumento de que a nomeação de curador especial atrasaria ou tumultuaria o curso do processo.

Tal premissa se olvida que o Juízo competente aferirá a medida protetiva mais adequada dentre as aplicáveis, valendo-se de estudo social para verificar a história familiar da criança e suas necessidades, portanto, o Magistrado manterá o controle da efetiva proteção do menor, e o regular andamento do feito, inclusive, tomando as medidas cabíveis, se julgar a ocorrência de excessos pelas partes.

O que não se pode admitir é que prerrogativas funcionais dos Defensores Públicos, sejam desrespeitadas, por isso que são Agentes do Estado cumprindo sua missão Constitucional.

Aqui me permito uma pausa para lamentar a forma como a Juíza Monocrática exarou a resposta do Mandado de Segurança fls. 49 *usque* 58, o que motivou pedido da Defensoria Pública ao Des. Relator de suprimir as expressões injuriosas ali contidas - fls. 178, as quais realmente estão um tom acima do desejável para uma d. Magistrada, a qual s.m.j. tomou para si como questão pessoal, e não a simples aplicação do direito ao caso concreto.

Impedir de forma arbitrária que Advogados

ou Defensores Públicos tenham acesso aos autos, não podendo se olvidar que o segredo de Justiça é exceção e deve ser decretado, mas mesmo aqueles processos que correm em sigilo, constitui prerrogativa da Defensoria Pública o livre acesso aos autos independente de nomeação, como se depreende do disposto no artigo 89, inciso VIII da lei complementar 80/94, *in verbis*:

“São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e territórios (...) VI - ter vista pessoal dos processos fora dos cartórios e secretarias, ressalvadas as vedações legais (...) VIII - examinar em qualquer repartição autos de flagrante inquéritos e processos.”

O Inciso XII do artigo 87 da lei Complementar Estadual 06/77 determina que os Defensores Públicos, estejam ou não no exercício da função de curador especial, viabilizem as providenciais necessárias AP exercício de suas atribuições

Registre-se que o foco do Mandado de Segurança que deu origem a presente Uniformização de Jurisprudência, reside no indeferimento pela Juíza Monocrática a vista dos autos de determinadas ações, a saber: 2007.206.006988-1, 2007.206.000651-2, 2008.206.004312-2, 2007.710.000651-2, 2008.206.004304-3 e 2007.206.006077-4, as quais se referem a oito irmãos, com idades entre 02 e 16 anos, filhos de Nilma (de tal), com seis genitores diferentes (fls. 03(4º apenso) a qual tem seu Pátrio Poder discutido, além de representação administrativa para ser aplicada na forma do art. 249 do ECA.

Nilma (de tal), ora relata que trabalha como faxineira ora como entregadora de panfletos, somente retornando a casa nos finais de semana, contudo, segundo sua versão - fls. 189, (5º apenso) foi impedida de entrar na Comunidade Cesarão, pelos traficantes do local, pelas dívidas que seu último companheiro deixou com os mesmos. O importante é que dos sete irmãos cinco encontram-

se abrigados e dois mais velhos ainda com a mãe, mas com Mandado de Busca e apreensão expedido pelo Juízo monocrático - fls. 180 (4º apenso).

Tais menores viviam em condições sub-humanas onde corre esgoto a céu aberto, sendo os mais velhos com anotações infracionais por crimes de furto e os mais novos saiam de casa para pedir esmolas nos semáforos, destacando que a menor Ingrid (dois anos de idade), deu entrada no Hospital Pedro II, levada pela irmã mais velha Tatiane (dezessete anos de idade), apresentando quadro de anemia profunda e escabiose, em decorrência do abandono em que vivia.

Alguns dos irmãos agora vivem sob tutela do projeto família acolhedora, enquanto outros estão em abrigos, ou seja, separados, e com suas vidas completamente desorganizadas, com aliás sempre foi a triste realidade dos mesmos.

Ocorre que a Defensoria Pública através do CDEDICA, atuando, *in loco* junto as unidades de abrigo desejou ter vista dos autos, para atuar atendendo os interesses deste menores, no que foi impedida pelo Juízo “a quo”, sendo impedida de ter vista dos autos, *in verbis*: “ pelos processos correrem em segredo de justiça, (...) e o CDEDICA não representa qualquer das partes deste processo.

Tal decisão, *data vênia* arbitrária, pois viola prerrogativa de função da Defensoria Pública, a qual, apenas desejava ter vista dos autos, a fim de conferir a situação jurídica dos menores que foram ouvidos nos abrigos, os quais patente, tem seus “ interesses processuais” colidindo com os de seus representantes legais, impulsionou a Defensoria Pública a impetrar o “writ” para ter acesso aos autos, e poder a luz do que consta no mesmo, exercer a função que lhe garante a Carta Magna.

Destarte, percebe-se a importância do trabalho deste setor da Defensoria Pública, que trabalha junto aos abrigos de menores, não sendo admissível

que sua atuação seja ceifada, por divergências em relação a que papel processual lhe cabe, pois quando vemos os casos concretos, percebe-se que a missão é simplesmente dar assistência aos desfavorecidos, abandonados, que poderão ter voz, na figura dos Defensores Públicos, os quais, representam os interesses dos menores institucionalizados, nos termos do art. 9º do CPC e 142, parágrafo único do ECA, artigo 148, parágrafo único da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e, principalmente ser a medida que melhor atende os interesses de proteção a sociedade.

Em síntese; existe a legislação que autoriza a nomeação da Defensoria Pública como curador especial, aos menores institucionalizados, sendo prerrogativa de função ter acesso a processo judicial e administrativo, que atinjam criança e adolescentes nesta situação. Existe um núcleo da Defensoria Pública preparado e almeja poder cumprir sua função institucional, mas que as vezes se vê impedido, de exercê-la. Inexiste violação das atribuições do MP, ao contrário sua função está plenamente irmanada com as da Defensoria Pública, sem qualquer colidência de atribuições, sendo, inclusive valorizada, com a atuação da Defensoria Pública, por isso que fica especialmente demonstrado o Poder do *Parquet* de tomar as medidas protetivas aos menores inerentes a sua função. E pelo aspecto social, os menores abrigados, que tem interesses, e, são sujeitos de uma relação processual, ficarão mais bem assistidos.

Portanto, temos um caminho a seguir, e este caminho, esta em consonância com a evolução do Direito, principalmente no que tange a proteção máxima da Criança e do Adolescente como previsto na Constituição Da República.

Com tais considerações, voto no sentido de ser conhecido e acolhido o incidente de uniformização de jurisprudência, propondo que se edite Súmula segundo o teor que agora explicito.

Caberá nomeação de curador especial a cargo

da Defensoria Pública, no caso de acolhimento Judicial de criança ou adolescente, sendo garantido ao Defensor Público o acesso aos autos de processos judiciais ou administrativos destes menores.

Incontinenti, desentranhem-se e devolvam-se os autos do Mandado de Segurança a Câmara de Origem.

Por fim, em 15 de junho de 2011 foi publicada no Diário da Justiça do Estado do Rio de Janeiro a súmula TJ N. 235 (estadual), aprovada com a seguinte redação:

Caberá ao Juiz da Vara da Infância e Juventude a nomeação de Curador Especial a ser exercida pelo Defensor Público a crianças e adolescentes, inclusive, nos casos de acolhimento institucional ou familiar, nos moldes do disposto nos artigos 142, parágrafo único e 148, parágrafo único, 'f' do Estatuto da Criança e do Adolescente c/c art. 9.º, inciso I, do CPC, garantindo acesso aos autos respectivos.

7. Conclusões

Como antes mencionado, resulta do princípio da cooperação a mais ampla participação de atores diversos em processos em que se verifique a relevância e a transcendência do objeto e, neste contexto, a participação do *amicus curiae* se oferece como forma de aperfeiçoamento da tutela jurisdicional. Como diz Rodrigo Strobel Pinto, “A sua participação atende à efetividade e instrumentalidade do processo, aprimorando a tutela jurisdicional do direito material, à medida que oferece ao magistrado elementos para melhor decidir”. Afasta-se a figura egoísta do juiz que pretende tudo saber, tudo entender. O juiz precisa de auxílio para a tarefa hermenêutica de um partícipe que ostente *representatividade adequada* sempre que a matéria oferecida ao juízo tenha *relevância*. Tal é a figura do *amicus curiae*.

De outra ponta, a participação do *amicus curiae*, quer seja no modelo atual, como na forma prevista no projeto do novo Código de Processo Civil estimula e legitima, como paradigma interventivo de sujeitos diretamente estranhos à demanda, a participação do Curador Especial para a proteção da esfera jurídica do menor, como prevista no

Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, se o interesse “não jurídico” que legitima o *amicus* não é subjetivo, diferentemente do ocorre com o menor, cujo interesse, ainda que “não jurídico” desde logo, é intrinsecamente subjetivo, ambas as participações se inspiram na superior possibilidade de obtenção de uma tutela jurídica justa, participativa e aprimorada. É preciso, portanto se despir de preconceitos e aceitar o que é novo sem, necessariamente, colocar vestes de filoneísmo sobre a atuação desses novos sujeitos.

Referências Bibliográficas

BERNARDI, Lígia Maria. *O curador especial no Código de Processo Civil*. 2. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Trabalho forense em Ação direta de inconstitucionalidade com intervenção do IBDP*. Repro 138, 2006, pp.165/184.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol 1. 20 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da intervenção da união federal como amicus curiae*. Repro 111, jul/set 2003. São Paulo: editora revista dos Tribunais.

CALMON DE PASSOS, J. J., *Tutela jurisdicional das liberdades*. Repro 90, abr/jun 1998. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Notas pragmáticas sobre concessão de liminares*. Repro nº 140, outubro/2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. 8. ed. – Salvador: Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Litisconsórcio*. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. vol. 1, 3. ed. rev. atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 2008.

KÖHLER, Ricardo Carlos. *Amicus curiae*. 1. Ed. – Buenos Aires: Astrea, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Arenhart, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento : A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MAXMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo IV, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JR., Nelson, Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8 ed. – São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e poder instrutório judicial*. Repro nº 151, setembro/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SABADEL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOVO RUMO PARA A DECISÃO DE PRONÚNCIA

Nilsomaro de Souza Rodrigues⁷¹⁸

Resumo: Cuida o presente artigo analisar, diante das novas regras processuais vigentes e das normas constitucionais, a possibilidade de levar alguém ao julgamento popular – Tribunal do Júri – quando, por ocasião da decisão interlocutória (pronúncia), tem-se que a prova produzida nos autos deixa dúvidas – em especial quanto à autoria ou à participação do acusado.

Abstract: The present article takes care of analyzing, considering the new procedural and constitutional laws, the possibility of taking someone to a popular judgment when, by the occasion of the interlocutory decision (pronunciation), there's an evidence produced that leaves doubts, particularly when it comes to authorship or involvement of the accused.

Palavras-Chave: PRONÚNCIA – INDÍCIOS SUFICIENTES – *IN DUBIO PRO SOCIETATE* - CIDADANIA.

1. À Guisa de Introdução

Não é novidade que o procedimento adotado pelo nosso código de ritos para os crimes de competência do Tribunal do Júri é escalonado, tendo assim duas fases distintas. A primeira, *judicium accusatonis*, que a rigor não passa de mero juízo de admissibilidade da acusação, inicia-se com o recebimento da denúncia e termina com o trânsito em julgado da decisão interlocutória de pronúncia ou impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação. Somente no caso de pronúncia, há uma segunda fase, *judicium causae*, em que se submete o acusado ao julgamento por Juízes leigos – Tribunal do júri –, competência estabelecida constitucionalmente⁷¹⁹.

É naquela fase e ao final que tem o juiz togado talvez sua única participação decisória, que poderá ser de pronúncia, de impronúncia, de absolvição sumária ou desclassificatória como já dito, exceto é claro, as de liberdade ou prisão.

718 Nilsomaro de Souza Rodrigues é Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro e doutorando em Direito pela Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ).

719 CFB art. 5º inciso XXXVIII.

Recentemente, mais precisamente em 10.06.2008, entrou em vigência a lei 11.689, que, dentre várias modificações no procedimento do Júri, inovou quanto à decisão de pronúncia ou impronúncia do réu. Embora tal mudança tenha sido sucinta no número de termos acrescidos, certamente teve extrema relevância modificativa.

É certo ainda que, como constava na norma anterior pertinente, o legislador fez questão de manter na legislação em vigência dispositivo expresso chancelando que a decisão de impronúncia não faz coisa julgada material. Dessa maneira, deixou claro que o réu impronunciado poderá ser objeto de pronunciamento futuro, desde que não esteja extinta a punibilidade⁷²⁰.

2. Legislação Anterior, Sua Modificação e a Pronúncia do Acusado

Em sua redação anterior, o artigo 408 do CPP tratava dos requisitos exigíveis para a pronúncia do réu, assim como o artigo 409 cuidava da impronúncia, sendo certo que ambos levavam à mesma conclusão. No artigo 408, convencido da existência do crime – materialidade –, e presentes indícios de que o réu fosse o seu autor – autoria ou participação –, deveria ser o réu pronunciado. Já no artigo 409, caso não se convencesse da existência do crime **ou** de indício suficiente de que fosse o réu seu autor, o juiz julgaria improcedente a denúncia ou a queixa.

Numa interpretação rápida e objetiva da *mens legis* anterior, tem-se que, presentes materialidade e indícios de autoria, pronunciava-se o réu. Ausente materialidade, ou não havendo indício de autoria ou participação, impronunciava-se o réu.

É certo que a presença de meros indícios, muitas das vezes presentes só nas peças informativas colhidas na fase inquisitorial, levava o acusado a ser pronunciado e julgado pelo Júri, ao argumento e fundamentação de que nesta fase processual prevalecia o então consagrado brocardo latino *in dubio pro societate*.

Ao elaborar a nova norma, o legislador introduziu no antigo artigo que cuidava da pronúncia do réu o adjetivo “suficiente”. Logo, onde se exigiam somente indícios para a pronúncia do réu, passaram a ser necessários indícios suficientes de autoria ou participação.

720 CPP, parágrafo único do art. 414.

Não há dúvidas que a introdução do adjetivo suficiente, que, segundo o dicionário Aurélio, quer dizer “*aquilo que satisfaz, que é bastante, apto ou capaz*”⁷²¹, não foi introduzido na legislação por mero capricho ou enfeite de redação por parte do legislador.

Já há alguns anos, e principalmente após a vigência da Carta de 1988 - intitulada como “cidadã” –, alguns autores vinham tentando demonstrar o equívoco que era a asserção de o juiz da pronúncia, mesmo existindo dúvida, dever sempre mandar o acusado a julgamento pelos jurados. Repita-se, era a consagração e a eternização do brocardo latino “*in dubio pro societate*”.

É indiscutível que a Carta Política de 1988 trouxe e consagrou princípios, dentre os quais o da razoabilidade e os das garantias individuais, a serem preservados em um estado democrático de direito. E é elementar e óbvio que as leis ordinárias devem ser regidas e interpretadas a partir da lei maior que é a Constituição Federal da República.

O julgamento pelo Júri foi estabelecido na CF como uma garantia do cidadão, e não da sociedade. Albergar ainda mais hoje, com devida vênia, o esquizofrênico brocardo “*in dubio pro societate*” como norte para submeter o acusado ao julgamento pelo júri é uma afronta à Constituição. Ainda, é uma inversão do ônus da prova no processo penal, o que não é concebível.

Pari passu, antes mesmo da edição da nova sistemática trazida pela lei 11.689/08, vinham crescendo as manifestações e decisões dos tribunais pátrios repudiando tal posicionamento.

O inesquecível Ministro Evandro Lins e Silva, em brilhante artigo publicado pelo IBCCRIM, ao discorrer sobre o tema, sustentou, com a maestria de sempre, que não era concebível que a dúvida sobre a autoria, a “co-autoria” e a participação pudesse levar alguém ao cárcere ou à ameaça da condenação por um júri de leigos, naturalmente influenciável por pressões da opinião pública e trazendo o aval de sentença de pronúncias rotineiras. É dele ainda o ensinamento de que “(...)Quando a dúvida envolve a autoria ou a participação no crime, impera o princípio *in dubio pro reo*, se a dúvida é quanto a qualquer excludente, ou justificativa, a solução é *pro societate*. E arremata: “O juiz lava a mão como Pilatos e entrega o acusado (que ele não condenaria)

721 FERREIRA, A. B. H. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128p.

aos azares de um julgamento no júri, que não deveria ocorrer (...) ⁷²²”.

Discorrendo sobre o tema, o Dr. José Roberto Antonini, argumenta que a Constituição Cidadã privilegia o interesse individual, que deve ser cuidadosamente protegido, “(...) contra a mera possibilidade de condenação injusta pelo júri, o qual não declara as suas razões, os seus motivos, ao condenar ou absolver (...)” ⁷²³. Cita José Frederico Marques, o notável processualista penal, partidário até então do *in dubio pro societate*, mas que, em sua obra mais recente – Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria –, escreve este trecho, que, se não é uma contradição ou retratação, é um valioso reconhecimento: “(...) Para a pronúncia tem de ser certa a existência do crime e provável a autoria imputada ao réu. Se apenas razoável a existência do crime, não pode haver pronúncia, e o mesmo se verifica quando tão só possível a autoria que ao denunciado é atribuída (...)”.

Como anteriormente foi mencionado, a jurisprudência pátria já vinha se insurgindo no mesmo sentido, podendo ser destacados arestos de alguns Tribunais. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul resumiu a matéria de forma didática: “(...) Sinteticamente: quando a dúvida envolve a existência do crime ou a autoria/co-autoria/participação = pro réu; quando a dúvida envolve excludente ou justificativas penais = pro societate (...)” ⁷²⁴.

Já não eram poucas as decisões no mesmo sentido: para que haja pronúncia é preciso que haja indícios sérios e convincentes. Vale destacar decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidindo igualmente, invocando, inclusive, arestos do Tribunal de Justiça de São Paulo: “(...) Não merece reparo a sentença que, em processo com falta de elementos convincentes sobre a autoria, impronuncia o réu. ⁷²⁵”

Importante ainda destacar que o Superior Tribunal de Justiça, com maiores incidências na SEXTA Turma, também já vinha se posicionando neste sentido, exigindo indícios sérios e contundentes

722 SILVA, E. L. *Sentença de Pronúncia*. IBCCRIM, v.8, n.100, mar 2001.

723 ANTONINI, J. R. *Encerramento da formação da culpa no processo penal do Júri*, in Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria, pág. 129, 1ª ed., Forense, 1962.

724 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 1999 01 1 057132-5. Recorrente: Rodrigo de Lima Padilha e Paulo Rogério Vargas. Recorridos: a Justiça Pública e assistentes de acusação. Relator: Des. Getúlio Pinheiro. Rio Grande do Sul, 7 de junho de 2001.

725 DIVERSOS. *Revista dos Tribunais*. Vol. 549, julho de 1981.

para ensejar uma decisão de pronúncia.

Passemos então à análise e conclusão da(s) inovação (ões) introduzida no procedimento do Júri, mais precisamente no tocante a pronúncia ou impronúncia do acusado.

Num primeiro momento a simples leitura dos atuais artigos 413 e 414 do CPP, juntamente com a leitura do antigo artigo 408, percebe-se claramente que o legislador, além de impor ao sentenciante a obrigatoriedade de fundamentação, deu mais conotação ao adjetivo convencer, senão vejamos:

“CPP, art. 408 (revogado) – Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

CPP, art. 413 – (vigente) - O juiz, **fundamentadamente**, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios **suficientes** de autoria ou de participação. (grifos nosso).

CPP, art. 414 – (vigente) – Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios **suficientes** de autoria ou de participação, o juiz, **fundamentadamente**, impronunciará o acusado. (grifos nosso)

Diante da necessidade de fundamentação e convencimento contido na norma, já se pode deduzir que, pairando dúvidas no momento da decisão, não poderá o juiz pronunciar o acusado. A conclusão é lógica, pois estar convencido é exatamente o contrário de estar em dúvida: são posicionamentos diametralmente opostos. É claro, ainda, que o convencimento do sentenciante deva ser tanto quanto à materialidade (existência do crime) como aos indícios (autoria).

Inseriu ainda o legislador, como já dito antes, o adjetivo “suficientes”. Essa pequeno-grande adição ao que continha a norma anterior foi, sem dúvidas, a materialização, através da chancela legal, da necessidade de que, no tocante à autoria, co-autoria e participação, esteja presente nos autos bem mais do que meros indícios para que seja o acusado pronunciado. É necessário que sejam suficientes, o que se

traduz em quantidade e qualidades aceitáveis.

Em outro giro, mas que deverá também ser observado já na decisão de pronúncia prolatada pelo juiz togado, é que este não poderá formar seu convencimento quanto à presença dos indícios suficientes em provas colhidas no procedimento inquisitorial, ou seja, nos elementos informativos colhidos na investigação. Ocorre que a já citada reforma também inseriu como regra processual dispositivo que veda a formação da convicção do magistrado em prova produzida fora do contraditório judicial. Trata-se do artigo 155. Embora se encontre na parte geral do Código de Ritos, mais precisamente no título que trata da prova, é, sem qualquer dúvida, aplicável no procedimento especial do Júri, verbis:

“Artigo 155 CPP – O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Portanto, entendemos e estamos convictos de que, com a nova redação dada aos artigos 413/414 do CPP, não mais poderá ser proferida sentença de pronunciamento do réu tendo como argumento e suporte o *in dubio pro societate*. Deve o magistrado estar diante de uma prova produzida, repita-se, judicialmente e com indícios suficientes de autoria, que seja apta, que seja bastante, que possa realmente suportar um decreto condenatório futuro justo, sob pena de estarem estes mesmos juízes descumprindo a lei, afrontando a Constituição Federal e, sobretudo, lavando as mãos e transferindo responsabilidades.

3. Conclusão

Era, e é agora mais ainda após a nova orientação legislativa, **ALÓGICO, IRRAZOÁVEL E INCONCEBÍVEL**, que alguém venha ser submetido a julgamento por Juízes leigos, sujeito, portanto, a toda sorte, em um processo onde os indícios não são **suficientes**. Ninguém é culpado mais ou menos, ou quase, ou duvidosamente. É ou não é. Não há dúvidas que a nova redação dos artigos 413/414 do CPP tem como objetivo claro banir das decisões de pronúncia o até então consagrado *in dubio pro societate*. A nova exigência temática de indícios suficientes não permite mais o posicionamento de Pilatos. Este é o sentido exato

que nos trouxe a lei 11.869 nos artigos 413 e 414 do CPP, em face à necessária cumplicidade aos termos e fundamentos expressos na Constituição Cidadã.

Referências Bibliográficas

ANTONINI, J. R. Encerramento da formação da culpa no processo penal do Júri: in Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nélson Hungria, pág. 129, 1ª ed., Forense, 1962.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 1999 01 1 057132- Recorrente: Rodrigo de Lima Padilha e Paulo Rogério Vargas. Recorridos: a Justiça Pública e assistentes de acusação. Relator: Des. Getúlio Pinheiro. Rio Grande do Sul, 7 de junho de 2001.

DIVERSOS. **Revista dos Tribunais**. Vol. 549, julho de 1981.

FERREIRA, A. B. H. **Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128p.

SILVA, E. L. **Sentença de Pronúncia**. IBCCRIM, v.8, n.100, mar 2001.

A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO CONFORME A NOVA ORDEM CIVIL CONSTITUCIONAL

Gustavo de Freitas Pacheco⁷²⁶

Resumo

O princípio da dignidade humana ao tornar a pessoa, para fins de tutela jurídica, um fim em si mesmo, fez com que o Direito Civil sofresse uma nova leitura. Neste artigo, analisaremos o instituto da exceção de contrato não cumprido e seu novo âmbito de incidência nas relações contratuais.

Palavras-chave: Direito Civil, Constituição, Pessoa, Exceção, Contrato.

Abstract

The principle of human dignity when making the person, for purposes of legal protection, an end in him/herself has made Civil Law to have a new reading. In this paper, we will explore the institute of defense of nonperformed contract (*exception non adimplenti contractus*) and its new scope of incidence on contract relations.

Key words: Civil Law, Constitution, Person, Defense, Contract.

Sumário: Introdução. 1. Conceito e Natureza jurídica. 2. Fundamento. 3. Pressupostos. 3.1 O vínculo sinalagmático. 3.2 Coetaneidade do adimplemento. 3.3 Inadimplemento. 3.4 Boa-fé de quem alega. 4. Uma abordagem prática da exceção de contrato não cumprido. 4.1. A exceção de contrato não cumprido nos contratos coligados. 4.2. A exceção de contrato não cumprido nos contratos de serviços públicos. 4.3. A exceção de contrato não cumprido nos contratos de seguro-saúde e educacional. Conclusão. Referências Bibliográficas.

726 Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro e pós-graduado em Direito Civil Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Introdução

A Constituição da República de 1988 consagrou, expressamente, como valor máximo e fundamento de todo o ordenamento jurídico do Estado Democrático brasileiro, aliado aos objetivos da igualdade substancial e da solidariedade social, a dignidade da pessoa humana, que Gustavo Tepedino denomina como “verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana” (Tepedino: 2007, p. XXV).

Assim, houve a escolha política em privilegiar o *ser* em relação ao *ter*, ou seja, os direitos extrapatrimoniais passaram a prevalecer sobre os patrimoniais. O indivíduo deixou de ser um simples meio para a proteção da atividade econômica por ele desempenhada para ser tornar um fim em si mesmo, com vistas a ser tutelado pela ordem jurídica.

Verifica-se que a Constituição de 1988 é resultante da consolidação do surgimento do Estado do Bem-Estar Social, que se desenvolveu, sobretudo, na Europa, a partir da segunda metade do século XIX. Em virtude da expansão da industrialização, cresceram os movimentos sociais que passaram a exigir a intervenção do Estado, mediante prestações positivas, com vistas a assegurar a igualdade de condições entre as partes contratantes.

A igualdade formal, consagrada como marco da Revolução Francesa e, posteriormente, como base do Código de Napoleão e do Código Civil brasileiro de 1916, embora assegurasse a liberdade dos cidadãos frente ao Estado, não satisfazia plenamente o equilíbrio das relações jurídicas. Era a época do Estado liberal. Os contratantes mais fracos, embora fossem plenamente capazes, acabavam por ter que se submeter aos interesses dos grupos economicamente mais fortes. Isso porque não eram consideradas as condições peculiares de cada contratante.

Para evitar a existência de situações discrepantes, a Constituição da República erigiu, como um de seus objetivos fundamentais, o princípio da igualdade substancial (art.3º, III). Neste, não basta o reconhecimento da igualdade de todos, mas também verificar as situações de vulnerabilidade de determinados grupos frente a outros, mediante restrições de direitos para uns, em favor de outros, ou concessão de privilégios para determinados grupos em detrimento de outros.

E o direito civil não poderia ficar indiferente a essas transformações, merecendo ser revista a interpretação e incidência de

seus institutos, à luz dos princípios constitucionais vigentes. Em razão disso, segundo Tepedino, deve ser realizada uma releitura do direito civil de acordo com a Constituição da República, ao privilegiar os valores extrapatrimoniais sobre os patrimoniais (cf. Tepedino: 2008a, p. 23).

Dessa forma, o direito das obrigações e a teoria geral dos contratos também passaram a sofrer incidência direta dos princípios consagrados na Constituição da República. Isso porque o contrato – ato jurídico que visa criar, transformar ou extinguir direitos – não mais poderá ser encarado sob a ótica individualista, i. e., não poderá ser mais considerado como simples meio de transferência de riquezas de um sujeito para outro, apenas no interesse dos contratantes, possuindo caráter meramente relativo.

Agora, o contrato deverá ser analisado sob o enfoque de sua função social. Isso significa que a função social do contrato, baseado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, da igualdade material e da solidariedade social, não somente, atenderá os interesses individuais dos contratantes, mas também interesses extracontratuais socialmente importantes, também suscetíveis de proteção jurídica, que estejam relacionados com ele ou que sejam por ele afetados (cf. Tepedino: 2008b, p. 399).

Em consequência dessas transformações, o instituto da exceção de contrato não cumprido, previsto de forma genérica nos artigos 476 e 477 do Código Civil, merecerá uma releitura civil-constitucional. A mera subsunção de um determinado fato concreto à norma, pelo método de silogismo, não será mais suficiente para configurar e legitimar o instituto. Isso porque deverá ser reinterpretado, conforme os preceitos da Constituição da República e de todo o ordenamento jurídico em vigor, no sentido de lhe conferir um novo âmbito de aplicação.

Além disso, conforme Pietro Perlingieri (2007, p. 94), não bastará analisar a exceção de contrato não cumprido apenas sob a ótica de sua estrutura, ou seja, o que é ou como é o instituto. Deverá também ser perquirida a sua função, ou seja, saber qual será sua finalidade econômico-social dentro do ordenamento jurídico.

1. Conceito e natureza jurídica

Trata-se de tema muito pouco abordado pela doutrina brasileira. Geralmente, limita-se, tão-somente, a algumas páginas nos manuais de direito civil de forma sucinta e genérica. Logo, merece ser abordado, agora, sob o enfoque dos princípios constitucionais acima enumerados, bem como da função social dos contratos.

Para Caio Mário da Silva Pereira, entende-se a exceção de contrato não cumprido como “uma causa impeditiva da exigibilidade da prestação por parte daquele que não efetuou a sua, franqueado ao outro uma atitude de expectativa, enquanto aguarda a execução normal do contrato” (Pereira: 2004, p. 159).

Trata-se de uma modalidade de defesa, que pode ser invocada judicial ou extrajudicialmente, com as seguintes características: (a) natureza substancial, uma vez que é instituto do direito civil; (b) dilatória, pois seu objetivo é suspender a exigibilidade do cumprimento da prestação de um vínculo sinalagmático; (c) de boa-fé cujo comportamento ético deve ser exigido de quem o opõe.

A natureza jurídica da exceção de contrato não cumprido, segundo Rafael Villar Gagliardi (2010, pp. 36-7), possui uma função dúplice: (a) garantia, ao permitir que quem o alegue possa ser resguardado de eventual descumprimento pela outra parte; (b) coercitivo, ou seja, é utilizado como meio de pressão sobre o contratante que não cumpriu com sua obrigação. Por sua vez, essa é uma das diferenças em relação à cláusula resolutória, cuja natureza sancionatória, acarreta a extinção do vínculo.

2. Fundamento

Além dos princípios constitucionais acima enumerados, o fundamento principal para sua existência e legitimação é a equidade. Aliás, a origem do instituto decorre de um sentimento de justiça, com vistas a atenuar os rigores do Direito romano, em que a solenidade prevalecia sobre a vontade (Serpa Lopes: 1959, p. 162). Porém, por ser genérica, a equidade não seria suficiente para fundamentar a exceção. Posteriormente ao Direito romano, surgiram algumas teorias para embasá-la.

Segundo Miguel Maria Serpa Lopes, a teoria da equivalência das prestações, juntamente com a idéia de um enriquecimento indevido,

seriam justificativas razoáveis para legitimar a oposição da exceção de contrato não cumprido. Essa equivalência das prestações deve ser analisada por meio da concepção subjetiva, ou seja, tanto sob o aspecto da igualdade econômica quanto estimativa. Igualdade que, por sua vez, deverá ser examinada no momento da formação do contrato. É a equivalência desejada pelas partes (cf. Serpa Lopes: 1959, pp. 187-8).

Ressalte-se que essa equivalência das prestações, de acordo com o entendimento de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2008, p. 553), é corolário do princípio da igualdade material, consagrada no artigo 3º, III, da Constituição da República. Dentre os seus efeitos, está a exceção de contrato não cumprido. Não há exigência de igualdade dos objetos, mas uma igualdade valorativa das prestações. A equivalência das prestações é uma exigência de justiça comutativa, ou seja, ela se satisfaz quando o adimplemento da prestação observou a exigência de igualdade relativa entre as prestações.

Essa análise da equivalência das prestações será útil, no tocante às situações jurídicas existenciais. Para Perlingieri, a pessoa é considerada, ao mesmo tempo, sujeito titular e objeto a ser tutelado, dentro de uma mesma relação jurídica. A personalidade passa a ser considerada com um valor unitário, embora possa ser prevista autonomamente como, por exemplo, o direito à saúde (cf. Perlingieri: 2007, p.185-6).

Essa vedação ao enriquecimento injustificado é uma maneira de manter o equilíbrio do contrato, que não poderá ser encarado como mero instrumento de exploração do mais vulnerável frente ao economicamente mais forte. Muito pelo contrário, deverá ser imposto às partes contratantes o dever de mútua cooperação, com o objetivo de buscarem os fins perseguidos com a formação do contrato, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, cuja função é a de reequilibrar, sobretudo os contratos não paritários (cf. Tepedino, G. e Shreiber, A.: 2005, pp. 32-3).

Verifica-se, ainda, que a ideia de equivalência é a regra de todo contrato, sendo a gratuidade a exceção, uma vez que esta gera enriquecimento de um em detrimento do outro. Nos atos jurídicos gratuitos, a lei é mais rigorosa, em relação à manifestação de vontade, ao vedar, por exemplo, que sejam incluídos todos os bens do doador, sem que seja realizada uma reserva de bens necessários à sua subsistência, como previsto no artigo 548 do Código Civil.

3. Pressupostos

De acordo com Serpa Lopes (1959, p. 228), são pressupostos para a incidência da exceção do contrato não cumprido: (a) a existência de um contrato sinalagmático ou bilateral; (b) coetaneidade ou simultaneidade das prestações; (c) o inadimplemento; (d) a boa-fé de quem o alega.

3.1 O vínculo sinalagmático

O contrato sinalagmático, também denominado bilateral ou de prestações recíprocas, é aquele que origina, simultaneamente, para ambas as partes, duas obrigações recíprocas e interdependentes. A sua principal característica é que essas obrigações terão que ser equivalentes e proporcionais entre si. Isso significa afirmar que cada uma das partes contratantes será, reciprocamente, devedor e credor ao mesmo tempo.

Ressalte-se que, essa bilateralidade pode ser de obrigações de execução imediata, diferida, continuada ou quando, embora exista uma ordem na execução das prestações, aquele que deve cumprir em segundo lugar ainda não recebeu a prestação que lhe é devida. Pode ainda abranger obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa certa ou incerta.

Verifica-se que a exceção de contrato não cumprido é instituto próprio e inerente aos contratos bilaterais, uma vez que nenhum dos contratantes pode exigir o cumprimento da prestação do outro, sem ter cumprido o que lhe foi atribuído.

E para que a exceção possa ser legitimamente oposta, há a necessidade de analisar o sinalagma, tanto sob o aspecto genético quanto funcional. Naquele, uma obrigação não pode surgir sem a existência da outra, em virtude do elo de conexão e interdependência. Neste, sendo ambas as obrigações conexas na sua execução, uma vez que originárias de um mesmo contrato, elas formam um todo indivisível. Logo, a execução deverá ser integralmente processada.

Dessa forma, não seria cabível a oposição de exceção de contrato não cumprido nos contratos unilaterais, uma vez que apenas haverá obrigações para um dos contratantes. Os contratos bilaterais imperfeitos, segundo Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 67), são aqueles que criam obrigações para um dos contratantes, mas em razão de circunstâncias excepcionais, podem eventualmente surgir obrigações para aquele que inicialmente não as tinha.

Um entendimento doutrinário sustenta que não incide a exceção de contrato não cumprido para essa espécie contratual. Isso porque, trata-se de contratos unilaterais, cuja nova obrigação surge para a outra parte até então credora, em razão de um fato que lhe é indiretamente ligado no curso de sua execução.

Porém, esse entendimento não é pacífico. Miguel Maria Serpa Lopes (1959, p. 255) entende ser possível a invocação da exceção de contrato não cumprido, sob o argumento de que existiria conexão entre esse fato superveniente e a obrigação originária.

O renomado autor exemplifica a hipótese do mandatário que, quando acionado para entregar a importância que tenha recebido, poderia invocar a exceção em relação aos créditos de despesas efetuadas ao longo do mandato (cf. Lopes: 1959, pp. 255-7). Aliás, esse entendimento estaria mais conforme o princípio da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Em relação aos contratos plurilaterais, que são aqueles cujos interesses das partes sejam comuns, entende-se não ser possível a oposição de contrato não cumprido, embora Serpa Lopes (1959, p. 260) sustente essa possibilidade excepcionalmente quando existirem dois sócios litigando em uma sociedade. Contudo, a distinção primordial entre contratos sinalagmáticos e plurilaterais é que naqueles os interesses das partes são contrapostos e nestes são convergentes. Logo, não seria possível opor exceção ao outro contratante cujo objetivo para ambos seja comum, sob pena de quebra da *affectio societatis*.

Pelo fato de as obrigações naturais serem despidas de exigibilidade, não será possível a oposição da exceção de contrato não cumprido. Seria um terceiro gênero, entre a obrigação jurídica e o dever moral. Trata-se de obrigações que, embora haja a certeza da existência do débito, não será possível cobrar do devedor, em razão da falta da pretensão ou exigibilidade para sua satisfação. São exemplos clássicos as dívidas de jogo e as prescritas.

Portanto, a exceção de contrato não cumprido pressupõe a existência de um contrato bilateral, que é decorrente de manifestação de vontade dos contratantes. Logo, não poderá ser aplicada fora do âmbito contratual como, por exemplo, na relação existente entre condôminos de um condomínio edilício. Isso porque a convenção de condomínio, que disciplina a relação entre condôminos, não possui caráter contratual, mas

normativo ou institucional, conforme já se manifestou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CONDOMÍNIO. INFILTRAÇÃO. EXCEÇÃO.
CONTRATO.

Alegam os recorridos que não adimpliram as despesas condominiais em cobrança em razão de o condomínio não cumprir o que se comprometeu em assembléia: reparar infiltrações e vazamentos que prejudicam seu apartamento. Isso posto, não há como arguir a exceção de contrato não cumprido (art. 1.092 do CC/1916) na ação de cobrança das despesas condominiais, visto que só aplicável a contratos bilaterais, e não à convenção de condomínio, que possui caráter normativo e institucional, o que afasta sua natureza contratual (REsp 195.450-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, julgado em 8/6/2004).

3.2 Coetaneidade do adimplemento

Coetaneidade do adimplemento significa que ambas as prestações devem ser exigíveis ao mesmo tempo para a oposição da exceção de contrato não cumprido. Pressupõe-se a exigibilidade simultânea tanto da prestação quanto da contraprestação, sendo omissa o contrato quanto à ordem de quem deverá cumprir a sua, salvo em virtude de lei, disposição contratual em contrário ou em razão da natureza do contrato. Essa é a regra geral.

Verifica-se que, excepcionalmente, nos contratos de compra e venda, que não sejam a crédito, nos termos do artigo 491 do Código Civil, em regra, o comprador é obrigado a cumprir com a sua prestação antes que o vendedor cumpra a sua. Entretanto, entende-se que essa regra excepcional possui incidência apenas em relação a esses contratos, com vistas a tutelar o vendedor, uma vez que a tradição ou registro, respectivamente, de um bem móvel ou imóvel resulta na transferência da propriedade (Tepedino *et al*: 2006, p.152).

Outra exceção à regra é a denominada exceção de insegurança do artigo 477 do Código Civil. Trata-se de espécie do gênero exceção de contrato não cumprido. É também uma exceção de natureza material,

dilatória e pessoal. Poderá ser oposta pelo contratante, que for compelido a satisfazer primeiro a sua prestação, em contrato de execução diferida ou continuada, na hipótese de diminuição patrimonial superveniente do outro contratante ou que torne duvidosa a realização da contraprestação. Logo, não há simultaneidade da prestação e contraprestação.

A exceção da insegurança não se confunde com a chamada cláusula *rebus sic stantibus*, que é aplicada em virtude de fato superveniente extraordinário, imprevisível e inevitável, que torne excessivamente oneroso e insuportável, o cumprimento de uma obrigação inicialmente ajustada sob distintas circunstâncias. Tampouco pode ser confundido com as hipóteses de vencimento antecipado do artigo 333 do Código Civil Ambos visam à extinção do vínculo contratual.

Trata-se de uma verdadeira exceção à regra geral de que o contrato apenas será exigível após o advento do termo. Trata-se de uma hipótese legal de risco de descumprimento cuja perda patrimonial deverá ser grave e que torne duvidosa a possibilidade de satisfação da prestação, em virtude de fato superveniente à celebração do contrato (cf. Terra: 2009, p. 188).

Por outro lado, a exceção de insegurança objetiva apenas a suspensão da eficácia do contrato, para alcançar o equilíbrio contratual, resguardando o contratante que se opõe aos riscos de eventual inadimplemento, em razão de fatos supervenientes acima expostos. Dispensa a insolvência ou falência do outro contratante, que são razões para o vencimento antecipado e, conseqüentemente, à extinção do vínculo.

Porém, impedir que pessoas em situação de hipossuficiência pudessem continuar a ter acesso a tais serviços, para satisfação de sua dignidade, representaria flagrante discriminação desproporcional, odiosa e violadora de todo o ordenamento jurídico, especialmente o que dispõe o artigo 3º, IV, da Constituição da República.

Todavia, com o advento da Lei n. 8.987/95, em seu parágrafo 3º do artigo 6º, o fornecedor de serviços públicos, tais como água, energia elétrica e telefonia, poderá suspender a sua prestação quando o consumidor não observar as regras técnicas ou de segurança para o recebimento do serviço ou na hipótese de inadimplemento.

Em razão desse dispositivo legal, autorizando o corte do fornecimento desses serviços públicos concedidos, conforme será

adiante analisado, o entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça é pela possibilidade do corte, em caso de inadimplemento, desde que o consumidor seja previamente notificado.

No tocante aos demais contratos, prevalece a regra geral acima mencionada. Trata-se de uma consequência lógica do que dispõe o artigo 134 do Código Civil, que determina que a regra é que os negócios jurídicos entre vivos são exequíveis desde logo.

Não existem dúvidas quando as prestações puderem ser cumpridas no mesmo local. A questão é se elas tiverem que ser adimplidas em locais distintos. Salvo disposição em contrário, a regra é que a obrigação seja satisfeita no foro do domicílio do devedor, conforme dispõe o artigo 327 do Código Civil. Nessa hipótese, segundo Serpa Lopes (1959, p. 276), deve ser analisado o caso concreto em que cada obrigação possui um local particular de execução. Todavia, em virtude do desenvolvimento tecnológico, que aproxima as pessoas de qualquer parte do mundo, diminuindo distâncias, não haveria dificuldades para aferir qual o local em que as prestações tiverem que ser satisfeitas.

3.3. Inadimplemento

O inadimplemento é um dos elementos caracterizadores da exceção de contrato não cumprido. O inadimplemento é situação excepcional dos contratos, uma vez que pode produzir efeitos nefastos como, por exemplo, a resolução do vínculo contratual, gerando insegurança jurídica. E o principal efeito da exceção de contrato não cumprido é tão-somente a suspensão da eficácia do contrato. Por meio de análise da estrutura do contrato sinalagmático, verifica-se que há a necessidade de um duplo inadimplemento de ambas as partes contratantes. É irrelevante a perquirição de culpa do devedor. Basta a impossibilidade da satisfação da prestação.

Entretanto, Serpa Lopes (1959, pp. 285-6) sustenta o entendimento de que a inadimplência por parte de quem opôs a exceção estaria afastada, face ao disposto no artigo 963 do Código Civil de 1916 (atual art. 396). Isso porque o objetivo da exceção seria justamente afastar a configuração da mora, ao menos que esse atraso fosse relacionado ao próprio exercício dessa exceção. Tanto a mora do credor, como do devedor não poderiam coexistir.

Esse é o entendimento que mais está de acordo com o

ordenamento jurídico pátrio, que não exige o elemento subjetivo, de dolo ou culpa, para atribuir ao devedor os consectários decorrentes do inadimplemento, previstos em lei ou no contrato. Saliente-se que não haverá mora quando existir justo motivo, ou seja, a mora daquele que deve cumprir em primeiro lugar.

O inadimplemento poderá ser absoluto, que se caracteriza pelo fato de que a obrigação não mais poderá ser satisfeita pelo devedor ou não mais subsistir interesse para o credor. Nessa hipótese, a exceção de contrato não cumprido deixa sua razão de ser, pois a suspensão da exigibilidade da obrigação passa a ser definitiva. E responderá o devedor por perdas e danos (art. 389 do Código Civil).

O inadimplemento relativo, também denominado mora, é aquele que, embora o descumprimento da obrigação tenha sido efetuado fora do tempo, lugar e modo devidos, ainda subsiste para o credor o interesse na sua satisfação, conforme dispõe o artigo 394 do Código Civil. Nessa hipótese, a exceção de contrato não cumprido possui incidência, suspendendo a eficácia da prestação.

Pode, ainda, o inadimplemento ser total, quando atinge todo o objeto da obrigação, ou parcial, quando apenas parte desse objeto é afetado pelo descumprimento. Pode a exceção de contrato não cumprido ser oposta nessas hipóteses de inadimplemento, uma vez que não há qualquer vedação legal, bem como o interesse do ordenamento jurídico será, sempre que possível, o cumprimento da prestação, em prol do princípio da função social do contrato.

A exceção de contrato não cumprido também terá incidência na hipótese de cumprimento insatisfatório ou imperfeito, tanto sob o aspecto qualitativo quanto quantitativo. Trata-se da chamada *exceptio non rite adimpleti contractus*. A legitimação da oposição da exceção deverá ser proporcional ao grau de inexecução. O caso de um bem ser recebido com vícios redibitórios, por exemplo, deve ser entendido como cumprimento defeituoso. Logo, se o artigo 455 do Código Civil confere a opção pela rescisão contratual, com mais razão será possível a invocação da exceção.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2004, pp. 123-5), o vício redibitório é o defeito oculto, existente no bem objeto de um contrato comutativo, que o torna impróprio à finalidade pela qual se destinava, ou diminui consideravelmente o seu valor. Tal defeito deverá

estar presente no momento da celebração do negócio, subsistindo até a sua reclamação. Trata-se de responsabilidade decorrente do princípio da garantia e não da conduta do alienante.

Para que seja legítima a invocação da exceção de contrato não cumprido, o inadimplemento deverá ser relevante. Do contrário, haverá desvirtuamento da função sócio-econômica da exceção, qual seja, a busca da equivalência entre as prestações recíprocas e interdependentes e evitar a rescisão do contrato. A suspensão da exigibilidade da prestação atentaria contra a proporcionalidade que tem que existir entre a prestação e a contraprestação. E a exceção transmudar-se-ia para um ato abusivo, previsto no artigo 187 do Código Civil, equiparado ao ato ilícito. Embora não regulada em lei, trata-se da teoria do adimplemento substancial em que o descumprimento irrelevante não poderia ensejar a suspensão da exigibilidade da prestação, sob pena de violação da boa-fé objetiva (cf. Bussatta: 2008, pp.104-6).

Ressalte-se que, na hipótese do contratante ter aceitado a prestação, embora cumprida insatisfatoriamente, e suscitado a exceção de contrato não cumprido quando demandado a cumprir a sua contraprestação, deverá ser analisada sob o prisma do ônus da prova e de acordo com a boa-fé objetiva. Isso porque se trata de questão a ser analisada de acordo com o caso concreto.

O objetivo da exceção não é a extinção do vínculo contratual. Muito pelo contrário, o seu escopo é buscar o cumprimento das prestações, evitando o inadimplemento e o enriquecimento sem causa, em consonância com o princípio da função social do contrato. Isso porque, segundo a melhor doutrina, o contrato deve ser encarado como instrumento de circulação de bens e riquezas em proveito, não apenas dos contratantes, mas de toda a coletividade (cf. Tepedino *et al*: 2006, p. 14).

Em regra, por força do que dispõe o artigo 134 do Código Civil, o devedor não poderá ser considerado inadimplente antes do advento do termo ou da condição. Todavia, na hipótese em que o devedor afirma, categoricamente, de forma expressa ou tácita, antes do advento do termo, de que não cumprirá com a sua prestação, entende-se que estará configurado o inadimplemento anterior ao termo. Embora não haja qualquer previsão específica no ordenamento jurídico, também não há qualquer vedação nesse sentido (cf. Terra: 2009, p. 79).

Mesmo assim, devem ser observados os princípios do equilíbrio das relações contratuais, boa-fé objetiva, confiança, igualdade substancial, bem como deverá ser tutelado o interesse do credor. Embora exista a presunção de que o termo é fixado em benefício do devedor, este não poderá utilizá-lo de forma abusiva, ao saber que o credor nada poderá fazer até início da exigibilidade da prestação. Do contrário, seria impedir que o credor pudesse se resguardar dos prejudiciais efeitos do inadimplemento, arcando com as perdas e danos.

Restaria configurado um verdadeiro desequilíbrio contratual, em benefício do devedor, mas em detrimento do credor. É evidente que este não é o objetivo do ordenamento jurídico. Nem se poderia alegar o disposto no artigo 939 do Código Civil, que pune o credor que cobra dívidas não exigíveis. Isso porque este dispositivo merece interpretação sistemática, com o artigo 133, também do Código Civil, bem como com os princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva.

Assim, não existiria qualquer óbice à oposição da exceção do contrato não cumprido, caso o outro contratante seja compelido a satisfazer a sua contraprestação.

3.4. Boa-fé de quem alega

O último pressuposto é a exigência da boa-fé por parte de quem o invoca. Embora os artigos 476 e 477 do Código Civil não lhe façam qualquer menção expressa, não restam dúvidas de que ela incidirá. Isso porque está prevista como cláusula geral do artigo 422 do Código Civil, bem como no Código de Defesa do Consumidor.

Ressalte-se que essa boa-fé é objetiva, ou seja, exige um comportamento ético daquele que opõe a exceção de contrato não cumprido, com vistas à satisfação da dignidade da pessoa humana e à função social e econômica do contrato. Será esse o limite para o exercício dessa faculdade.

Segundo Tepedino e Anderson Shreiber (2005, pp. 35-6), à boa-fé objetiva será conferido um triplo papel: (a) interpretativo das cláusulas contratuais; (b) restrição ao abuso dos direitos contratuais; (c) criação de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, tais como de cooperação e transparência.

Ressalte-se que a boa-fé objetiva serve como limite à autonomia privada, apresentando-se como uma função de controle, de caráter

repressivo, intimamente relacionada com a teoria do abuso do direito, prevista no artigo 187 do Código Civil, ao fixar limites ao contratante, que não poderá agir com abuso de confiança, frustrando as legítimas expectativas da outra parte.

Da mesma forma, a boa-fé também impõe deveres acessórios para o bom cumprimento da prestação principal, consistentes nos deveres de informação, transparência, cooperação, lealdade, segurança entre outros. Os artigos 6º, 8º e 14, todos do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, dispõem sobre um série desses deveres acessórios por parte dos fornecedores no mercado de consumo.

Logo, para que a exceção de contrato não cumprido seja legítima por quem o alega, o seu único fundamento terá que ser o inadimplemento do outro contratante, desde que de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade substancial, função social do contrato e boa-fé objetiva. Não basta apenas a mera subsunção do fato a uma determinada norma, pelo método de silogismo, mas em relação a todo o ordenamento jurídico.

4. Uma abordagem prática da exceção de contrato não cumprido

A exceção de contrato não cumprido deverá ser analisada, não apenas sob a ótica de sua estrutura, ou seja, perquirir “o que é”, mas também a sua função sócio-econômica dentro do ordenamento jurídico, ou seja, “para que serve?”(Perlingieri: 2007, p. 94).

Para uma melhor compreensão do instituto, imprescindível será a sua análise nos casos concretos mais polêmicos, até mesmo para fins de verificar se a sua aplicação encontra-se de acordo com os princípios constitucionais vigentes.

Isso porque, conforme acima exposto, nas últimas décadas, o direito civil sofreu grandes transformações, principalmente, a partir do advento da Constituição de 1988 que, em seu artigo 1º, III, consagrou como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana.

4.1. A exceção de contrato não cumprido nos contratos coligados

Contratos coligados ou conexos são aqueles cujos objetos possuem um vínculo de interdependência, em virtude de objetivarem uma finalidade comum, formando um único sistema supracontratual.

São contratos formalmente independentes entre si, mas materialmente conexos, em razão de seus objetos estarem visceralmente associados por um objetivo comum. A origem desses contratos decorre da dinâmica e da complexidade das relações jurídicas, uma vez que o contrato em si não poderá mais ser analisado de forma isolada dentro do ordenamento jurídico.

Inicialmente, a exceção de contrato não cumprido somente poderia ser oposta entre obrigações originárias de um mesmo vínculo contratual. Todavia, a doutrina, manifestada por Carlos Nelson Konder (2006, pp. 239-45), sustenta ser possível a sua incidência em contratos coligados, ainda que as partes contratantes sejam distintas em cada contrato e cujo equilíbrio contratual se forma também para os vários contratos conexos por uma finalidade comum.⁷²⁷ Um exemplo clássico é o consumidor que celebra a aquisição de um veículo com uma loja. Ao mesmo tempo, celebra contrato de financiamento desse produto com uma instituição financeira, indicada pela própria loja vendedora do produto, que recebe o pagamento à vista por parte desta. E esse consumidor passará a pagar, de forma parcelada, o financiamento de seu veículo.

Ao aplicar a doutrina clássica da teoria geral dos contratos, na qual vige o princípio da relatividade, em que o vínculo contratual somente terá eficácia entre as partes envolvidas, não seria possível a invocação da exceção do contrato não cumprido pelo consumidor em face da instituição financeira, caso o produto adquirido apresentasse vícios que o tornassem impróprio para o uso a que se destina ou que simplesmente o produto não fosse entregue pela loja.

Em virtude dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, esse consumidor não poderia ficar privado da utilização de seu produto e, ao mesmo tempo, ser cobrado pelas parcelas do respectivo financiamento. Entendimento contrário seria desrespeitar o princípio constitucional da igualdade substancial, bem como os objetivos do Código de Defesa do Consumidor, que é a proteção do consumidor, reconhecendo sua vulnerabilidade (arts. 4º, I, IV, 6º, VI, VII e VIII).

Além disso, esse entendimento também corresponde com a necessidade de não apenas identificar o fato jurídico por meio de sua estrutura, ou seja, verificar o que ele é. Deve também ser identificada a sua função, i. e., qual a finalidade desse negócio jurídico. De acordo com

⁷²⁷ Sobre esse assunto, conferir também Gagliardi: 2010, p. 160.

Perlingieri (2007, pp. 94-5), a função poderá estar presente nas estruturas de mais de um negócio jurídico. É o caso do exemplo supramencionado em que dois negócios jurídicos, embora possuam estruturas distintas, têm uma função comum, que é a aquisição de um determinado produto para a utilização pelo qual se propõe.

A jurisprudência pátria ainda não enfrentou essa questão, de forma mais aprofundada e de acordo com as novas transformações do direito civil, sendo raras as decisões a respeito do tema. Todavia, merece ser transcrita recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que admite a invocação da exceção de contrato não cumprido em contratos coligados:

CONTRATOS COLIGADOS. AFASTAMENTO.
EXECUÇÃO. TÍTULO.

A questão cinge-se em verificar se o contrato de financiamento que aparelha a execução que originou os presentes embargos ostenta força executiva. O Tribunal de origem, com base no exame das cláusulas contratuais, consignou que o contrato de financiamento se destinou, exclusivamente, à aquisição de produtos da Companhia de Petróleo, havendo sido firmado com o propósito de incrementar a comercialização dos produtos de sua marca no posto de serviço, obrigando-se o posto revendedor a aplicar o financiamento recebido na movimentação do posto. O acórdão recorrido extraiu a conclusão de que as prestações assumidas pelas partes nos contratos de financiamento e de fornecimento de produtos são interdependentes, considerando evidenciada a conexão entre os contratos. Considerando que a finalidade das partes ao celebrar o contrato de financiamento, no caso concreto, era, em última análise, fomentar a atividade principal de distribuição e revenda de combustíveis, mostra-se evidente a relação de interdependência entre os contratos, a ensejar a possibilidade da arguição da exceção de contrato não cumprido, nos termos dos arts. 1.092 do CC/1916, 582 e 615, IV, do CPC, independentemente da existência de cláusula expressa. Efetivamente, é justamente a existência de obrigações recíprocas e interdependentes

que dá azo à arguição da exceção de contrato não cumprido. Concretamente, a existência de discussão acerca do cumprimento das obrigações recíprocas pactuadas entre as partes afasta a força executiva do título, tornando-o inapto a aparelhar a presente execução. (REsp 985.531-SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina - Desembargador convocado do TJ-RS - , 3ª. Turma, julgado em 1º/9/2009)

4.2. A exceção de contrato não cumprido nos contratos de serviços públicos

Tendo em vista a consolidação do Estado social brasileiro, bem como do surgimento de uma crescente sociedade massificada, certos serviços passaram a possuir um caráter de imprescindibilidade, no sentido de suprir as mais variadas necessidades. O particular busca a prestação de tais serviços para o desenvolvimento de sua dignidade e não apenas porque deseja tê-lo.

Em razão dessa nova situação, a própria lei e a jurisprudência passaram a impor limites à oposição da exceção de contrato não cumprido, pelos fornecedores, no tocante aos contratos de fornecimento de serviços considerados essenciais, tais como água e energia elétrica, quando houvesse o inadimplemento do consumidor.

Trata-se de contratos de adesão, regulados pelo Código de Defesa do Consumidor. Em seu artigo 22, dispõe que os serviços públicos considerados essenciais deverão ser contínuos. Com base nesse dispositivo legal, inicialmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, função social dos contratos e da continuidade dos serviços públicos, não poderiam os fornecedores suspender, unilateralmente, a prestação de tais serviços, em caso de inadimplemento, sob pena de responder por perdas e danos. Além disso, outro argumento é que seria uma autotutela ilegal, uma vez que o fornecedor teria à sua disposição os meios legais para a cobrança de débitos referentes às tarifas não pagas (Resp. 201112/SC, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ªT., julg. 20/04/1999).

Entretanto, esse entendimento passou a ser minoritário no Superior Tribunal de Justiça, especialmente com o advento do artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões), que permitiu o corte do fornecimento, na hipótese de inadimplemento do consumidor. Dessa forma, o entendimento predominante passou

a ser de que é possível o corte, mas desde que o consumidor tenha sido, prévia e por escrito, notificado (AgRg nos Edcl. no Resp. 1078096/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., julg. 28/04/2009). Excepcionalmente, entendeu-se que não caberia o corte na hipótese do usuário ser prestador de serviços essenciais, tais como hospitais e órgão de segurança pública.⁷²⁸

Apesar disso, essa possibilidade de corte no fornecimento de tais serviços ainda é objeto de intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Isso porque esses contratos não podem ser encarados como resultantes da vontade livre dos consumidores, que não estão em posição de paridade junto ao fornecedor.

São típicos exemplos de contratos de adesão, uma vez que suas cláusulas são impostas unilateralmente pelo fornecedor ou regulamentados pela respectiva agência reguladora. Ao consumidor, somente restaria aceitá-la ou não, sem discussão quanto ao conteúdo do contrato.

Trata-se de contratos considerados necessários para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, em sociedade. Atualmente, não se poderia imaginar alguém viver sem o fornecimento, em sua residência, de serviços públicos essenciais, tais como água, luz, gás, telefonia dentre outros. O cidadão contrata porque necessita e não porque deseja.

Logo, face à importância de tais serviços para a sociedade, há a necessidade de uma forte intervenção estatal para regulá-los, buscando, segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2008), uma igualdade econômico-social, no sentido de que sejam asseguradas as condições mínimas de vida, imprescindíveis para proporcionar o exercício da dignidade da pessoa humana.

Portanto, entende-se que seria abusivo o fornecedor proceder ao corte de fornecimento de um serviço público essencial, na hipótese de inadimplemento do consumidor. É evidente que esse inadimplemento deverá ser analisado sobre o consumidor individualmente, ao verificar suas peculiaridades, sobretudo se este usuário estiver de boa-fé.

Não se poderia conferir o mesmo tratamento para situações discrepantes como, por exemplo, entre uma rica e poderosa pessoa jurídica, em forma de sociedade anônima, que utiliza o serviço apenas

⁷²⁸ Sobre o tema, conferir Tepedino *et al.*, 2006, especialmente pp. 126-8.

para insumo e uma pessoa pobre, doente e desempregada que, por circunstâncias alheias, não consegue pagar as respectivas tarifas.

Com base nesse posicionamento, embora admita a legitimidade no corte do serviço, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto ao reconhecimento, no caso concreto, da ilegalidade do corte de serviço de água e energia elétrica, na hipótese do consumidor ser uma pessoa pobre, miserável e desempregada, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana, não podendo ser comparada com uma pessoa jurídica possuidora de grandes recursos, in verbis:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO

CPC. NÃO CONFIGURADA. CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. A 1ª Seção, no julgamento do RESP nº 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II).

3. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do RESP nº 337.965/MG concluiu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei nº 8.987/95.

4. **Não obstante, ressalvo o entendimento de que**

o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica – como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida.

5. Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação.

6. In casu, o litígio não gravita em torno de uma empresa que necessita da energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável e desempregada, de sorte que a ótica tem que ser outra. Como afirmou o Ministro Francisco Peçanha Martins noutra ocasião, temos que enunciar o direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Forçoso, distinguir, em primeiro lugar, o inadimplemento perpetrado por uma pessoa jurídica portentosa e aquele inerente a uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica.

7. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa.

8. Outrossim, é voz corrente que o ‘interesse

da coletividade' refere-se aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos.

9. Destarte, mister analisar que as empresas concessionárias ressalvam evidentemente um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, e os fatos notórios não dependem de prova (*notoria nom egent probationem*), por isso que a empresa recebe mais do que experimenta inadimplementos.

10. Esses fatos conduzem a conclusão contrária à possibilidade de corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade, em contra-partida ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis.

10. Recurso Especial provido, ante a função uniformizadora desta Corte.” (Resp. 684442/RS, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julg. 03/02/2005, publ. DJ 05/09/2005). (Grifos nossos).

Trata-se de uma típica hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, em que o exercício da exceção de contrato não cumprido, com vistas a suspender o fornecimento de um serviço público essencial, poderá ser fato caracterizador de violação da dignidade da pessoa humana.

4.3. A exceção de contrato não cumprido nos contratos de seguro-saúde e educacional

Verifica-se que também pode existir abusividade na invocação da exceção de contrato não cumprido, em relação a outros contratos, cujo objeto embora não sejam serviços públicos, são serviços ou produtos inerentes à dignidade do consumidor. São as hipóteses, por exemplo, dos contratos de planos de seguro-saúde e de educação.

Embora não sejam serviços públicos concedidos, ambos são serviços autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, em razão de sua

importância para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, especialmente o primeiro que, embora o seu objeto precípua seja gerir os custos dos segurados, nos limites contratuais, mediante o oferecimento de vários serviços, tutela, indiretamente, valores existenciais como a saúde e a vida. E possuem embasamento constitucional e infraconstitucional, respectivamente, nos artigos 199 e 209 da Constituição da República, e nas Leis nº 9.656/1998 e nº 9.870/1999. Verifica-se, portanto, a relevância que o ordenamento jurídico lhes conferiu.

Quanto à invocação da exceção de contrato não cumprido, os incisos I e II do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.656/1958 e artigo 6º, parágrafos 1º e 2º da Lei nº 9.870/1999 limitaram o seu exercício, por parte do fornecedor desses serviços, ao fixar um prazo determinado, a partir do qual, o contrato poderia ser suspenso ou rescindido. Verifica-se que a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a abusividade da suspensão unilateral do contrato em hipótese de inadimplemento, reconhecendo, inclusive, a teoria do inadimplemento substancial, no tocante aos contratos de planos de seguro-saúde:

PLANO DE SAÚDE. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA.
SUSPENSÃO DE ATENDIMENTO. ATRASO DE ÚNICA
PARCELA. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO.

I - É abusiva a cláusula prevista em contrato de plano-de-saúde que suspende o atendimento em razão do atraso de pagamento de uma única parcela. Precedente da Terceira Turma. Na hipótese, a própria empresa seguradora contribuiu para a mora pois, em razão de problemas internos, não enviou ao segurado o boleto para pagamento.

II - É ilegal, também, a estipulação que prevê a submissão do segurado a novo período de carência, de duração equivalente ao prazo pelo qual perdurou a mora, após o adimplemento do débito em atraso.

III - Recusado atendimento pela seguradora de saúde em decorrência de cláusulas abusivas, quando o segurado encontrava-se em situação de urgência e extrema necessidade de cuidados médicos, é nítida a caracterização do dano moral.

Recurso provido. (Resp. 259263/SP, Min. Castro Filho, 3ª Turma, julgado em 02/08/2005).

Verifica-se, portanto, que o entendimento acima exposto não se restringe apenas para aquelas hipóteses, mas também para qualquer hipótese em que reste configurada uma relação de natureza existencial, ou seja, que tenha como objeto qualquer direito de natureza personalíssima, tais como a saúde, a integridade físico-psíquica, imagem, nome, intimidade dentre outros.

Tal conduta, consistente no exercício abusivo da exceção, pode configurar-se ainda mais grave se o destinatário de tais serviços forem grupos vulneráveis, que merecem uma maior proteção por parte do ordenamento jurídico, tais como as crianças e dos adolescentes. Haveria afronta ao disposto no artigo 227, *caput*, da Constituição da República, que consagra o princípio do melhor interesse da criança, ao assegurar, expressamente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito, estando a salvo de qualquer discriminação, exploração ou violência.

São relações jurídicas em que o objeto a ser tutelado é, direta ou indiretamente, a própria pessoa que é, simultaneamente, titular do direito e o próprio objeto da relação. A personalidade seria um valor sem limites para ser tutelado e não um direito (cf. Perlingieri: 2008, pp. 764-5)

Logo, para ser legítima, a invocação da exceção de contrato não cumprido pode encontrar limites, em relação à sua incidência, quando o objeto do contrato for a própria pessoa humana. Do contrário, o exercício desse direito poderá configurar em perdas e danos, inclusive morais, em virtude de descumprimento contratual, que viole direito personalíssimo.

Conclusão

A exceção de contrato não cumprido sofre novos paradigmas, recebendo um novo âmbito de aplicação. Não será mais cabível a sua invocação para satisfazer apenas interesses individuais e patrimoniais, ao proteger somente uma das partes da relação contratual.

A sua oposição tem que também estar de acordo com os fundamentos da República, que são os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV), bem como com os objetivos da República, quais sejam, os princípios constitucionais da solidariedade social e da igualdade substancial (art. 3º, I e III).

Além disso, deve também estar conforme os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, uma vez que a oposição da exceção de contrato não cumprido visa buscar a manutenção do vínculo contratual e do cumprimento da obrigação, evitando, assim, o inadimplemento.

Por outro lado, pode a exceção encontrar limites, em virtude da natureza da relação contratual, seja em razão da pessoa com quem se contrata, assim como de seu objeto, que pode ser também de natureza personalíssima ou patrimonial na satisfação e no desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, portanto, que o instituto da exceção de contrato não cumprido não deixou de ser de natureza privada. Passou, tão-somente, a ter uma nova qualificação jurídica, face aos princípios constitucionais e infraconstitucionais acima enumerados.

Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “O princípio da igualdade e o direito das obrigações”. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coordenadores). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas* – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 531-563.

BUSSATTA, Luiz Eduardo. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*. São Paulo: Saraiva, 2010.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 159.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). “Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”. In: *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. XV-XXXIII.

_____. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil em Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.

_____. “Notas sobre a função social dos contratos”. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coordenadores). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b, pp. 395-406.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. “A Boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro, 2005, pp.29-44.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TERRA, Aline de Miranda. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Jurisprudência

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª T., REsp. 259263/SP, Rel. Min. Castro Filho, julg.02/08/2005. Disponível em

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=contrato+e+plano+e+saude+e+atraso+e+suspens%E3o&b=ACOR. Acesso em 4.12.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª T, REsp 201112/SC, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. 20/04/1999. Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900043987&dt_publicacao=10/05/1999. Acessado em 24/08/2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AgRg nos Edcl. no Resp. 1078096/MG, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 28/04/2009. Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801636245&dt_publicacao=11/05/2009. Acessado em 24/08/2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, AgRg no EREsp. 1003667/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 23/06/2010. Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902223615&dt_publicacao=25/08/2010. Acessado em 24/08/2011.

QUESTÕES FUNDAMENTAIS DA TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE ADIMPLEMENTO E INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES - APLICABILIDADE.

Daniella de Oliveira Andrade⁷²⁹

Abordagem de questões relativas à transformação do conceito de obrigação e suas implicações na análise dos conceitos de adimplemento e inadimplemento apontando os fundamentos para a aplicação de novos institutos correlacionados ao tema.

Addressing issues relating to transformation of the concept of obligation and its implications on the analysis of concepts of due performance and default pointing the foundation for the application of new institutes related to the topic.

OBRIGAÇÕES - CONCEITO DE ADIMPLEMENTO /
INADIMPLEMENTO, TRANSFORMAÇÃO.

Sumário: I- Introdução II – Conceito moderno de obrigação III - As fases do processo obrigacional IV – Os deveres da relação obrigacional V - O conceito de adimplemento e inadimplemento e a figura da violação positiva do contrato VI - Novos institutos ligados ao inadimplemento e adimplemento das obrigações VII - O adimplemento substancial VIII - Parâmetros utilizados pelo STJ para a aplicação do instituto do adimplemento substancial IX – responsabilidade pós contratual X - Critérios de padronização utilizados no direito comparado XI – conclusão.

1. Introdução

O conceito básico de adimplemento das obrigações tem sofrido grande transformação nas últimas décadas.

Se classicamente o conceito de cumprimento das obrigações se resumia à simples entrega do devedor ao credor do objeto da obrigação, hoje em dia, diante de uma análise mais ampla do que seja uma relação obrigacional, muitas vezes o cumprimento, não obstante literalmente integral pode vir a caracterizar um inadimplemento de fato e da

⁷²⁹ Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro – Pós graduanda em Direito Civil Constitucional pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

mesma forma, um cumprimento não integral, pode na verdade vir a ser considerado um total adimplemento.

Como veremos, há casos em que o adimplemento mesmo sendo considerado parcial, mas conforme a sua monta pode vir a ensejar apenas a execução da parte não adimplida vedando-se como normalmente a lei prevê a resolução do contrato.

Modernamente, tem se entendido a relação obrigacional como um encadeamento de atos, ou seja, como um processo, cujos atos mais destacados são de fato a formação do vínculo contratual e o adimplemento, mas não são os únicos.

A obrigação tem um aspecto dinâmico, eis que, há um lapso temporal existente entre o seu início e o seu fim, não devendo assim ser desprezado.

Fatos podem ocorrer ao longo deste período que mudarão independentemente da vontade das partes a sua conclusão, o que não pode ser desconsiderado pelo intérprete.

Caberá ainda salientar a atual relevância dada à princípios que primam pela cooperação⁷³⁰ entre as partes como o da boa fé, o qual tem sido o norte para as relações sociais e jurídicas de uma forma geral.

Atualmente, face à funcionalidade dos contratos não mais se admite um comportamento desleal e que fuja dos termos inicialmente propostos como real razão para a firmação do contrato. Desta forma, ao analisar a questão do adimplemento também será necessário que o interprete como veremos, em sua análise não se distancie da função social da obrigação.

Tal mudança de paradigmas, embora já tenha chegado aos nossos tribunais, ainda encontra-se passível de críticas no que diz respeito aos parâmetros estabelecidos para a diferenciação entre o cumprimento ou inadimplemento de obrigações, ou podemos dizer, falta de parâmetros seguros o que tem levado a certa insegurança jurídica.

Desta forma, o presente trabalho visa apontar alguns dos novos

730 HAICAL, Gustavo Luis da Cruz. *O Inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa fé. in Transformações contemporâneas do direito das obrigações/* Maurício Mota/Gustavo Kloh (organizadores). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 487.

institutos ligados à esta nova visão de cumprimento das obrigações, abordando alguns institutos ligados ao adimplemento e inadimplemento, origens, aplicação, posicionamento do STJ em relação ao adimplemento substancial e algumas sugestões de parâmetros já adotadas no direito estrangeiro.

2. Conceito Moderno de Obrigação

Como ensinou Savigny a Relação jurídica classicamente é vista como um vínculo. Vínculo este firmado entre o credor e o devedor na qual este se sujeita ao direito daquele de exigir o cumprimento de uma obrigação a ponto de que aquele perder o domínio de sua vontade nos limites da prestação, visualizando-se assim, tão somente o dever de prestar e o direito à prestação.

Todavia, contemporaneamente com o advento da revolução industrial, a velocidade das transações, e a desproporção econômica e cognitiva entre os contraentes, mostram-se que tal entendimento positivista era capaz de acentuar injustiças, não bastando que os elementos básicos tais como objeto lícito e possível e partes capazes estejam presentes para que legitimar a relação.

A nossa constituição abarca os princípios da boa fé objetiva e da função social do contrato.

De forma bastante simplista podemos dizer que pelo princípio da boa fé objetiva as partes têm que agir de forma cumprir a função social do contrato, devem se abster de praticar qualquer ato que possa vir a frustrar não só o cumprimento da obrigação, bem como, os fins a que o contrato persegue e isto vale para ambas as partes.

Por exemplo, aquele que não obstante entrega o ponto comercial que foi passado em contratos de locação comercial deve se abster de nas imediações abrir estabelecimento comercial congêneres.

Aquele locatário que mesmo pagando em dia os alugueis se comporta de maneira inapropriada em edifício residencial molestando os demais moradores.

Ou seja, não basta cumprir o avençado, deve-se hoje em dia agir precipuamente com lealdade e boa-fé, e tal dever de agir não se limita apenas ao devedor.

Há então, uma ordem de cooperação; devedor e credor não estão

mais em posições opostas e sim complementares para um fim comum que esteja de acordo com a função a qual o contrato se dispõe.

Em sendo assim, no conceito mais atual de relação obrigacional o vínculo entre as partes e até mesmo terceiros, como no exemplo dado acima, na qual os demais condôminos ou até mesmo moradores de prédios vizinhos são afetados, passa a ter um sentido próprio, pois mesmo adimplido o dever principal da relação obrigacional pode esta ainda se perpetuar no tempo em razão de aquisição (dever de garantia, por exemplo) ou até mesmo em razão de outro dever secundário independente.

Como salientou Clóvis V. do Couto e Silva, a obrigação vista como processo, compõe-se em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. Dogmaticamente, contudo, é indispensável distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação, pois os atos de ambos repercutem no mundo jurídico e nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem estabelecida em razão precipuamente da finalidade⁷³¹.

Assim, podemos notar que a relação obrigacional é instituto complexo, não meramente uma soma de elementos, pois ao lado da obrigação principal (deveres primários), temos deveres anexos (secundários e laterais).

A relação obrigacional vista também como um ser dinâmico, ou seja, que não obstante as partes tenham avençado algo, os fatores no tempo e no espaço são mutantes e podem sim influenciar o contrato gerando repercussão para as partes as quais não podem ser desprezadas.

Tal característica é ainda mais latente nas relações continuadas (contratos relacionais).

Desta forma, altera-se assim, para o equilíbrio entre as partes o conceito de adimplemento e inadimplemento nos quesitos conceitual, temporal e consequencial, alterando-se assim, o momento da verificação do adimplemento e com isso as condições para sua configuração e seus efeitos.

Com isto, surgem novas figuras e construções vinculadas à boa fé objetiva tais como: o inadimplemento antecipado, a violação

731 SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como processo*. 5ª Reimpressão – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.20.

positiva do contrato, o adimplemento substancial, a responsabilidade pós-contratual, o adimplemento prolongado no tempo, o adimplemento retardado.

3. As Fases do Processo Obrigacional

Diante desta nova visão da relação jurídica como processual, ou seja, como uma relação que se perdura no tempo cujos elementos de formação e cumprimento da obrigação são apenas partes integrantes de um conjunto de elementos que caracterizam a obrigação.

Desta forma, as obrigações passaram a ser subdivididas em três fases; a pré-contratual, a de execução e a pós contratual⁷³², ao invés de apenas da parte executiva do contrato.

A fase pré-contratual constitui-se das tratativas fortes o bastante para gerar legítimas expectativas de que o contrato será firmado e conforme essa nova concepção de relação obrigacional já gerando o que podemos classificar de deveres laterais até mesmo antes que o contrato seja efetivamente firmado, baseado nos deveres genéricos de lealdade e boa fé.

Assim, como nas fases pré-contratual e de execução, os deveres laterais podem persistir também na fase pós contratual, pois independente dos deveres de prestação as partes estão submetidas ao dever de manter uma conduta condizente com a manutenção dos fins aos quais a relação jurídica se destina, assim, os deveres das partes de não criarem obstáculos aos efeitos da obrigação permanecem vivas mesmo após a extinção da obrigação⁷³³.

Assim, diante desta releitura funcional e dinâmica da obrigação, sob o império da boa fé, o comportamento das partes antes, durante e mesmo depois do cumprimento da prestação, passam a produzir efeitos jurídicos.

4. Os Deveres da Relação Obrigacional

Como já mencionado, a relação obrigacional compartilha não só deveres primários (deveres da prestação), que são o cerne da relação jurídica, mas também os deveres secundários e laterais.

⁷³² Obra citada de Silva, HAICAL. p. 499.

⁷³³ TREVISAN, Marco Antônio. *Responsabilidade civil pós-contratual in revista de direito privado*, citado em Haical, Gustavo Luis da Cruz, obra já citada, p. 500.

Ao lado dos direitos e deveres *primários* há direitos e deveres, que são complementares àqueles, que são os *secundários*.

Os direitos e deveres secundários podem ser de *prestação autônoma* (por gravitarem em torno dos principais) ou *acessórios da prestação principal* (garantem a prestação, são anexos, como por exemplo o dever de conservar a coisa).

Os direitos e deveres secundários de prestação autônoma podem decorrer do dever primário de prestação (quando surgem ao longo da relação obrigacional, por exemplo as perdas e danos devidas em razão de inadimplemento absoluto) ou coexistirem com a prestação principal.

734

Para que a obrigação seja efetivamente cumprida todos estes deveres devem ser atendidos e/ou simplesmente não violados, no caso de dever de abstenção.

Importante ressaltar que desta classificação, os deveres secundários acessórios da prestação principal são os mais importantes no que diz respeito à satisfação dos interesses do credor.

Os direitos e deveres *laterais* surgem como forma de identificar uma nova forma de inadimplemento que não fosse a da impossibilidade da prestação ou a mora, expressamente previsto em nossa legislação anterior.

Os deveres laterais surgem mediante alargamento dos deveres advindos da boa-fé, como o dever de não realizar atos capazes de não causar danos ao outro contratante ou ao seu patrimônio e a portar-se de forma se obter a extinção da obrigação com a plena satisfação do credor.

Dentre os deveres laterais podemos elencar os deveres de proteção, de informação e de lealdade.

O dever de proteção caracteriza-se pela obrigação das partes de não agir de forma a causar danos ao patrimônio da outra parte ou de terceiros em casos de relações cujos efeitos jurídicos se estendem para além das partes independentemente de estipulação expressa em favor de terceiros.

Isso ocorre porque diante da nova concepção de contrato como

734 Obra já citada. HAICAL, Gustavo Luis da Cruz, p.492.

processo, dependendo do caso e da relação jurídica, terceiro terá a extensão do direito à proteção.

O dever de lealdade caracteriza-se pelo dever de as partes não adotarem condutas que possam vir a frustrar a integral satisfação da obrigação, como por exemplo, uma pessoa pública contratada em regime de exclusividade é contratada por outra empresa que sabidamente tem conhecimento do primeiro contrato.

Neste caso, temos um exemplo de como o princípio da lealdade atinge até mesmo entes extracontratuais.

Outro dever lateral é o dever de informar que visa a propiciar um ambiente claro para a formação do contrato dando-se assim ciência à todos os contratantes dos reais riscos e possibilidades do contrato.

Os deveres laterais assim, diversamente dos deveres de prestação não possuem conteúdo predeterminado eis que derivam da boa fé objetiva podendo até mesmo alcançar terceiros que em nada contribuíram para a formação do contrato.

Assim, podemos também distinguir os deveres laterais dos deveres de prestação no que diz respeito à extinção da relação obrigacional quando esta tem seu fim com o cumprimento adimplemento total da obrigação. Pois os deveres de prestação existem precipuamente na esfera jurídica do devedor, vez que à este cabe cumprir a obrigação para a satisfação do credor.

Todavia, quando se tratam dos deveres laterais, estes podem ser devidos por ambas as partes, pois estes se prestam como um todo à conclusão e a manutenção dos efeitos e funções do contrato.

Mas o que mais importa saber é que em que havendo descumprimento por qualquer das partes de um dever lateral na fase de execução, quando este não é propriamente vinculado diretamente ao interesse de prestação ocorre segundo a doutrina uma *violação positiva do contrato*, espécie esta de inadimplemento de obrigações.

Os deveres laterais como já dito, podem ser mediata ou imediatamente ligados à prestação. Os imediatamente vinculados à prestação repercutirão em seu regular adimplemento, já os mediatamente vinculados, embora quando vinculados possam afetar o cumprimento da prestação, são na verdade deveres de proteção, dirigidos à ambas as partes e que visam garantir o adimplemento da obrigação e sua função social.

Conforme essa classificação também serão diferentes as conseqüências de suas violações podendo gerar o direito à ser requerida a resolução *latu sensu* ou a denúncia do contrato.

5. O Conceito de Adimplemento e Inadimplemento e a Figura da Violação Positiva do Contrato.

Após o exposto podemos agora analisar o conceito de adimplemento.

As obrigações nascem para serem cumpridas e é com o pagamento que se consideram cumpridas as obrigações.

Contudo, pode haver a extinção de uma obrigação sem que ocorra o pagamento.

O código civil enumera as seguintes formas de extinção das obrigações além do pagamento: dação em pagamento, novação, compensação, confusão, remissão e transação.

Mas aqui neste trabalho como já fora mencionado, em razão do conceito de obrigação como processo e pelo fato de que com isso identificarmos a relação como um ser dinâmico altera-se o momento de verificação do adimplemento das obrigações e com isso as condições para a sua configuração e seus efeitos.

Desta forma, além das figuras enumeradas pelo código, surgem novas figuras e construções com sede constitucional, eis que baseadas no principio da boa fé.

O adimplemento é o fim maior de uma obrigação. Este ocorre quando o devedor cumpre com todos os deveres de prestação existentes na relação e se dá a satisfação dos interesses dos figurantes alcançando o escopo do processo obrigacional.

E tendo em vista a concepção de que a obrigação abarca interesses de prestação (deveres principais, secundários e laterais) e os de proteção (laterais), apenas se dará o adimplemento satisfatório com o cumprimento de todos esses deveres.

Por sua vez, podemos chamar de inadimplemento *latu sensu* o não cumprimento integral de qualquer dos deveres contidos em uma relação jurídica, sendo espécies de inadimplemento: o inadimplemento absoluto, o relativo e a violação positiva do contrato (quando se

descumpre um dos deveres laterais mediatemente vinculados à prestação por estarem nucleados no interesse de proteção)⁷³⁵.

O inadimplemento absoluto é aquele na qual não há mais o interesse do credor no cumprimento da prestação, como por exemplo, entrega de bolo no dia da festa de casamento.

Já quando a prestação ainda pode ser cumprida, ainda há interesse na mesma, que apenas não se deu no tempo, modo e/ou lugar avençado, tem-se a mora, que se constitui em violação apenas de dever relativo aos interesses de prestação, devendo ser acolhida a possibilidade do chamado *adimplemento retardado ou impontual*.

Da mesma forma, assim como antes da data avençada para o cumprimento da prestação deve o devedor se abster de frustrar a obrigação, tal dever permanece mesmo após o vencimento. Assim, cumpre ser acolhida a hipótese de adimplemento retardado sempre que possível, preferindo-se a mora com a aplicação de seus encargos ao inadimplemento absoluto, pois desta forma estar-se-á garantindo a função social do contrato, mesmo que para tanto se negue o art. 390 do CC, pois o fundamento legal para tal instituto tem sede constitucional.

O inadimplemento pode se dar por culpa ou sem culpa do devedor, culpa esta em sentido amplo abrangendo o dolo ou a culpa escusável.

Nos casos de inadimplemento absoluto ou relativo os artigos: 389 e 402 do CC/2002 prevêm a resolução do contrato com a conversão em perdas e danos (dano emergente, lucro cessante, juros, atualização monetária, honorários advocatícios) e caso haja, multa contratual, art. 408 do Código Civil.

No caso da violação positiva do contrato, com se trata de violação de dever lateral nucleado em interesse de proteção (não podendo ter como núcleo deveres de prestação) o descumprimento desse dever e o respectivo dano gerado não têm o condão de gerar inadimplemento absoluto ou relativo, gerando apenas o direito a perdas e danos, até mesmo porque, não há no direito pátrio, previsão expressa, encontrando seu fundamento no princípio constitucional da boa-fé.

Podemos ter como exemplo uma empreiteira que contratada para realizar uma obra, durante a execução do contrato gera danos à prédios

735 Obra já citada, HAICAL, Gustavo Luís da Cruz, p. 503.

vizinhos ou em caso de contrato de trabalho em que o empregador não obstante pagar o salário e encargos sociais aos empregados, pratica assédio moral contra os mesmos.

Destarte não se pode atribuir à figura da violação positiva de contrato, por exemplo, casos de cumprimento imperfeito do contrato, como por exemplo, uma obra mal feita, pois neste caso trata-se de descumprimento de dever principal ligado diretamente à prestação eis que a mesma não foi realizada de forma adequada. Assim, conforme a persistência do interesse do credor na prestação esse inadimplemento poderá ser absoluto ou relativo, mas será forma de inadimplemento, e quando for absoluto dará azo ao requerimento da resolução do contrato.

O que pode sim ocorrer, é que o descumprimento deste dever lateral de proteção tenha sido tão grande que afete o interesse do credor na própria prestação ou ao dever de confiança, gerando assim, sim, um inadimplemento absoluto por esta razão a que dará azo à possibilidade de resolução e etc, mas nesse caso, haverá a transformação da figura da violação positiva do contrato em inadimplemento absoluto.

6. Novos Institutos Ligados ao Inadimplemento e Adimplemento das Obrigações

Já vimos acima, a figura da violação positiva do contrato, que ocorre quando há o descumprimento de um dever lateral da obrigação baseado no dever de proteção.

O descumprimento deste dever, por falta de previsão legal enseja apenas indenização por perdas e danos, mas como já mencionado, se tal descumprimento afetar os interesses do credor a ponto de quebrar a confiança de que o contrato será fielmente cumprido, pode dar ensejo à sua conversão na hipótese de inadimplemento absoluto e com isso o direito a resolver o contrato com todos os seus consectários legais.

No que diz respeito ao inadimplemento, foi necessário serem criados novos institutos em decorrência de hipóteses não abarcadas pela legislação, como violação dos deveres de cooperação entre as partes, de cumprimento defeituoso da prestação ou mesmo de repúdio à relação contratual, as quais, mesmo sendo inequívocas formas de inexecução do contrato, não contavam com conseqüências legais, devendo a parte credora aguardar o vencimento da obrigação para aí sim resolvê-la⁷³⁶.

⁷³⁶ MARTINS, Raphael Manhaes. *Inadimplemento Antecipado: perspectivas para a sua aplicação no direito brasileiro in Transformações Contemporâneas do direito das*

Destarte, inserida também neste contexto dinâmico de obrigação surge a figura do *inadimplemento antecipado* que teve origem no direito inglês.

Conforme os princípios constitucionais, hodiernamente a vontade do indivíduo em cumprir com o avençado, ou seja, de realizar os atos necessários para o fiel cumprimento da obrigação, devem ser percebidos pelas partes à todo o instante da relação, seja na sua fase pré-contratual, na fase de execução ou mesmo na pós-contratual.

Desta forma, qualquer manifestação capaz de gerar dúvidas concretas no outro contratante de que o contrato não será cumprido, deve ser tutelada pelo direito, desde que o devedor não tenha fundada justificativa para o não cumprimento da prestação ou esteja em hipótese de fortuito ou força maior, podendo ocorrer desde o nascimento da obrigação até o momento anterior ao vencimento.

Pode decorrer do descumprimento de deveres de principais (de prestação) e de deveres secundários quando instrumentais à própria prestação.

Exemplo que se pode ser dado é o de que em contrato de incorporação imobiliária na qual se objetiva comprar imóvel a ser construído em que mesmo após a proximidade da metade do prazo dado para a entrega do bem, a obra sequer foi iniciada.

Tal instituto foi desenvolvido por não ser justo que fosse imposto ao credor o aguardo do prazo do vencimento para elidir o contrato, quando já de antemão torna-se óbvio o inadimplemento.

Tal figura, embora tenha procedimento executivo vedado em nosso CPC, encontra guarida através da via ordinária, na qual se constituirá um título executivo, quantificando-se os danos sofridos, consistente no ressarcimento dos danos causados até o momento com a resolução do contrato.

Outra importante figura é a do *adimplemento substancial*, pois da mesma forma uma inadequação formal do comportamento do devedor quanto à sua prestação, pode não necessariamente dar azo ao inadimplemento quando atendido o escopo efetivamente perseguido pelas partes.

obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 431.

7. O Adimplemento Substancial

Com a figura do adimplemento substancial abre-se a possibilidade de se avaliar a gravidade do inadimplemento antes de se deflagrar medidas drásticas de resolução da relação contratual.

Nos dias de hoje, como já disse a Professora Maria Celina Bodin de Moraes citada por Anderson Schreiber *in Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, ano 8, V. 32, outubro a dezembro de 2007*, intitulado “A tríplice transformação do adimplemento, adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”. p.15. o adimplemento não visa tão somente a satisfação do interesse unilateral do credor, mas o atendimento da causa em concreto do contrato.

Desta forma, se o devedor mesmo não adimplindo integralmente a prestação, alcança tais efeitos almejados pelas partes envolvidas, tal conduta mostra-se merecedora de tutela jurídica tendo assim como consequência o adimplemento da obrigação, mesmo que psicologicamente o credor possa não estar atendido.

Podemos ter como causa concreta do contrato os interesses perseguidos pelas partes quando de sua formação. Tal instituto põe-se acima da própria estrutura do negócio jurídico, o que possibilitará o adimplemento mesmo que não seja cumprida literalmente a prestação avençada.

Desta forma, assim, como nos demais institutos até aqui mencionados, trata-se de uma visão sob a perspectiva funcional o que muda por si só o conceito de adimplemento.

Pode-se dizer que ao contrário de outrora quando para a configuração do adimplemento era necessária a pontualidade, devendo o cumprimento ser pontual em todos os sentidos, a figura do adimplemento substancial surge para também quebrar tal premissa.

Tal instituto surge afim de que seja levada em consideração, ou seja, mensurado, o tamanho do inadimplemento antes de ser deferida a sua simples resolução. Até mesmo porque, nenhum contrato surge com a finalidade de ser extinto.

Podemos mais uma vez exemplificar o caso em que em um contrato se objetivando a aquisição de unidade imóvel em prédio de apartamentos, com a construção próxima do fim, se resolver o contrato pela simples não entrega das chaves na data avençada.

Tal teoria aplica-se para verificar quanto o cumprimento se aproxima do fim do contrato, isto é, da funcionalidade pretendida, devendo o mesmo ser mantido.⁷³⁷

O inadimplemento pode ser imputável ou inimputável ao devedor, pode se dar por impossibilidade superveniente (definitiva ou temporária). Pode ainda ser absoluto (total ou parcial) ou relativo.

Salvo o descumprimento inimputável aplicam-se os artigos 389 e 395 do CC, respondendo o devedor por perdas e danos.

Todavia, pode ocorrer que o inadimplemento seja insignificante, neste caso surgindo a figura do adimplemento substancial.

Com origem na *substancial performance* do direito Inglês, tem previsão expressa em diversas codificações, dentre elas na Convenção de Viena de compra e venda internacional de mercadorias nos artigos 49 e 64, na qual se estabelece que para a resolução de um ajuste é necessária uma “violação fundamental do contrato” que “cause à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu este resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o tivesse igualmente previsto” art. 25.⁷³⁸

No Brasil, não há previsão legal expressa, mas ao contrário do que leva a crê o art. 475 do CC, o pedido de resolução não pode ser considerado cabível em todas as hipóteses de inadimplemento, isto porque, em uma interpretação sistemática e teleológica temos que em razão do princípio constitucional da boa-fé objetiva e do disposto no artigo 422 do CC, as partes devem agir de forma cooperativa, a fim de atingir o escopo do negócio jurídico levando em consideração os deveres anexos da relação contratual, não devendo causar danos à outra parte.⁷³⁹

Assim, como o pagamento nem sempre será suficiente para garantir o adimplemento da obrigação, pois há outros deveres que

737 SCHEREIBER, Anderson. *Revista Trimestral de Direito Civil, ano 8, vol. 32, outubro a dezembro de 2007*. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 15.

738 Schreiber, Anderson. Obra já citada, p. 19.

739 FRANCISCO, Carolina Cardoso e Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco. *Adimplemento substancial e resolução dos contratos: necessidade de fixação de um critério unificado*, in *Transformações contemporâneas do direito das obrigações / Maurício Mota, Gustavo Kloh (organizadores)*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 476.

não o principal (prestação) que devem ser também cumpridos, o não cumprimento integral ou na forma pré-estabelecida de uma prestação pode sim ser considerado extintivo desta quando alcançado o escopo da relação jurídica.

A análise deve se dar diante do caso concreto, pois o que se visa impedir, é que através da ponderação de interesses se evite adotar posicionamento jurídico mais danoso ao devedor que proveitoso ao credor.

Em sendo assim, verificando-se que os objetivos contratuais foram de fato atingidos, será premente que o operador do direito relativize a norma legal para impedir a resolução do contrato com sua conversão em perdas e danos quando perceber que a parcela da prestação já cumprida é capaz de atender os iniciais interesses do negócio jurídico como um todo.

8. Parâmetros Utilizados Pelo STJ Para a Aplicação do Instituto do Adimplemento Substancial.

Diferentemente dos outros institutos aqui tratados no qual se busca o fundamento de validade e as hipóteses de ocorrência e conseqüências, no que se refere ao adimplemento substancial é necessário que no caso concreto se identifique se há ou não o adimplemento.

No adimplemento substancial após passadas as questões da sua existência, fundamentação jurídica e conseqüências; temos que verificar se de fato foi atingido o escopo da relação jurídica e para evitar decisões contraditórias que geram insegurança jurídica é preciso se fixar critérios.

Como bem salientou o Professor Scheriber em seu trabalho já mencionado neste artigo, o grande desafio da doutrina e jurisprudência brasileiras é fixar parâmetros para identificar as hipóteses no caso concreto de adimplemento substancial.

Quando se está em discussão o pedido de resolução de um contrato no qual foram adimplidas todas as parcelas salvo a última, clara se mostra a hipótese de inadimplemento substancial. Mas e quando tal número, exceder a uma parcela não adimplida?

Os Tribunais estaduais carecendo de critérios objetivos vêm apresentado decisões conflitantes, eis que assim como o STJ têm levado

em consideração apenas o critério quantitativo.

E em alguns casos, conforme o Tribunal, ou dependendo da câmara de um Tribunal, mesmo em casos com idêntica taxa de adimplência tem decidido de forma diversa gerando insegurança jurídica.

Assim como os tribunais regionais, o STJ tem resolvido a questão analisando tão somente a taxa de inadimplência e algumas vezes, em conjunto com a relevância do bem ou atividade para o devedor e a boa-fé da parte.

Contudo, tal critério quantitativo não deve prevalecer, sob pena de ser desvirtuada a teoria do adimplemento substancial⁷⁴⁰

9. Critérios de Padronização Utilizados no Direito Comparado

Na verdade o que carecem os tribunais brasileiros é de uma análise qualitativa, pois levando-se em consideração apenas critérios quantitativos podem não só ocorrer não só decisões dispares, como mesmo injustiças.

Pode ocorrer que em prestações periódicas tenha ocorrido um fato imprevisível que onerou avassaladoramente o devedor que por isso não obstante o pagamento de 51% das prestações possa já ter adimplido a prestação do ponto de vista funcionalista.

É possível ainda que haja um número exíguo de parcelas, na qual o não pagamento apenas da última pode representar um grande desfalque na quantia a receber pelo credor.

O que é necessário é o estabelecimento de um critério qualitativo, justamente para saber se o cumprimento não integral ou imperfeito foi suficiente para atingir o escopo obrigacional no caso em concreto, ou seja, não basta mero cálculo percentual para se apreciar se há ou não a hipótese do adimplemento substancial.

A doutrina e a jurisprudência comparada, além do critério usual de análise do valor da parcela descumprida do bem ou do contrato, vem verificando que em certos casos, se não obstante ausente parcela da prestação não se vê abalado o sinalagma, com base no instituto da ponderação de interesses, a relação obrigacional deve ser mantida.

740 FRANCISCO, Carolina Cardoso. Obra já citada, p. 481.

Com isso, tem se analisado, diante do caso em concreto, se há remédios outros que não a resolução do contrato capazes de atender aos interesses do credor e que sejam assim, menos gravosos para o devedor ou até mesmo a terceiros eventualmente afetados pela relação.⁷⁴¹

Como bem salienta o professor Schreiber em seu trabalho já mencionado, a teoria do adimplemento substancial, de fato surge para aplacar o rigor da lei que estabelece a literalidade do cumprimento da prestação, o que gera na verdade em muitos casos, conseqüências tão drásticas para uma das partes a ponto de ai sim, se ver a relação abalada em sua proporcionalidade e seus fins, submetendo o credor muitas vezes à caprichos desarrazoados do credor que pleiteia a resolução de contrato “substancialmente” cumprido, não impedindo, mas permitindo assim, o controle judicial da legitimidade do pedido extintivo sob alegação de inadimplemento.

Porém, modernamente cabe diante dos novos ditames constitucionais e desenvolvimento da sociedade funcionalizada se promover um alargamento do papel do instituto com a utilização da ponderação judicial entre a utilidade da extinção da relação jurídica para o credor e o prejuízo que adviria para o devedor e terceiros esta resolução, analisando-se inclusive os efeitos de não exercício do poder de resolução pelo credor e os efeitos práticos de outras medidas, muitas vezes menos gravosas a qual o credor pode fazer uso para a tutela de seus interesses.

Não se pode deixar de mencionar casos em que o credor requer a extinção do contrato quando da simples mora de últimas parcelas da prestação inclusive quando o devedor demonstra interesse em quitar imediatamente a dívida ou renegocia-la em mais algumas poucas prestações crescendo-se juros e correções.

Permitir que o credor mesmo nestes casos, promova a resolução ofende a função social do contrato e a boa fé objetiva ao invés garantir direitos do credor.

Tal método não implica na prevalência dos interesses do devedor em face do credor, pelo contrário, pois mesmo na concepção mais restritiva e formal do adimplemento substancial, se reconhece que a obrigação não foi cumprida nos exatos limites avençados, reconhecendo que o mesmo ainda faz jus à parcela não cumprida. A teoria vem, tão

741 SCHREIBER, Anderson. Obra já citada, p. 21.

somente para impedir que remédio drástico utilizado por mero capricho, venha a extinguir a relação contratual cometendo uma injustiça contra o devedor ante a aplicação de remédio extremo em relação ao já elevado grau de cumprimento da prestação.

Desta forma, ante o reconhecimento do adimplemento substancial não será vedado ao credor obter o que resta para o adimplemento formal por outras vias menos gravosas para o devedor, pois o direito resolutivo não pode ser usado pelo credor como um instrumento punitivo do devedor por ter descumprido parcela da prestação principal quando não obstante isto ele tiver com seus atos, cumprido a função social do contrato, até mesmo porque o legislador de 2002 previu outros remédios nos artigos: 249, 251 e 464 do Código Civil.

Cabe ressaltar que mesmo em não havendo a resolução do contrato poderá o credor, uma vez caracterizado o adimplemento substancial exigir da mesma forma as perdas e danos, pois estes são; a compensação financeira por prejuízos sofridos em razão de inadimplemento de prestação principal. E o adimplemento substancial, ao contrário do que possa parecer não julga cumprida a obrigação em todos os seus aspectos, tão somente impede o exercício por parte do credor do preceito literalmente estabelecido no art. 475 do CC de resolução simples do contrato.

10. Responsabilidade Pós-Contratual

Na visão mais atual de obrigação como processo, a entrega da prestação não extingue o vínculo contratual, pelo contrário, prolonga para além deste ato a relação contratual, impondo deveres de conservação dos efeitos jurídicos que o cumprimento do objeto da relação promoveu. Tal dever; é imposto pelo instituto da responsabilidade pós-contratual, também chamada de pós negocial.

Tais deveres são impostos e podem ser juridicamente exigidos quando após o cumprimento da obrigação, dada a sua natureza, explícita ou implicitamente, para que a eficácia do negócio jurídico seja mantida se requer certa conduta por parte do credor e até mesmo de terceiros, estes com uma responsabilidade extra contratual, todos pautados da mesma forma, em um dever geral de cooperação.

11. Conclusão

Neste sucinto trabalho se procurou de forma rápida examinar as mudanças as quais vem passando o direito contratual no que se refere à sua extinção, abordando novas concepções de adimplemento e inadimplemento das obrigações.

Tendo-se a obrigação não mais como figura estática e na qual o credor se submete integralmente aos interesses do credor e com a prestação se extingue pura e simplesmente a relação. Hoje em dia, tem se a relação obrigacional; como um processo que se inicia antes mesmo do efetivo acordo entre as partes e perdura até mesmo além do vencimento.

Hoje, como vimos, tem se primado pela atenção ao princípio da boa fé objetiva e da função social do contrato. Diante disto surgem deveres anexos à relação contratual que percorrem toda a relação e que podem ou não estar vinculados à prestação.

Quando se alarga o conceito de relação obrigacional começam a ter importância não só a fase de execução do contrato como as pré e pós contratuais, pois mesmo as tratativas podem ensejar deveres, bem como, mesmo após o adimplemento da obrigação não se extinguem certos deveres.

O próprio conceito de adimplemento da obrigação também se alterou eis que inseridos em uma teia de proteção social e das próprias partes não basta mais a simples subsunção da prestação ao molde pré concebido no momento da formalização da avença.

Da mesma forma que o simples cumprimento da obrigação pode não caracterizar o adimplemento, o cumprimento, mesmo que inconformidade com o avença inicial pode ser tido como capaz de impedir a aplicação do art. 465 impedindo-se que a obrigação venha a ser resolvida por mero capricho do credor.

Diante deste quadro, vimos cada vez mais que o interprete deve ao analisar questões sobre o cumprimento das obrigações fazê-lo sob a ótica funcionalista. A função social do contrato deve ser a base para solução de qualquer impasse gerado no cumprimento do contrato, até mesmo porque por ser estrutura dinâmica podem diversos fatores serem alterados durante o período de tempo que existe entre a formação e o vencimento, bem como, a ponderação de interesses, deforma a encontrar

a solução menos gravosa e a mais proveitosa para ambas as partes.

Os deveres de cooperação e o princípio da boa fé objetiva também são levados em consideração.

Todavia, como brevemente relatado, nossos tribunais regionais e até mesmo o STJ tem carecido de uma sistematização das decisões, limitando-se na maioria das vezes à critérios quantitativos, enquanto o direito comparado tem encontrado parâmetros mais condizentes com os ditames mais democráticos e funcionalistas adotando critérios qualitativos no qual a ponderação de interesses visa a impedir abusos que o positivismo possa gerar.

Referências Bibliográficas

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. A obrigação como Processo – reimpressão. Rio de Janeiro: editora FGV, 2006.

FRANCISCO, Carolina Cardoso e Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco. Adimplemento substancial e resolução dos contratos: necessidade de fixação de um critério unificado, *in* Transformações contemporâneas do direito das obrigações / Maurício Mota, Gustavo Kloh (organizadores), Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

HAICAL, Gustavo Luis da Cruz. O Inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa fé. *in* Transformações contemporâneas do Direito das Obrigações/ Maurício Mota/Gustavo Kloh (organizadores). – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MARTINS, Raphael Manhaes, Inadimplemento Antecipado: Perspectiva para sua Aplicação no Direito Brasileiro, em transformações contemporâneas do Direito das Obrigações / Maurício Mota, Gustavo Kloh (organizadores). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OLIVEIRA, José Maria Leoni de, Novo Código Civil Anotado, Vol. II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SCHEREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civeil, v. 8. n. 32. out./dez. 2007.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO OBJETIVANDO
FORNECIMENTO DE VEÍCULO A MENOR PORTADOR DE
DEFICIÊNCIA, COM VISTAS A VIABILIZAR TRATAMENTO
DE SAÚDE**

Lívia Gagliano Pinto Alberto Morterá⁷⁴²

Resumo: Cuida-se de Agravo de Instrumento em Ação de Obrigação de Fazer que objetiva o fornecimento de veículo a menor portador de hidrocefalia secundária à toxoplasmose, necessitando do meio de transporte para fins de locomoção dirigida as três instituições em que fazia tratamento, nos mais diversos horários e localidades. A antecipação dos efeitos da tutela restou indeferida em 1ª instância, ao argumento de que o Estado está obrigado tão somente ao fornecimento de medicamento, mas não ao de veículo, motivo da irrisignação, frisando-se que o direito à saúde é universal, contemplado em cláusula aberta na legislação de regência, garantindo-se, portanto, todos os meios necessários a sua satisfação plena, ainda que não se trate unicamente de medicamentos.

Palavras-chave: AGRAVO; FORNECIMENTO; VEÍCULO; SAÚDE; DIREITO; UNIVERSAL.

**Excelentíssimo Senhor Doutor 1º Vice Presidente do Egrégio
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

P. L. S. A., menor impúbere representado por sua mãe, M. C. B. S. M., brasileira, divorciada, do lar, RG XXXXX, inscrita sob o CPF nº XXXX, ambos residentes e domiciliados à Rua XXXXX, vem, através da Defensora Pública infra-assinada, com fulcro nos arts. 522 e segs. do C.P.C., interpor

742 A Autora é Defensora Pública Substituta, tendo permanecido em exercício na Comarca de Saquarema, junto a 2ª DP, durante todo o mês de março de 2009, ocasião em que elaborou a presente peça processual.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO com PEDIDO DE
ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL**

Nos termos da petição inclusa, tendo por R. Decisão hostilizada a que indeferiu a tutela antecipada postulada nos autos da ação originária, relativa à obrigação de fazer.

Oferece para a formação do instrumento, as seguintes peças:

- Cópia da R. Decisão agravada;
- Cópia da certidão de abertura de vista à Defensoria – momento em que intimada pessoalmente;
- Cópia da manifestação do Município;
- Cópia da inicial e documentos que a instruíram;
- Cópia da manifestação ministerial.

Requer a distribuição do presente agravo a uma das Colendas Câmaras Cíveis deste E. Tribunal.

Diante do exposto, requer ainda que, conhecido o recurso e após conclusão da formação do instrumento, seja o agravado intimado a responder.

Termos em que
Pede Deferimento.
Saquarema.....

Livia Gagliano Pinto Alberto Morterá
Defensora Pública
Mat. nº 949.561-5

Agravante: **PEDRO LUCAS DOS SANTOS ALVES**
Agravado: **MUNICÍPIO DE SAQUAREMA**

Ação: **OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO
DOS EFEITOS DA TUTELA**

Origem: 2^a Vara de Saquarema

Proc. n^o 2008.058.015261-8

RAZÕES DA AGRAVANTE

Egrégio Tribunal
Colenda Câmara

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Inicialmente, cumpre informar que o Recorrente está patrocinado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, conforme cópias em anexo, dada a impossibilidade de arcar com as custas do processo e honorários de advogado sem prejuízo de seu sustento próprio.

DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO

A subscritora da presente teve ciência da R. decisão recorrida em 05/03/09, conforme atestam as cópias em anexo, sendo certo que, logo após pedido de reconsideração indeferido, interpôs-se o presente Agravo. Frise-se que não se ultimou, ainda que contada a postulação referente a reconsideração, o prazo atinente ao presente Recurso, estando, ainda, portanto, tempestiva a pretensão recursal.

SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de ação relativa à obrigação de fazer, consistente no fornecimento de veículo ao menor Autor com vistas a viabilizar seu tratamento de saúde.

Com efeito, tal qual descreve a inicial, é a criança portadora de **HIDROCEFALIA SECUNDÁRIA À TOXOPLASMOSE**, fazendo tratamento em três escolas diferentes, todas voltadas ao seu melhor desenvolvimento, a saber: Escola Municipal Maria Luiza de Amorim Mendonça, Escola CAIE (Centro de Atendimento à Inclusão Escolar) e LACES (Lar das Crianças Especiais).

O horário dos tratamentos está assim dividido: 1ª Escola – segunda-feira a sexta-feira de 10h às 11h30; 2ª Escola – segunda-feira a sexta-feira de 15h às 17h; e 3ª Escola – terças e quintas de 14h às 17h.

Consoante se pode observar, os horários são diversos e as localidades não são próximas, sendo certo que o menor não se locomove por conta própria, estando preso à cadeira de rodas adequada as suas deficiências (**está, também, cego e precisa, para manter-se ereto, de suportes da própria cadeira, aptos a amparar seu corpo**). Assim, desde logo, fez-se necessária a utilização de veículo adequado para seu transporte, viabilizando a continuidade do tratamento de saúde, eis que sua avó, que detém sua guarda, não possui condições financeiras de custear sua locomoção.

Considerando, então, ser a saúde direito de todos, devendo ser fornecidos todos os meios para que seja ultimada, ingressou o menor com a presente causa, objetivando obter do Município a obrigação de fornecer o veículo, dando azo, portanto, ao seu tratamento de saúde, postulando-se a, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela.

Ocorre, entretanto, que a mencionada tutela antecipada restou indeferida, contrariando doutrina e jurisprudência pátrias sobre o tema, consoante se passa a expor.

DO CABIMENTO DO PRESENTE NA MODALIDADE DE INSTRUMENTO:

Ainda a título preambular, insta ressaltar que se faz necessário o conhecimento do presente na modalidade de instrumento, dado que, conforme redação do artigo 522 do Código de Processo Civil, está-se diante de caso de lesão grave e de difícil reparação, relacionada à saúde do menor de todo já debilitado.

De fato, a se negar o conhecimento tal qual pleiteado, estar-se-á relegando o tratamento do menor ao incerto, quiçá mesmo à impossibilidade de continuidade, com fatal prejuízo à criança, que, após início de frequências às escolas especiais, já evoluiu muito em seu estado.

Assim, impende ser conferida solução rápida à presente, viabilizando-se a manutenção do tratamento do menor, com progressiva melhora, sem comprometimento de seu estado e de sua saúde, **com o que, aguardar-se eventual retenção nos autos, não seria compatível.**

DO MÉRITO - DA NECESSIDADE DE REFORMA DA R. DECISÃO GUERREADA

DO ACESSO UNIVERSAL À SAÚDE E AOS MEIOS QUE PERMITAM SUA EFETIVAÇÃO - ARTIGOS 196 DA CRFB/88 E 2º E 3º DA LEI 8.080/90:

Consta da R. Decisão guerreada:

“Com relação ao pedido de tutela antecipada, assiste razão ao Parquet, uma vez que o pleito é desprovido de amparo legal. O Município se obriga ao fornecimento de medicamentos, ou, dependendo do caso em análise, ao transporte gratuito do portador de enfermidade (...), o que não é o caso dos autos, visto que visa o requerente a concessão de um veículo pela Secretaria de Saúde para que possa freqüentar as escolas de tratamento. Ante o exposto, indefiro o pedido liminar.”

Da manifestação ministerial, por sua vez, colhe-se o trecho:

“(...) Outrossim, como a lei obriga ao fornecimento de saúde e não transporte, opino pelo indeferimento da liminar.”

Ora, parece argumento um pouco obnubilado o referente ao fato de estar obrigado o Município apenas ao fornecimento de medicamento, ou mesmo tão-somente de saúde, como se, em todos os casos referentes à prestação de saúde, bastassem os remédios para que a obrigação legal estivesse ultimada.

Em verdade, em momento algum a Constituição referiu-se tão-somente a medicamentos, tampouco limitou o dever do Estado a hipóteses fechadas, únicas, sem possibilidade de ampliação ou mesmo redução. Ao revés, trata-se o artigo 196 da CRFB/88 de verdadeira cláusula aberta, permitindo ao intérprete e aplicador do Direito adequá-la ao caso concreto, com suas especificidades e necessidades. Eis o teor do dispositivo constitucional:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e

econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Em similar rumo, e regulamentando o dispositivo em apreço, traz-se a lume o teor dos arts. 2º e 3º da Lei 8.080/90:

“ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.”

Como se pode perceber, garantem a Carta Maior e a legislação que a regulamenta o **ACESSO UNIVERSAL** à saúde **E ÀS AÇÕES E SERVIÇOS PARA SUA PROMOÇÃO**.

Nesse sentido, devem ser assegurados aos necessitados todos os meios indispensáveis de prover a sua saúde, sejam quais forem. Desse modo, se, para alguns, obter do ente estatal saúde significa ter acesso a

remédios, para outros, pode não ser necessário o medicamento, mas sim uma cadeira de rodas, uma cama hospitalar, um colchão, especializado, um pacote de fraldas descartáveis, ou, então, um meio de transporte.

Ora, se nesses outros casos, não se questiona o dever do Estado em fornecer tais produtos – cadeira de rodas, colchão, fraldas – por que haveria de ser impossibilitado o acesso ao meio de transporte com o qual o Recorrente se dirige ao seu tratamento de saúde?

Insista-se em que negar referido meio de transporte acabará por significar falta de disponibilização da saúde ao menor, a qual, por sua vez, é reconhecidamente direito de todos e dever do Estado. Repita-se que o dispositivo constitucional em referência é amplo, aberto (cláusula geral), buscando propiciar ao necessitado todo o suporte imprescindível a sua saúde, independentemente do serviço ou objeto que precisar.

No caso em comento, negar o veículo ao menor importará em negar sua própria saúde, eis que alcançar os locais de tratamento – que existem – faz parte da efetividade da saúde do menor. Aliás, chegar até referidos estabelecimento constitui necessidade do Recorrente, o qual somente poderá ter acesso à saúde e qualidade de vida se lhe for proporcionado o meio com que a atinja.

Nesse mesmo sentido, posicionamento deste C. Sodalício Estadual, representado pelas ementas abaixo:

*“APELAÇÃO CÍVEL - OBRIGAÇÃO DE FAZER. PASSE LIVRE PARA PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. – (...) Sentença de improcedência do pedido, tendo em vista o posicionamento do C. Órgão Especial. Reforma que se impõe, à luz dos dispositivos constitucionais que garantem o direito à **saúde**, arts. 196 e 198, II, da Carta Magna, eis que **negar o transporte para tratamento da saúde equivale a negar o próprio direito à saúde**. - Precedente no E. STF, quando do julgamento da ADI 2649, que reconheceu a constitucionalidade da Lei Federal n.º 8.899/94 que garante aos beneficiários ali previstos o passe livre em **transporte** interestadual. – (...) Condenação dos suplicados em custas e honorários advocatícios, fixados estes em R\$500,00 (quinhentos reais), em*

*favor do CEJUR da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. - REJEIÇÃO DA PRELIMINAR - PROVIMENTO DO RECURSO DE APELO.” (DES. SIDNEY HARTUNG - Julgamento: 09/12/2008 - QUARTA CAMARA CIVEL, **2007.001.59771** - APELACAO - 4ª Ementa)*

*“Ação pelo rito sumário. Pretensão de fornecimento pelo Município do Rio de Janeiro de passe livre para utilização de **transporte** coletivo de forma gratuita, por não possuir o Autor condições financeiras para arcar com o deslocamento entre a sua residência e o local de tratamento da doença crônica da qual é portador (transtornos mentais). Sentença de improcedência do pedido. (...) **Requerente portador de doença crônica. Não é viável se atribuir ao texto “dever do Estado”, contido no art.196, caput, da CF, interpretação restritiva, uma vez que o dever de garantia à saúde não se esgota nos estreitos limites do atendimento médico e da assistência farmacêutica, alcançando, também, toda medida capaz de dar efetividade a obrigação estatal de garantir o direito dos seus cidadãos a uma saúde e vida dignas.** Compete ao Município a prestação e organização do serviço de **transporte** coletivo (art.30, da CF). Incidência da Súmula n.65, do TJRJ. Sentença que se reforma. Recurso provido. “ (JDS. DES. REGINA CHUQUER - Julgamento: 25/11/2008 - QUINTA CAMARA CIVEL, **2008.001.59672** - APELACAO - 1ª Ementa)*

Tal, de fato, o sentido da expressão “acesso universal às ações e serviços para sua promoção”, descrita no artigo 196 da Constituição da República em relação à prestação de saúde pelo ente estatal, ou seja, garantir a efetividade da saúde e de todos os meios necessários a seu alcance.

Para se ter certeza a respeito da necessidade da assistência do Agravante, citem-se trechos das declarações dos médicos e estabelecimentos dos quais é a criança integrante:

“Paciente portador de Hidrocefalia secundária à Toxoplasmose, com grave comprometimento mental, CID 10: G91.0, F72.

***Necessita de acompanhamento neurocirúrgico e equipe multidisciplinar.”** (fl. 18 dos autos principais) grifo nosso*

*“Declaro (...) que o menor Pedro Lucas dos Santos Alves (...) está matriculado nesta Instituição em atendimento ambulatorial com: Fonoaudióloga, Fisioterapeuta, Psicomotricista e Psicóloga. **Devido as dificuldades de locomoção o mesmo necessita de transporte casa/Instituição para continuar freqüentando regularmente a mesma**” (fl. 19 dos autos principais) grifo nosso*

*“ Declaro (...) que o menor Pedro Lucas dos Santos Alves (...) está matriculado nesta unidade escolar, na educação infantil. **Devido as dificuldades de locomoção o mesmo necessita de transporte casa/escola e vice versa para continuar freqüentando regularmente o estabelecimento de ensino**” (fl. 19 dos autos principais)” grifo nosso*

Verifica-se, portanto, a necessidade do menor em continuar freqüentando os estabelecimentos em tela, sendo que o meio de se atingi-los constitui forma de acesso à saúde, dever do Estado.

Esclareça-se que o menor não está a postular veículo exclusivo, para uso particular. Inclusive, não se estipulou o tipo de veículo, sendo certo que, a título de ilustração, um ônibus, com outros passageiros igualmente portadores de necessidades especiais, desde que possível o transporte aos locais de tratamento, atende aos anseios e necessidades da criança.

POSIÇÃO CONSAGRADA E CONSOLIDADA PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO:

Apar de todo o delineado, refira-se a que o exposto é entendimento já consagrado por este E. Tribunal Estadual, conforme ementas que seguem abaixo:

“1ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Agravo de Instrumento nº 2009.002.06642 DECISÃO Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Magé, alvejando a decisão por cópia em fl. 28 que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer proposta por Rafael Menezes, rep/p/s/mãe Gralciane Menezes, concedeu a antecipação da tutela, para o fim de compelir o agravante a realizar ou custear, em 24 horas, o transporte do agravado, por prazo indeterminado, pena de pagamento de multa diária de R\$ 500,00, para realização de tratamento do médico. (...) .A discussão que surge envolve a possibilidade de exigir-se do Município o fornecimento ou o custeio de transporte do munícipe, portador de aneurisma cerebral, para tratamento de saúde.A matéria envolvendo a obrigação do Município de fornecer medicamentos ou insumos ao cidadão está pacificada nesta Corte, na Súmula 65, e tem respaldo nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal, razão pela qual deve ser mantida a decisão do órgão a quo, conforme dispõem os artigos 6º e 30, inciso VII, da Magna Carta, ao estabelecerem que compete aos Estados e Municípios prestar serviços de atendimento à saúde da população. No mesmo sentido o artigo 196 do referido diploma, impõe ser direito de todos e dever do Estado, a prestação de atendimento à saúde, bem como o acesso universal e igualitário as ações e serviços para promovê-la, protegê-la e recuperá-la.A Lei nº 8.080/90 regulamenta as ações e serviços de saúde, considerando ser direito fundamental do ser humano e encargo do Estado prover as condições indispensáveis para a garantia da saúde, nos três escalões hierárquicos, como dispõem os artigos 1º, 2º e 4º, enquanto que o artigo 6º do mesmo diploma, em seu inciso I, alínea “d”, determina que estão incluídas no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), a execução de ações de “assistência terapêutica integral, inclusive

farmacêutica”.O termo “integral” abrange todos os medicamentos, insumos e consectários que o paciente precisar para preservação de sua saúde, não se tratando de tratamento diferenciado, bem como não há como fixar prazo para o fornecimento do transporte indicado na receita médica, mormente quando o tratamento é contínuo e exige deslocamento do paciente, cujo custo não lhe é possível suportar. A alegação do Município de que se faz necessária a emissão de prescrição e laudo, por médico vinculado à rede pública de **saúde**, para corroborar a presunção de veracidade e certeza da doença acometida, não justificando a concessão de liminar; não merece prosperar. A Constituição Federal e a legislação ordinária não exigem que a prescrição médica seja emitida por profissional que integre o Sistema Único de **Saúde** - SUS, de qualquer sorte o agravado é cadastrado no Sistema Único de **Saúde**, como demonstra o documento de fl. 26. Conseqüentemente, a Municipalidade deve fornecer o **transporte** mencionado na peça vestibular; não havendo qualquer ofensa aos princípios da legalidade, do orçamento e das normas legais referentes à realização da despesa pública, ou aos artigos 2º e 37 da Constituição Federal ou à Lei 8.666/93. Também, não há ofensa aos artigos 273, parágrafo 2º e 475 do Código de Processo Civil ou ao artigo 1º da Lei nº 8.437/92. Assim, com respaldo no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso, manifestamente improcedente. Rio de Janeiro, 17 de fevereiro de 2009. CAMILO RIBEIRO RULIÈRE Desembargador (DES. CAMILO RIBEIRO RULIERE - Julgamento: 20/02/2009 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL, **2009.002.06642** - AGRAVO DE INSTRUMENTO)”

“1. Agravo Inominado. Decisão monocrática que negou liminar seguimento à apelação interposto pelo agravante. 2. Ação de obrigação de fazer, objetivando obtenção de transporte gratuito

intermunicipal, para fins de tratamento médico. Doença crônica. Hipossuficiência financeira. - 3 O direito à saúde é uma garantia de todos e dever do Estado, que deve assegurá-lo mediante políticas sociais e econômicas. - 4. Restando comprovado que o autor necessita de tratamento médico contínuo e sendo ele hipossuficiente, deve o Poder Público promover o custeio do transporte até o local de tratamento. Inteligência da Lei 4510/05. Jurisprudência consolidada desta Corte. - 5. Manutenção da decisão monocrática. Desprovisionamento do recurso.” (DES. PAULO MAURICIO PEREIRA - Julgamento: 04/02/2009 - QUARTA CAMARA CIVEL, **2008.001.58895** - APELACAO)

“Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Comprovação de existência de doença crônica. Residência afastada do local de atendimento médico da rede pública implicando em gasto de passagens. Passagem gratuita a ser concedida pelo Município do Rio de Janeiro e FUNLAR - Fundação Municipal Lar Escola São Francisco de Paula. Direito à **saúde** a ser garantido pelo **Estado** mediante política social. Preservação da dignidade humana constitucionalmente garantida. Concessão de passe livre. Condenação ao pagamento de taxa judiciária e em honorários advocatícios. Isenção de custas. Não obstante a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.167/2000, pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, nos autos da Representação de Inconstitucionalidade nº 2006.007.00041, entendo que o direito à **saúde** abrange o **transporte** gratuito, sendo possível, em regra, a concessão do benefício, tendo em vista tratar-se de direito fundamental previsto constitucionalmente. Dentre os direitos e garantias fundamentais, o direito à vida é o bem maior do cidadão. Sendo a **saúde**, inerente a esse bem maior, também um direito assegurado constitucionalmente, é dever do Município suprir por todos os meios necessários

*a sua efetiva assistência, como assevera os artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal e artigo 287 da Constituição Estadual. Por outro lado, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida ou fazer prevalecer o interesse do ente federado, não resta alternativa senão garantir ao cidadão carente de recursos o direito ao tratamento médico e o **transporte** gratuito do até o local de tratamento. Recurso a que se dá provimento. “ (DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 27/01/2009 - TERCEIRA CAMARA CIVEL, 2008.001.53129 - APELACAO - 1ª Ementa)*

*“E M E N T A: Obrigação de Fazer. Passe gratuito. Lide disparada em face do Município do Rio de Janeiro e FUNLAR. I – (...) II - Provas carreadas revelando que o Autor é portador de Cirrose Hepática pelo Virus C. Apelante que se encontra em lista de transplante hepático, sendo certo, portanto, tratar-se de doença crônica. Evidente a hipossuficiência do Suplicante, pois, reside no Bairro de Anchieta, tendo, ainda que se deslocar até Bonsucesso, local onde realiza seu tratamento médico. (...) III Compete ao Município regularizar os serviços públicos do local, inclusive o de **transporte** coletivo, que tem caráter social. Exegese do inciso V do artigo 30 da Carta Magna. Artigo 196 da Constituição Federal de 1988 que evidencia a responsabilidade solidária da União, **Estados e Municípios em relação ao direito fundamental à saúde**. Aplicação do Princípio da vedação dos atos de ruína que possa vir a atingir os valores mais relevantes da pessoa humana. Jurisprudência uníssona deste Egrégio Sodalício. IV – (...) Ente municipal que não se desobriga do fornecimento do **transporte**, como meio necessário ao acesso dos doentes crônicos ao tratamento de que necessitam, como garantia do acesso à **saúde** estabelecido nos artigos 196 e seguintes da CRFB/88.V - Constitucionalidade da Lei Federal n.º 8.899/94, reconhecida recentemente pela Suprema Corte,*

*garantindo aos beneficiários ali enquadrados o passe livre em **transporte** interestadual (ADI 2649/DF). VI - Sentença que se reforma, a fim de conceder o passe livre ao Autor, condenando, ainda, o Réu em honorários advocatícios. Recurso que se apresenta manifestamente procedente. Entendimentos reiterados e sucessivos dos Tribunais Superiores, o que autoriza a aplicação do § 1º A do art. 557 do C.P.C. que se mostra possível, atendidos aos requisitos legais. Provimento. “ (DES. REINALDO P. ALBERTO FILHO - Julgamento: 11/12/2008 - QUARTA CAMARA CIVEL, **2008.001.63858** - APELACAO)*

Pelo exposto, queda consagrada a pretensão recursal no entendimento uníssono deste C. Sodalício Estadual, inexistindo motivo bastante para negar-lho acesso amplo e integral à saúde.

DA MEDIDA EQUIVALENTE – ARTIGO 461 DO C.P.C.:

Por derradeiro, refira-se a que, na forma autorizada pelo artigo 461 do C.P.C., caso não haja possibilidade de fornecimento de veículo pelo Município Recorrido, mostra-se viável a prestação de medida equivalente, consistente no custeio por parte do ente municipal, de meio de transporte adequado à locomoção da criança aos estabelecimentos de tratamento.

Pugna, então, caso impossível a disponibilização de veículo, tal como sustentado acima, pelo custeio de meio de transporte adequado a mesma finalidade, como medida equivalente ao postulado.

DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL:

Diante de todo o delineado, restam claros e evidentes os requisitos ensejadores da antecipação dos efeitos da tutela recursal, sendo certo que a verossimilhança está demonstrada pela interpretação correta aos dispositivos constitucionais e legais correlatos ao tema, estando o perigo de dano irreparável representado pela iminente impossibilidade de o menor continuar o tratamento indispensável a sua doença.

Sendo assim, **pugna seja, desde logo, deferida a tutela antecipada, nos moldes do artigo 527, III do C.P.C., determinando-se**

ao Município o fornecimento de veículo apto a transportar o menor de sua residência aos estabelecimentos de tratamento médico.

DO PREQUESTIONAMENTO:

Prequestiona-se, igualmente, os dispositivos constitucionais e legais tratados, a saber, artigo 196 da Constituição da República e arts. 2º e 3º da Lei 8.080/90, requerendo haja manifestação expressa deste órgão julgador, possibilitando eventual interposição dos recursos extraordinários.

DOS PEDIDOS

Pelo exposto, espera a agravante:

I – seja conhecido o presente na modalidade de instrumento, dada a existência de lesão grave e de difícil reparação;

II – seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela recursal, deferindo-se, de plano, o fornecimento de veículo, ou medida equivalente, consistente no custeio de transporte, ao menor Recorrente, com vistas à sua locomoção da residência aos estabelecimentos de ensino e vice-versa, como medida de garantir o direito à saúde;

III – seja reformada a R. Decisão hostilizada, confirmando-se a antecipação de tutela recursal postulada e garantindo-se o fornecimento de veículo ao menor para transporte de sua residência aos locais de tratamento e vice-versa.

Termos em que
Pede deferimento.

Saquarema,

Lívia Gagliano Pinto Alberto Morterá
Defensora Pública
Mat. nº 949.561-5

PETIÇÃO À COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Daniela Martins Considera⁷⁴³
Leonardo Rosa Melo da Cunha⁷⁴⁴
Denis Sampaio⁷⁴⁵

Resumo: Petição enviada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação da carceragem da Polinter/Neves, localizada no Município de São Gonçalo, que se encontra com superlotação, péssimo estado físico, falta de ventilação, alimentação insuficiente e indisponibilidade de água potável. No que tange às condições de detenção na carceragem da Polinter – Neves restou violado o artigo 5 combinado com o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e como no Brasil não existe um recurso efetivo com o qual se consiga que os presos do sistema penitenciário sejam abrigados e tratados em condições dignas, se materializou uma potencial violação ao artigo 2 do mesmo Tratado.

DOS: DEFENSORES PÚBLICOS EM EXERCÍCIO NO NUDEDH- NÚCLEO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Av. Marechal Câmara, n.º 314, 2º andar – Aeroporto – RJ - CEP 20020-080

Ao: Exm.º. Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - Organização dos Estados Americanos

1889 F. Street, N.W.- Washington, D.C. 20006 - Estados Unidos da América-(202)458 –3992

Exmo. Sr. Dr. Santiago Canton,

O Núcleo de Defesa de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, representado pelos Defensores Públicos infra-assinados, vêm, respeitosamente, submeter a presente petição em face da **República Federativa do Brasil**, de acordo com os artigos 44 a 51 da Convenção

743 Defensora Pública então em atuação no Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos - NUDEDH, Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Londres – ICS/SAS – School of Advanced Study

744 Defensor Público Ex-Coordenador do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos – NUDEDH.

745 Defensor Público então em atuação no Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos – NUDEDH.

Americana sobre Direitos Humanos, através da qual denuncia situação de violação de direitos humanos fundamentais ocorrida na **Polinter/Neves, no Município de São Gonçalo**, no Estado do Rio de Janeiro, fazendo-o de acordo com os artigos 44 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Atenciosamente,

DANIELA MARTINS CONSIDERA
DEFENSORA PÚBLICA

LEONARDO ROSA MELO DA CUNHA
DEFENSOR PÚBLICO

DENIS ANDRADE SAMPAIO JUNIOR
DEFENSOR PÚBLICO

**PETITION TO THE INTER-AMERICAN COURT
OF HUMAN RIGHTS**

1. Organização Denunciante:

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Núcleo de Defesa de Direitos Humanos da Defensoria Publica

Representantes:

Daniela Martins Considera
Leonardo Rosa Melo da Cunha
Denis Andrade Sampaio Junior

Endereço:

Av. Marechal Camara, 314, 2º andar, Centro – Rio de Janeiro

CEP: 20020080

Telefone: 55 (21) 2299-2290/2299-2294

Fax: 55 (21) 2299-2290

E-mail: direitoshumanos@dpge.rj.gov.br

Não há necessidade de ocultar o nome dos petionários no curso do processo.

2. Nome das Vítimas que Tiveram seus Direitos Humanos Violados:

Nomes:.....

OBS: Esta lista é representativa, contando com dois presos de cada cela, sendo apresentada somente para fins de admissibilidade da petição, devendo ser ampliada a todos encarcerados na Polinter-Neves em Julho de 2008, ou no momento da concessão de medida cautelar, ou da decisão de mérito por essa Comissão, conforme o relatório de presos da unidade.

3. Estado Responsável pela Violação dos Direitos Humanos:

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

4. Fatos Denunciados:

No dia 02 de maio de 2007, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, através do Núcleo de Direitos Humanos, fez-se presente na carceragem **Polinter de Neves**, localizada no Município de São Gonçalo, para a realização de visita e fiscalização, em cumprimento ao disposto no **art.179, inciso III, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro; art.4º, inciso VIII, da Lei Complementar nº80/94; e art.22, parágrafo quarto, da Lei Complementar estadual nº06/77.**

O objetivo precípua da visita da Defensoria Pública era constatar as condições de acatamento dos presos, a possível permanência na carceragem de presos já condenados e tentar identificar os principais problemas que por ventura existissem na unidade policial-prisional, com o intuito de contribuir para a melhoria das condições carcerárias.

Em curso na referida vistoria foi constatado e devidamente colocado no **RELATÓRIO**, o seguinte:

Apesar de externamente o prédio mostrar-se em razoável estado de conservação, na parte interior as dependências da Polinter encontram-se muito degradadas, sem a menor condição de abrigar um local ideal de manutenção dos presos que se encontram ali presentes.

O local destinado à custódia dos presos apresenta um péssimo aspecto físico, carecendo de manutenção. Nas celas as condições de limpeza são precárias, há apenas um local destinado à realização das necessidades fisiológicas de todos os presos (boi), cuja divisão com a

cela, faz-se de forma improvisada através de uma cortina, conforme fotografia anexa.

A carceragem possui um único andar. Este andar é dividido em duas galerias, com as celas respectivas. Os presos são distribuídos internamente **em 12 celas**, cada qual comportando um número determinado de presos.

As celas estavam dispostas da seguinte forma: X0- 40 presos (seguros); XI – 53 presos (seguro); X2 – 38 presos (comando vermelho); X3 - 55 presos (ADA); X4 – 40 presos (comando vermelho); X5 – 46 presos (comando vermelho); X6 – 38 presos (terceiro comando e neutro); X7 – 52 presos (comando vermelho); X8 – 61 presos (seguros); X9 – 59 presos (seguro); X10 – 08 presos (seguros); X11 - 30 (faxinas)

Há local reservado àqueles em que estão sofrendo perigo quanto à sua integridade física (seguro). Como não há cela destinada aos presos em decorrência de prisão civil, estes permanecem no corredor de uma das galerias, conforme fotografia anexa.

Detém a carceragem capacidade para abrigar total aproximado de 250 presos (conforme afirmado pelo próprio Delegado no ofício 20.493/1905/2007). No dia da visita da Defensoria Pública, o número de pessoas **recolhidas alcançava o patamar de 564**, havendo, portanto, uma flagrante superlotação.

O ambiente é excessivamente quente, o que prejudica o descanso diário. Segundo informações de alguns presos “não dá para dormir direito pela quantidade de gente e pelo calor”. Aponta-se ainda que, os presos reclamaram de coceira em todas as celas.

Não há qualquer forma de ventilação natural de ar dentro das celas, o excesso de calor proveniente da transpiração constante dos presos, é característico do local, o que inclusive contribui para a fácil disseminação de doenças. Não fossem os ventiladores providenciados pelos encarcerados, sem dúvida o local tornar-se-ia totalmente insuportável.

Também não há cama para todos os presos. Alguns presos dormem no chão, sentados e nas redes penduradas nas grades das celas.;

Além da Carceragem se mostrar inadequada para a permanência de presos provisórios, **a carceragem vistoriada indica um flagrante desrespeito à mínima observância do princípio da dignidade da pessoa humana**, uma vez que a superlotação demonstrada leva a despersonalização iminente do indivíduo.

Inexiste local para que os visitantes, enquanto aguardam o ingresso na unidade, fiquem minimamente acomodados, estando exposto às variações climáticas (chuva e sol) na entrada do prédio. Dentro da unidade carcerária, o local de visitas também não é guarnecido de um mínimo de intimidade. **A superlotação pode ser observada na própria sala destinada à visita dos presos**, conforme se observa nas fotos anexas.

Não há serviços médico, odontológico, psiquiátrico, psicológico e de assistência social para os presos, o que representa um enorme descaso do Estado em relação aos direitos fundamentais desses cidadãos.

O descaso Estatal quanto a superlotação do estabelecimento prisional não se influi apenas aos encarcerados, mas a todos aqueles que circundam o setor carcerário da base Polinter/Neves.

A alimentação dos internos é fornecida pela manhã e pela tarde. A alimentação matutina consiste em uma “quentinha” com café, não havendo fornecimento de pão e leite; a alimentação vespertina reserva-se a uma sopa com pão. Entretanto, foi salientado pelos presos que eventualmente a comida fornecida encontra-se estragada e por isso muitas vezes eles só realizam uma refeição por dia.

Além disso, **não havia fornecimento de água potável, sequer durante as refeições!**

No dia 31 de julho de 2008 os Defensores Públicos em exercício no Núcleo de Direitos Humanos fizeram nova vistoria na carceragem da Polinter-Neves e constataram, de acordo com o **RELATÓRIO** em anexo, que as condições da carceragem continuam quase as mesmas, com algumas pequenas melhorias, e que **a carceragem continua superlotada**, tendo em vista que no dia da visita da Defensoria Pública, o número de pessoas recolhidas **alcançava o patamar de 588**, e esta possui capacidade para abrigar total aproximado de **250 presos**, havendo, portanto, uma flagrante superlotação.

Os Defensores constataram que as dependências internas

da Carceragem - Polinter encontram-se em péssimo estado no local destinado aos presos, apresentando ambientes sem arejamento. Nas celas as condições de limpeza são precárias, onde há apenas um local para a realização das necessidades pessoais para todos os presos (boi). A divisão entre o referido local e o espaço reservado à cela é feita por uma cortina improvisada pelos próprios presos.

Não há qualquer janela, havendo passagem de ar apenas pelas grades de acesso à cela. O excesso de calor se traduz característico do local. Há uma tentativa de redução à temperatura pelos ventiladores colocados pelos encarcerados. A ausência destes aparelhos poderia levar, na apreciação dos Defensores Públicos, a insuportabilidade total do ambiente.

A superlotação continuava marcante, com reclamações diversas dos encarcerados, inclusive com a presença de presos tuberculosos no mesmo ambiente dos supostamente sadios.

A Alimentação também é insuficiente, sendo oferecida apenas em dois momentos: pela manhã (por volta das 10 horas) é servida a quentinha com café, não havendo fornecimento de pão e leite, e na parte da tarde é fornecida sopa com pão. Os presos informaram que eventualmente a comida fornecida encontra-se estragada.

Não há água potável distribuída. Assim, somente há bebida de água potável se os presos adquirirem na cantina.

Portanto, foi constatado novamente que Carceragem Polinter-Neves continua apresentando péssimas condições para o abrigo dos presos, não havendo oferecimento de higiene e condições físicas mínimas para a permanência dos presos nas celas da carceragem, violando, de forma flagrante, a dignidade da pessoa humana, conforme se pode constatar do relatório em anexo.

5. Direitos Humanos Violados:

Foram violados os seguintes direitos humanos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a

respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Art 5º. – Direito à integridade pessoal.

1- Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. 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.

Artigo 25. - Proteção judicial

1 - Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Os artigos 5, 8.1 e 25 da Convenção Americana restaram violados em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, conforme restará comprovado..

No que tange às condições de detenção dos detidos na carceragem

da Polinter – Neves restou violado o artigo 5 combinado com o artigo 1.1 da Convenção, e como no Brasil não existe um recurso efetivo com o qual se consiga que os presos do sistema penitenciário sejam abrigados e tratados em condições dignas, se materializou uma potencial violação ao artigo 2 desse Tratado.

6. Providências Legais Tomadas em Relação aos Fatos Denunciados:

Torna-se importante ressaltar que em **novembro de 2003** o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública (**Proc. 2003.004.044324-9**), objetivando a condenação do Estado à obrigação de fazer para que houvesse a transferência de todos os presos condenados que estivessem encarcerados, bem como a transferência de parcela da massa carceragem para chegar ao número máximo de 41 presos na carceragem da 73^a. Delegacia de Polícia de Neves face a demonstrada superlotação.

Contudo, em março de 2006 a Delegada Titular da 73^a. Delegacia de Polícia expediu ofício à 4^a. Vara Cível da Comarca de São Gonçalo afirmando que a referida Delegacia passou a integrar o Programa Delegacia Legal não tendo mais o setor de carceragem.

Esclareceu-se ainda, que a responsabilidade carcerária passou a ser atribuição da **Polinter/Neves**, conforme cópia do ofício anexo.

A ação ajuizada, portanto, não resultou no êxito pretendido, encontrando-se *paralisada desde junho de 2007*, uma vez que *o problema da inobservância dos direitos e garantias fundamentais dos presos restou efetivamente transferida para a Carceragem da Polinter/Neves*. A superlotação, por via de consequência, não foi resolvida, mas agravada pela *simples mudança de endereço*.

Conforme foi ressaltado pelo Diretor da Polinter (Ofício 20.493/1905/2007), a capacidade máxima da Carceragem da Polinter/Neves é de 250 (duzentos e cinquenta) presos, o que significa uma média de 22 presos/cela. Entretanto, foi constatado na **vistoria realizada pela Defensoria Pública** (já detalhada no ítem IV desta petição), que o número de pessoas ali recolhidas alcançava o **patamar de 564**(quinhentos e sessenta e quatro), contabilizando uma média de 47 presos /cela, havendo portanto, uma flagrante superlotação, como pode ser observado pelas fotos anexas.

Ainda, dentro da classificação das unidades penais, trata-se de uma carceragem **destinada exclusivamente a presos provisórios**. Entretanto, conforme constatado na entrevista com os presos existem **detentos ali alocados que já estão condenados**.

Assim, após a vistoria, a Defensoria Pública enviou ofícios (Ofícios 541, 542, 537, 535, 534, 543, 536, 539, 540) a diversas Autoridades Responsáveis do Estado, com **o Relatório da Visita** (ver cópia em anexo), e algumas recomendações. Os ofícios foram enviados ao Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro, ao Delegado Chefe da Polinter, ao Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ao Deputado Estadual Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania da Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro, ao Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro, ao Presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, ao SubProcurador-Geral de Direitos Humanos e Fiscalização do Ministério Público do Rio de Janeiro, ao Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro.

O Ofício enviado ao Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro foi encaminhado ao Secretário de Estado de Segurança, em 21 de maio de 2007.

O ofício encaminhado ao Delegado Chefe da Polinter foi remetido a DC-Polinter, tendo sido instaurado SAD (Sindicância Administrativa Disciplinar) em 15 de junho de 2007, para apurar irregularidades, e quando a superlotação informam que tem solicitado a SEAP vagas, sem sucesso. Posteriormente, em 3 de agosto de 2007, informam que o denunciado no relatório não foi confirmado pelos presos ouvidos, e quanto a superlotação informa que a transferencia para a SEAP vem ocorrendo com numero inferior, contando a carceragem com 658 presos.

Em 19 de julho de 2007 a Chefia de Gabinete da Policia Civil responde a oficio com as mesmas informações anteriores. (Oficio 0264/1201/2007)

Em 27 de março de 2008 a Procuradoria da República no Município de São Gonçalo informa que foi instaurado Procedimento Administrativo de n. 1.30.020.000114/2007-10, e solicitando maiores

informações acerca de providências concretas adotadas pela Polícia Civil e pela Secretaria de Estado de Segurança. (Ofício PRM-SG/GMGBA n. 111/2008)

Em 5 de dezembro de 2007 em ofício a Procuradoria da República, a Chefia da Polícia Civil ressalta que tão logo recebido o relatório foram remetidas cópias a Corregedoria Interna e Comissão de Controle e Fiscalização de Contratos, bem como a Secretaria de Estado de Segurança, tendo sido instaurado Procedimento Administrativo Disciplinar em curso na DC-Polinter e realizadas as inspeções necessárias com relação a alimentação dos presos, bem como elaborado relatório das condições físicas das instalações buscando-se a execução de obras. (PCERJ/ CHEFIA GAB N. 406/1201/2007)

Em 27 de março de 2008 foi enviado novamente ofício pela Procuradoria da República ao Chefe de Gabinete da Polícia Civil solicitando que informe quais providências foram efetiva e concretamente adotadas pela Polícia Civil para solucionar os gravíssimos problemas da referida Unidade. (ORN SG/GMGBA N. 110/2008)

Recentemente, em abril de 2008, este Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública enviou novo ofício a Chefia de Gabinete da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, solicitando o envio da conclusão do procedimento ali instaurado, que até a presente momento não foi respondido.

Recebemos, ainda, ofício do Procurador da República, com cópia do Ofício enviado pelo Departamento Geral de Administração e Finanças (OF 00831/1700 – 08), tendo sido informado que foram realizadas obras concluídas em Fevereiro de 2008, para propiciar melhor aeração e reparos nas demais instalações, incluindo cobertura da área de visitação, bebedouros e criação de sala para parlatório.

Em nova vistoria realizada pela Defensoria Pública em julho de 2008 foi verificado que realmente foram realizadas as obras mencionadas, sem haver, no entanto, nenhuma melhora significativa nas condições da carceragem, destinando-se os bebedouros apenas as visitas, conforme já especificado no ítem n. IV (fatos denunciados).

Após esta última vistoria foi elaborado novo **RELATÓRIO** de visita, que será enviado as mesmas autoridades responsáveis. Tendo em vista que foram constatadas exatamente as mesmas violações de há mais de um ano atrás, sem que tenham sido tomadas quaisquer

providências, não vislumbramos qualquer outra medida que possa ser adotada no direito brasileiro. Vale ressaltar que já foi **proposta a ação civil pública pelo Ministério Público em novembro de 2003, ou seja, há quase cinco anos, ainda sem qualquer resultado, devido a um artifício do Estado que apenas mudou o problema de endereço, conforme relatado acima.**

Portanto, não resta outra alternativa ao Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública, após terem sido utilizados todos os recursos da jurisdição interna, a não ser peticionar a esta Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

7. Da Admissibilidade

Conforme especificado acima, foram utilizados todos os recursos da jurisdição interna que tecnicamente seriam adequados para proteger os direitos humanos dos detentos e garantir condições dignas de cumprimento das penas aos mesmos, não tendo, entretanto, produzido os resultados efetivos. Assim, apesar de não esgotados, há atraso injustificado na decisão sobre estes recursos, sendo aplicável a exceção a este requisito, de acordo com o Art 31, 2, “c” do Regulamento desta Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Esta petição está sendo apresentada dentro de um prazo razoável considerando-se as circunstâncias do caso, na forma do art. 32, 2 do mesmo Regulamento. O andamento do processo, bem como os principais atos judiciais (cópias em anexo) encontram-se relatados acima.

Tanto a Comissão e a Corte Européia de Direitos Humanos, como a Comissão Interamericana estabeleceram uma série de critérios ou considerações que devem ser levados em conta na determinação de se, neste caso específico, houve ou não demora injustificada na administração da justiça. Os critérios estabelecidos pela doutrina para determinar a razoabilidade do prazo são os seguintes: 1. A complexidade do caso. 2. A conduta da parte prejudicada com relação à sua cooperação no curso do processo. 3. A forma de tramitação da etapa de instrução do processo. 4. A atuação das autoridades judiciais.

Cumpre ainda informar que esta denúncia não foi submetida a qualquer outro procedimento internacional.

8. Do Mérito

Configura dever do Estado, por conta das garantias internacionais e de suas competências constitucionais, se reorganizar para assegurar as medidas tendentes a garantir o respeito à Dignidade da Pessoa Humana durante o encarceramento, até mesmo para que o objetivo da pena, possa ser efetivado a contento.

Na realidade, o que se vê na carceragem da Polinter-Neves, em São Gonçalo, não é só um exemplo do descaso do Estado em relação àqueles cidadãos encarcerados, mas também um exemplo de **comportamento omissivo cruel**, que causa tanta revolta e indignação na população carcerária, que quando esses detentos retornam ao convívio social, sobressaem pela frieza, violência e crueldade, no trato social.

Relativamente aos estabelecimentos para cumprimento de penas e para a privação de liberdade antes da sentença penal condenatória, dispõe a Lei de Execução Penal (Brasil), outrossim, que:

“Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

(...)

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

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;

a) Área mínima de 6m² (seis metros quadrados)”

Ainda que se reconheça que muitas das violações ao sistema de execução penal decorram do descontrole social da violência e das condições econômicas do nosso País, o certo é que **o mínimo de dignidade deve ser reservado ao preso (principalmente aquele que ainda possui a garantia constitucional da sua inocência) não somente em respeito a ele, mas também em respeito a toda sociedade**, uma vez

que a segurança social passa por diversos níveis, não podendo esquecer jamais (o que ocorre no caso concreto) do sistema prisional.

Aprecariedade no fornecimento de uma alimentação decente, e de uma fonte de água potável para a livre fruição dos detentos, além de ir de encontro com o *art 41 inc. I da Lei 7.210/1984* representa uma grave violação a um direito fundamental garantido expressamente em nosso ordenamento jurídico que é o direito á integridade física dos presos (*art.5ºinc.XLIX da CRFB*) que, de forma alguma, deveria estar sendo violado por quem se responsabilizou por garanti-la, ou seja, o Estado.

Além da violação às leis nacionais, e aos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos já citados no item V desta petição, a República Federativa do Brasil vem agindo em desacordo com o **documento “Princípios e Melhores Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas” aprovado por unanimidade por esta Comissão através da Resolução 01/08.** Vale citar os seguintes trechos da Resolução:

Principio I
Trato humano

Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. (...)

Principio X
Salud

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole;

y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas. (...)

Principio XI

Alimentación y agua potable

1. Alimentación

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir una alimentación que responda, en cantidad, calidad y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada y suficiente, y tome en consideración las cuestiones culturales y religiosas de dichas personas, así como las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos. Dicha alimentación será brindada en horarios regulares, y su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley.

2. Agua potable

Toda persona privada de libertad tendrá acceso en todo momento a agua potable suficiente y adecuada para su consumo. Su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley.

Principio XII

Albergue, condiciones de higiene y vestido

1. Albergue

Las personas privadas de libertad deberán disponer de espacio suficiente, exposición diaria a la luz natural, ventilación y calefacción apropiadas, según las condiciones climáticas del lugar de privación de libertad. Se les proporcionará una cama individual, ropa de cama apropiada, y las demás condiciones indispensables para el descanso nocturno. Las instalaciones deberán tomar en cuenta las necesidades especiales de las personas enfermas, las portadoras de discapacidad, los niños y niñas, las mujeres embarazadas o madres lactantes, y los adultos mayores, entre otras. (...)

Principio XVII
Medidas contra el hacinamiento

(...)

La ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva. 11 Verificado el alojamiento de personas por encima del número de plazas establecido en un establecimiento, los Estados deberán investigar las razones que motivaron tal situación y deslindar las correspondientes responsabilidades individuales de los funcionarios que autorizaron tales medidas. (...)

Conforme podemos verificar no item VI desta petição, está nítido que as providências legais realizadas até o momento jamais trarão resultado satisfatório, e que o Estado não está tomando as medidas adequadas e necessárias para garantir a integridade física dos encarcerados na Polinter/Neves, razão pela qual fez se necessária essa denúncia a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua sentença de 29 de julho de 1988 (caso Velásquez Rodríguez), estabeleceu a este respeito o seguinte:

Constitui um principio de direito internacional que o Estado responda pelos atos de seus agentes ao amparo de seu caráter oficial e pelas omissões dos mesmos, ainda quando fora dos limites de sua ação do direito interno.

Ora, sendo o Brasil um Estado federal, é o Governo Nacional quem deve responder na esfera internacional. Com efeito, o artigo 28 da Convenção dispõe:

1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o Governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação,

o Governo nacional deve tomar medidas pertinentes, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

A Comissão já apreciou situação semelhante no **Relatório de Admissibilidade Nº 36/07**, referente a Petição 1113-06, que tratava de Pessoas Privadas de Liberdade na Carceragem da Delegacia de Polícia de Niterói, Rio de Janeiro Brasil (76ª DP).

Considerando-se os fatos denunciados e os recursos judiciais tentados em seu âmbito, podemos afirmar que houve configuração das violações aos direitos consagrados nos artigos 5, 8.1 e 25 da Convenção Americana, em conjunto com as obrigações gerais constantes dos artigos 1.1 e 2 do mesmo Tratado.

9. Informação Sobre o Perigo de Vida, Integridade ou Saúde das Vítimas com Pedido de Medida Cautelar

As vítimas encontram-se em situação calamitosa, conforme demonstra essa petição e pugnam pela concessão de **MEDIDA CAUTELAR** que atenuie as condições de superlotação, insalubridade e insegurança da Carceragem. Para tanto, sugerimos que seja determinado **com urgência**, que o Estado tome as seguintes medidas em caráter cautelar:

1- A interdição total e imediata da carceragem Polinter-Neves, ante a absoluta falta de condições mínimas para o abrigo de seres humanos; ou, em caráter alternativo;

2- Imediata transferência daqueles presos que se encontram infectados com tuberculose, ou destinação de cela específica e separada dos outros.

3- Redução substancial da quantidade de presos na carceragem da Polinter – Neves, de acordo com sua capacidade, transferindo-se especialmente os presos condenados, e aqueles que se encontram no “seguro”.

4- Adoção de todas as medidas que sejam necessárias para proteger a vida, a saúde e a integridade física das pessoas privadas de liberdade na Polinter – Neves;

5- Proporcionar atenção médica necessária a todos os beneficiários, em particular àqueles com doenças graves, idosos e portadores de deficiência;

6- Fornecimento adequado de alimentação e água potável.

10. Pedido

Por todo o exposto, tendo em vista que o Estado Brasileiro, através de seus agentes públicos, violou os preceitos contidos na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, e em função da gravidade das violações acima descritas, bem como da clara evidencia da ausência de vontade dos agentes responsáveis de cumprir a administração da justiça e temendo-se pela integridade física dos presos, requeremos as seguintes providências:

1. A abertura do caso contra o Estado Brasileiro;
2. Transferência dos encarcerados, e principalmente dos condenados a fim de que possam cumprir suas sentenças em locais próprios (presídios) que possibilitem o gozo de seus direitos fundamentais;
3. Que o Brasil seja condenado pelas violações cometidas;
4. Que ordene o governo brasileiro a apurar os fatos e punir os responsáveis, e se for o caso, aplicar-lhes as sanções penais e administrativas pertinentes;
5. Que ordene o governo brasileiro a indenizar material e moralmente as vítimas.

Rio de Janeiro,

**DANIELA MARTINS CONSIDERA
DEFENSORA PÚBLICA**

**LEONARDO ROSA MELO DA CUNHA
DEFENSOR PÚBLICO
DENIS ANDRADE SAMPAIO JUNIOR
DEFENSOR PÚBLICO**

CONDENAÇÃO MÁXIMA EM PEDIDO CONTRAPOSTO

Rosana Hasson⁷⁴⁶

Resumo: Trata-se de ação de cobrança na qual uma conceituada creche cobra da ré o atraso de mensalidade respectiva ao mês em que a criança foi materialmente desvinculada da instituição em decorrência de abuso sexual perpetrado pelo próprio sócio majoritário contra a criança, menor de 4 anos, no interior do estabelecimento de ensino, tendo sido julgado procedente o pedido contraposto formulado com a condenação máxima permitida em sede de Juizados Especiais.

COBRANÇA IMORAL. PEDIDO CONTRAPOSTO. CONDENAÇÃO MÁXIMA. ABUSO SEXUAL.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DO II JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL-RJ

Processo n.º XXXXXXXXX

XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, portadora da carteira de identidade n.º XXXX, expedida pelo XXXX, inscrita no CPF sob o n.º XXXX, residente e domiciliada XXXX, nos autos da **ACÇÃO DE COBRANÇA** ajuizada por XXXX, processo em epígrafe, vem, apresentar suas **CONTRARRAZÕES AO RECURSO INOMINADO** interposto pela Demandante, requerendo, desde já, o seu recebimento e encaminhamento ao Superior Conselho Recursal, após cumpridas as formalidades legais.

Inicialmente afirma ser pessoa juridicamente necessitada, não podendo arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, razão pela qual faz jus à Gratuidade de Justiça, nos termos da Lei n.º 1.060/50, indicando a Defensoria Pública para o patrocínio de seus interesses.

Termos em que

Pede deferimento.

Rio de Janeiro,

746 Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

CONTRARRAZÕES DA RECORRIDA

Recorrente: **XXXX**

Recorrido: **XXXX**

E. TURMA RECURSAL

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Inicialmente afirma ser pessoa juridicamente necessitada, não podendo arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, razão pela qual faz jus à Gratuidade de Justiça, nos termos da Lei nº 1.060/50, indicando a Defensoria Pública para o patrocínio de seus interesses.

DA TEMPESTIVIDADE

O recurso inominado de **fls.97/104** foi interposto no dia 06/06/2011, tendo a Recorrida ciência do referido em 04/08/2011, requerendo a assistência jurídica gratuita da Defensoria Pública no mesmo dia, portanto, prazo hábil para apresentação de contrarrazões em resposta ao recurso interposto.

Assim, a fim de se preservar os princípios do contraditório e da ampla defesa, mister a contagem em dobro do prazo processual para a Defensoria Pública, na forma do art. 5º, §5º da Lei 1060/50, expirando-se em 24/08/2011.

Desta maneira, a presente resposta é TEMPESTIVA, devendo ser conhecida e, conseqüentemente, provida.

DO PREQUESTIONAMENTO

No que tange a possibilidade de interposição de recurso para as Instâncias Superiores, mister, desde já, o prequestionamento das questões de direito supostamente violadas pela r. Sentença, no que se refere ao art. 5º, V, XXXII e 170, V da Constituição Federal.

BREVÍSSIMO RESUMO DOS AUTOS

Trata-se de **ACÃO DE COBRANÇA**, proposta em face de **XXXX**, na qual a Recorrente pleiteou o pagamento do valor de R\$2.643,84 (dois mil, seiscentos e quarenta e três reais e oitenta e

quatro centavos) a ela devido pela ora Recorrida.

Em resposta, a Recorrida apresentou PEDIDO CONTRAPOSTO, pleiteando indenização por danos morais oriundos do descabimento da cobrança.

Em seguida, a r. sentença julgou IMPROCEDENTE o pedido exordial, e reconheceu a PROCEDÊNCIA do PEDIDO CONTRAPOSTO formulado, condenando a Recorrente ao pagamento de R\$21.800,00 (vinte e um mil e oitocentos reais), valor máximo admitido em sede de Juizado Especial, a título de indenização.

Inconformada, XXXXX interpôs o Recurso Inominado de fls. 97/104, razão pela qual vimos aos autos apresentar as presentes CONTRARRAZÕES AO RECURSO INOMINADO.

DA IMPROCEDÊNCIA DO RECURSO INOMINADO

Entende-se que deve ser mantida *in totum* a r. sentença de fls. 75/80, prolatada pelo Juízo *a quo*, não merecendo ser acolhidos os argumentos da Recorrente, pelos motivos que se passa a expor.

DA MAGNANIMIDADE DO DECISUM

Primeiramente, cumpre **evidenciar a respeitabilidade da sentença** homologada pela MM. Drª. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, que, **expondo grandiosa sabedoria humanitária e jurídica, além de senso de equanimidade**, entendeu pela improcedência do pedido autoral.

Mostrando magnífica honradez, pendeu à razão que, por outro lado, assiste à ora Recorrida em seu pedido contraposto, demonstrando **extrema e incontestável sensibilidade na decisão, dotando-a da mais próxima manifestação da ideal JUSTIÇA**, almejada pela totalidade dos jurisdicionados, e pretendida pelos elaboradores legislativos e operadores do Direito, quando de sua atuação profissional.

Em virtude da retidão do conteúdo decisório, faz-se mister permear a presente peça com transcrições da apreciável sentença.

DO SOBRESTAMENTO DO FEITO EM ESFERA CÍVEL

Em notável e indiscutível acerto, o juízo *a quo* decidiu pela falta de necessidade de sobrestamento do feito com o intuito de aguardar o

deslinde do processo criminal que envolve a prática de crime sexual imputado ao Sr.xxxxxxxxxxxxxx, sócio da empresa Recorrente, no qual uma das vítimas seria a filha de quatro anos da Recorrida, com base no fundamento *in fine*:

Evidentemente, a manutenção em grau recursal da condenação criminal ou, ainda, a reforma desta decisão para absolver o acusado, em nada modificarão o fato de que, na esfera cível, não pode a parte Ré, na qualidade de genitora de uma das vítimas alegadamente envolvidas, então com apenas quatro anos, ver-se compelida a respeitar as cláusulas constantes do contrato juntado aos autos, procedendo ao pagamento, mês a mês, dos valores devidos a despeito de não prestado o serviço ajustado e violados, para assim dizer o mínimo, todos os deveres relacionados à natureza específica desse mesmo serviço que, não custa lembrar, é o de educar menores impúberes. Portanto, despicienda a definitividade dos efeitos da decisão criminal, tal como intentada pela parte autora, porque não terá a mesma o condão de afastar a violação, na esfera cível, dos deveres conexos ao contrato firmado e de caracterizar, como adiante se explicitará, a quebra de contrato incorrida pela parte autora.

Ademais, vale lembrar no mérito que a relação jurídica objeto da presente demanda é de consumo, impondo-se a inteira aplicação das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, inclusive no tocante ao ônus probatório, ainda que o caso específico dos autos trate de ação de cobrança proposta pelo prestador de serviço (creche) em face do consumidor alegadamente inadimplente (mãe de aluna menor).

Em seguida, a MM. Dr^a Juíza considerou, diante do alarde acerca dos danos sofridos pela criança, **inexigível a objetiva e insensível conduta da Recorrida em regularizar a situação** de sua filha na instituição Recorrente.

Ressalte-se, ainda, o teor decisório no que tange à própria

Recorrente dado causa à inadimplência da Recorrida, dada a extrema gravidade dos fatos envolvidos na presente demanda, o que seria suficiente para ensejar a legítima interrupção do contrato, uma vez que, indubitavelmente, justificada a tentativa de proteção à integridade psico-física da criança, suposta vítima de atos de pedofilia praticados por um dos sócios da creche Recorrente.

Ademais, segundo a própria Recorrente, inexistente assinatura do contrato de prestação de serviço trazido aos autos, o que, por si só, é hábil a invalidar as sanções previstas contratualmente, tornando, conseqüentemente, desnecessária sequer a análise da abusividade e desproporcionalidade das cláusulas de tal instrumento.

Destarte, completamente prescindível a espera pelo trânsito em julgado da respectiva sentença criminal, o que somente proporcionaria efeito protelatório ao feito - como já vem sendo tentado pela Recorrente, inclusive com a oposição de embargos descabidos pela mesma -, protelando injustificadamente o desgaste emocional, físico e financeiro da ora Recorrida e seus familiares.

DA REAL CAUSA DA RESCISÃO CONTRATUAL

De acordo com as alegações da Recorrente, a presente ação de execução funda-se em título extrajudicial originado em contrato de prestação de serviço educacional, ao qual teria a ora Recorrida inadimplido e rescindido unilateralmente em virtude da condenação do sócio da creche, em primeira instância, pelo crime de atentado violento ao pudor contra algumas crianças matriculadas na instituição, incluindo a filha de quatro anos da Recorrida.

Alegam, ainda, que o não pagamento das mensalidades pela Recorrente não se justifica, uma vez que outros funcionários da instituição em questão possuem conduta ilibada, não merecendo ser prejudicados com a não percepção de suas respectivas remunerações.

Contudo, tais exposições não se sustentam, não merecendo, conseqüentemente, prosperar.

Proficuo atentar para o fato de que a real motivação tendo em vista que a real motivação da rescisão do contrato foi a ocorrência de FATO DO SERVIÇO,

A UMA, o Recorrente **admitiu em sua peça contestatória**

a existência de falha na prestação do serviço, oriundo de fraude realizada por terceiros.

Neste sentido, é cediço na doutrina e jurisprudência dominantes que a hipótese vergastada encontra-se abarcada pela teoria do risco do empreendimento, através da qual o Empresário, porque lucra com a atividade empresária, deve suportar eventuais prejuízos, ainda que inexistia culpa, eis que responde pela má-prestação do serviço.

Em outras palavras, aquele que possui o bônus deve suportar o ônus, configurando-se verdadeira afronta aos princípios do direito empresarial e do consumidor qualquer entendimento diverso deste.

A DUAS, limita-se o recurso interposto a combater a incidência de compensação por danos morais, bem como o quantum arbitrado pelo douto magistrado a quo.

Contudo, tal pretensão baseia-se na premissa de que o fato do serviço ocorrido não ultrapassa a esfera patrimonial, bem como defende a inexistência de culpa do fornecedor de serviços.

Ressalte-se que restaram comprovados, pelo acervo probatório trazido pelo Recorrido, os descontos realizados antes da data prevista no contrato estabelecido entre as partes.

Evidente que, em se tratando o Recorrido de pessoa hipossuficiente, sendo, inclusive, beneficiário da gratuidade de justiça, os menores abalos em sua frágil estrutura econômico-financeira, gera diversas consequências em todos os outros setores de sua vida pessoal.

Não obstante, o Recorrido informou em sua peça exordial que:

Cumprer ressaltar que os descontos fora do prazo acordado fizeram com que o autor deixasse de cumprir com outras obrigações essenciais, como pagamento de contas de serviços essenciais e outros. Outrossim, como não tinha o dinheiro disponível na conta, já que não contava com os descontos fora do prazo, foi obrigado a buscar recursos para suprir o débito e não pagar juros do cheque especial.

Fatos que independem de prova, posto que eivados de verossimilhança.

Impende destacar que, muito embora verificada a alegada fraude realizada por terceiros e sofrida pela empresa Recorrente, a mesma protelou a solução do ocorrido, caracterizando evidente lesão aos deveres anexos ao contrato de consumo de boa-fé, cooperação, lealdade e, evidentemente, qualidade.

Assim, evidente que o Recurso Inominado busca apenas protelar a demanda e desestimular as reclamações em juízo realizadas pelos Consumidores. Logo, todas as atitudes do Recorrente coadunam com a interpretação exposta pela r. Sentença, eis que demonstra todo o desinteresse do Fornecedor de Serviços em dirimir os danos causados, o que também deve ser levado em consideração no arbitramento da compensação por danos morais.

DESTA MANEIRA, não há alternativa senão julgar pela IMPROCEDÊNCIA do presente Recurso Inominado, pelas contrarrazões aqui expostas.

DA INCIDÊNCIA DA INVERSÃO OPE LEGIS

RESSALTE-SE que na hipótese vertente ocorreu o chamado acidente de consumo, eis o dano causado à recorrente ultrapassou a esfera física do contrato (vício do serviço), transcendendo seu objeto e atingindo o consumidor em sua integridade psíquica (fato do serviço).

EM VERDADE, o defeito na prestação do serviço foi o fato gerador do dano, provocando a responsabilidade objetiva ante ao inafastável nexos causal entre a conduta do fornecedor de serviços – falha no dever de lealdade, cooperação, confiança, boa-fé, qualidade e cuidado – eis que não obstante o dano natural dos descontos feitos em descumprimento ao contrato realizado entre as partes, o Recorrente, ciente da existência de fraude, protelou a solução do problema.

ASSIM, caracterizado o fato do serviço fica evidente a incidência da inversão do ônus da prova *ope legis*, prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

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

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

NESTE SENTIDO, a inversão do ônus *ope legis* é norma de ordem pública e, portanto, pode e deve ser observada a qualquer tempo, inclusive em sede recursal, razão pela qual os documentos anexados e mencionados na r. sentença, tratam-se de ônus do fornecedor do serviços.

DO DANO MORAL

A luz do código de Defesa do Consumidor, estamos diante de um serviço notadamente defeituoso, sendo objetiva a responsabilidade da Recorrente em compensar os danos sofridos, sejam estes de ordem material ou de ordem moral.

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

No caso em tela é perfeitamente possível e devida a compensação dos danos morais sofridos pelo Recorrido. Nas palavras de PONTES DE MIRANDA:

“nos danos morais a esfera ética da pessoa é que é ofendida. O homem, possuindo esta esfera ética e sendo titular de direitos que compõem a sua personalidade, direitos que por este motivo não são patrimoniais, mas morais, que envolvem valores pessoais, sentimentos, não pode simplesmente admitir que esta esfera ética e estes seus direitos sejam feridos, violados, sem que exista uma devida e justa reparação.”

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, VI, elenca como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

Assim sendo, a simples aferição do dano, no caso o desconforto, a molestação, o incômodo de que foi vítima a Recorrida, assim como a existência do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano causado, já são suficientes para que se incorra em responsabilidade por parte do Recorrente, constituindo causa eficiente que determina a obrigação de indenizar por dano moral.

Saliente-se que a referida indenização, além de servir para compensar a Recorrida sobre o dano causado pelos transtornos sofridos, apresenta, sem dúvida, um aspecto pedagógico, pois serve de advertência para que ao causador do dano e seus congêneres venham se abster de praticar os atos geradores desse dano.

Por fim deve-se asseverar que o Código de Defesa do Consumidor determina a inversão do ônus da prova, em seu art. 6º, VIII, com o fim de facilitar o acesso do consumidor ao juízo e evitar excesso por parte dos fornecedores.

Dano moral é configurado pela lesão ao princípio nuclear do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o da dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, III). Sendo certo que os princípios, assim como as regras, também são normas jurídicas, em uma perspectiva pós-positivista, que coloca a Constituição como norma fundamental do ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana é o imponderável fiel da balança, norte interpretativo, que precisa ser a lanterna que trará luz para o caso concreto, no qual serão ponderados 4 princípios, quais sejam: o princípio da liberdade, o princípio da solidariedade (social e familiar), o princípio da igualdade e o princípio da integridade psicofísica.

No que concerne ao fundamento jurídico do dano moral e do dever de indenizar, reza o artigo 5º, inciso X da Constituição da República de 1988 que “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 acordo com as normas enunciadas na Lei n.º 8.078/90, Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: ... VI- a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”;

Consoante ainda com a doutrina do Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“a par do patrimônio, como complexo de relações jurídicas de uma pessoa economicamente apreciáveis, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, o bom conceito de que desfruta na sociedade, os sentimentos que exoneram a sua consciência, os valores afetivos merecedores todos de igual proteção da ordem jurídica” (Responsabilidade Civil, Forense, Rio, 2ª ed., 1991, n.º 49).

Destarte, a atitude da Recorrente apresenta-se extremamente ofensiva à dignidade da Recorrida, violando direitos constitucionalmente assegurados, impondo-se a reparação a título de danos morais, haja vista que não se pode admitir que direitos da personalidade, com sede constitucional, sejam violados sem qualquer forma de repressão. Ademais, a procedência do pedido em casos como o da Recorrida servirá também como medida pedagógica e punitiva no sentido do respeito e busca pela efetividade dos direitos da personalidade do consumidor.

DA JURISPRUDÊNCIA

No que tange ao entendimento deste Egrégio Conselho Recursal nas hipóteses de fraude e responsabilidade objetiva do Fornecedor de Serviços, trouxemos o seguinte julgado, coletado do site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, senão vejamos:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Segunda Turma Recursal Recurso 2009.700.012348-1- Recorrente: ANDERSON MOURA DE SOUZA / Recorrido: BANCO ABN AMRO REAL S/A VOTO Instituição Financeira. “Clonagem” de cartão com realização de saques. Bloqueio do cartão sem que o consumidor seja advertido previamente. Hipótese prevista no art. 14, § 3º, II da Lei 8.078/90 não configurada. Violação do dever de cuidado objetivo. Réu que deve responder por sua própria incúria, ao permitir a ação do falsário. Alegação de fraude que não afasta a responsabilidade pelo dano, ante a teoria do risco do empreendimento. Com todas as vênias do douto sentenciante, ousou discordar das conclusões da sentença. Isso porque, ainda que tenha o banco réu dever de segurança, não está isso a significar que a

adoção das providências com vistas à preservação da segurança do correntista possa gerar danos a ele próprio. Ora, o investimento com vistas a que sejam obstaculizadas as fraudes deve ser anterior ao cometimento das mesmas, com a adoção de novas tecnologias e sistemas de segurança que impeçam a ação dos fraudadores. Não havendo tal investimento ou sendo ele insuficiente para obstar a atuação daqueles, não pode o ônus do empreendimento do fornecedor ser repartido com o consumidor; pessoa mais frágil na relação e que, por óbvio, não detém qualquer domínio sobre a tecnologia ou mesmo sobre as peculiaridades do serviço prestado pelo banco. O bloqueio de cartão em razão de suspeita de fraude por certo é medida eficaz. Todavia, penso que não possa ser efetuado à revelia do consumidor, sem que haja ao menos uma prévia comunicação. Atuando dessa forma, permite o réu que o seu cliente, pessoa que nada tem que ver com a atuação dos falsários, suporte constrangimentos e prejuízos que dele não se pode exigir. Alie-se a isso o fato de que, uma vez constatada a fraude, deve a instituição financeira efetuar o estorno dos saques fraudulentos e dos juros e encargos dele decorrentes sem demora, sob pena de se ver o consumidor privado de recursos seus que estão, tão somente, sob a guarda da empresa ré. Estorno realizado pela via administrativa, mas onze dias após os fatos. Ausência de subsunção ao art. 42, p.u.do CDC. Consumidor que comprova documentalmente que celebrou empréstimo para fazer frente a seus compromissos. Danos morais configurados. Posto isso, conheço do recurso e VOTO no sentido de que lhe seja dado parcial provimento para julgar procedente em parte o pedido de indenização por danos morais e condenar a instituição financeira ré ao pagamento de R\$ 3.500,00 a tal título, com juros de 1% ao mês a partir do evento danoso e correção pela UFIR a partir da publicação do presente, tudo até o pagamento. Sem ônus sucumbenciais. Juíza Carla Silva Corrêa – Relatora - Julgamento: 19/03/2009.

DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, espera a Recorrida seja o recurso julgado improcedente, de molde a que seja mantida a sentença combatida em todos os seus termos, condenando-se, ainda, o recorrente ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes a serem revertidos ao CEJUR/DPGE, nos termos da Lei Estadual n.º 1146/87, com o que se estará realizando a costumeira Justiça.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 04 de agosto de 2011.

SOBRE A CONFECCÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO COMO CONDIÇÃO DE LIBERDADE ANTECIPADA.

Renata Tavares da Costa Bessa⁷⁴⁷.

Resumo:

À luta antimanicomial, soma-se agora a luta contra o exame criminológico. Seja por que não está na lei, seja porque fere direitos e garantias individuais da pessoa presa, seja porque fere ética do trabalho das pessoas que o confeccionam- psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras ou mesmo porque nunca serviu para seus propósitos de averiguar se a pessoa voltará a delinquir ou está apta para viver em sociedade, seja por qualquer destes motivos: o exame criminológico tem que acabar! Uma sociedade republicana tem que enxergar que o crime é um ato político- decisão majoritária descrita na lei. E quem faz o criminoso não são tensões nervosas do cérebro e sim aquilo que proibimos através da decisão majoritária. Daí que, não dá para acreditar que se pode, através do confinamento e de uma entrevista com algum profissional, colocar na cabeça de um sujeito que ele não pode delinquir e que tem que viver de acordo com os costumes de um Estado multicultural! Lei essa que se cumprem quando querem ressaltar o caráter superestrutural do direito: quando é contra o réu, vale a proteção da sociedade! Não esqueçamos: juízes existem para fazer cumprir a lei! A proteção da sociedade é outra coisa. Assim, mesmo depois de quase 10 de promulgação da lei 10.792/2003, os magistrados da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro insistem em requisitá-lo indistintamente. Daí a importância deste *writ* impetrado para assegurar que os presos da Penitenciária Alfredo Tranjan- Bangu II não fossem obrigados a fazer o exame no marco do “Mutirão” realizado pelo Conselho Nacional de Justiça efetivado no Estado do Rio de Janeiro em outubro de 2009, ou, caso contrário, que ao menos seja justificada tamanha invasão na privacidade de um ser humano.

Palavras-chaves: Exame criminológico. Obrigatoriedade. Direitos e garantias fundamentais. *habeas corpus* coletivo.

EXMO. SR. DESEMBARGADOR SEGUNDO VICE-PRESIDENTE

747 Mestranda do Mestrado de Direito Internacional dos Direitos Humanos da Universidade de Buenos Aires e Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

“Os textos criminológicos não tem nem pé nem cabeça... Tem-se a impressão de que o discurso da criminologia possui tal utilidade, de que é tão fortemente exigido e tornado necessário pelo funcionamento do sistema, que não tem nem mesmo necessidade de se justificar teoricamente, ou mesmo simplesmente ter uma coerência ou uma estrutura. Ele é inteiramente utilitário.” (Foucault, Sobre a Prisão, p. 138)

RENATA TAVARES DA COSTA BESSA, Defensor Público, matrícula nº 877.429-3, com fundamento no inciso LXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, e nos artigos 647 e 648, inciso II, do Código de Processo Penal, vem impetrar ordem de **HABEAS CORPUS com pedido de liminar** em favor dos internos abaixo relacionados todos custodiados na Penitenciária Alfredo Tranjan, apontando como autoridade coatora o **EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS** pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

I. Dos Fatos

É fato público e notório que hoje se inicia mais uma etapa dos mutirões idealizados pelo Conselho Nacional de Justiça de apressar a decisão judicial sobre os benefícios já requeridos e ainda aguardando julgamento.

Este, especificamente, começou com os defensores fazendo uma lista de processos com benefícios mais atrasados. Os nomes descritos acima, ou seja, os pacientes, fazem parte desta lista.

Ocorre que, ao alvedrio das garantias constitucionais e da lei, os juízes insistem em requisitar o exame criminológico!

Já prevendo a ilegalidade, impetra-se po presente *writ* para garantir que se afaste a requisição ou, em pedido alternativo, que justifique com motivos plausíveis que não sejam a gravidade do delito ou a quantidade da pena.

II. Do Direito

A questão do exame criminológico envolve inicialmente

prerrogativas constitucionais do indivíduo.

Confundindo crime como doença, tal qual Lombroso, exige-se um laudo sobre vida do indivíduo, desrespeitando seu direito à intimidade. Ainda vai além, requer também um juízo de valor as informações ali contidas, ferindo seu direito de ser diferente, impossibilitando sua defesa eis que a motivação é totalmente subjetiva e vai de acordo não com a lei e sim com o que passa pela cabeça do perito. Por fim, transfere a decisão judicial para esse perito e o juiz transforma-se em mero homologador de laudos.

Há também uma questão de legalidade. A nova redação dada ao art. 112 da LEP pôs fim às dúvidas a cerca da obrigatoriedade da confecção do exame criminológico para a concessão do benefício, modificando os critérios subjetivos para a análise do benefício.

A realização do laudo era prevista na LEP em seu art. 8º para os presos em regime fechado dirigido à classificação do condenado e à individualização da execução.

No art. 112, a Lei previa a feitura para fins de Progressão, juntamente com o parecer da CTC, quando necessário.

Ocorre que com **o advento da L. 10792, o mérito do condenado restringe-se à comprovação do bom comportamento carcerário**, atestado pelo diretor do estabelecimento, excluindo a necessidade do exame e o parecer da CTC.

III. Da Interpretação conforme a Constituição e do Direito Constitucional da Fundamentação das Decisões

Mas se assim não entenderem Vossas Excelências, cabe ainda duas argumentações.

Com efeito, ao requisitar o exame criminológico, a autoridade coatora nega vigência ao art.112 da LEP.

Partindo do princípio que qualquer juiz pode conhecer da inconstitucionalidade de uma lei, e que a negativa de vigência neste caso pode ter origem na possível inconstitucionalidade da norma, pode-se defender que a realização do exame criminológico deve ser norteadada pelo caso concreto: nem totalmente negada, nem totalmente deferida.

Cada pessoa é diferente e, portanto, responde de várias maneiras ao tratamento a ela dispensado.

Assim, o coator deveria dizer os motivos que o levaram a tal requisição. **Motivos estes que não poderiam ser relacionados aos crimes cometidos e sim à resposta que o apenado dá ao tratamento penal que está submetido.**

O que se defende aqui, pelo princípio da eventualidade da defesa, é que o órgão coator não saia por aí requisitando laudo a “deus dará” e sim que justifique com base na execução da pena o porquê do parecer.

Esta justificação, por acaso, é direito da pessoa presa, pois se o procedimento para averiguação dos requisitos do benefício foi modificado por lei, é necessário, ao menos, que a decisão seja motivada. Ao contrário, está-se diante da infringência ao art.93, IX da CRFB.

Se antes a requisição poderia ser justificada na lei, o que também não há respaldo, agora, depois da L. 10.792, tal motivo se faz absolutamente necessário.

Observe-se que não pode o juiz alegar a gravidade do delito pois esta relaciona-se com a conduta criminosa sendo objeto de tratamento com a cominação legal e a judicial. Na execução, repita-se, os olhos do judiciário deverão estar voltados para o desenvolvimento do comportamento do apenado na cadeia.

Mais dois motivos que baseiam a concessão da ordem.

IV. Observação Final

Por fim, é importante informar a V. Excelências que mesmo que a realização do exame não tivesse tantas objeções, ainda assim, no contexto dos mutirões, da maneira como são feitos, fica comprovado sua distancia da realidade e de fato sua função de ser mais uma requisição protelatória dos juízes da execução.

Afinal, como só em uma única entrevista, a toque de caixa, poderia um profissional conseguir fazer um perfil da pessoa presa?

V. Do Pedido de Liminar

Igualmente, presentes que estão a **PROBABILIDADE E APARÊNCIA DO DIREITO ALEGADO - eis que satisfeito tanto o requisito objetivo quanto o subjetivo e é flagrantes a ilegalidade do constrangimento - e o perigo na demora da prestação jurisdicional - em face do dano irreparável e imediato causado à liberdade -, impende seja**

CONCEDIDA MEDIDA LIMINAR, DETERMINANDO-SE IMPOSSIBILIDADE DE REQUISICÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA ANÁLISE DO BENEFÍCIO.

VI. Do Pedido

Por todo o exposto, requer o Impetrante, se digne V. Exa. a receber o pedido ora apresentado e, diante da **PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, que demonstra a PROBABILIDADE DO DIREITO PLEITEADO e do claro e irreversível PREJUÍZO SOFRIDO PELO PACIENTE COM A DEMORA NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURIDICIONAL, DEFERIR MEDIDA LIMINAR, IMPOSSIBILIDADE DE REQUISICÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA ANÁLISE DO BENEFÍCIO.**

No mérito, pugna-se de V.Exas. a **CONCESSÃO DA PRESENTE ORDEM DE HABEAS CORPUS**, reconhecer a ilegalidade da requisição do exame criminológico tendo em vista o retardo na decisão final que dali advém.

Ou, subsidiariamente, que a ordem seja concedida para determinar ao MM. Juízo da Vara de Execuções Penais que justifique a requisição em decisão motivada.

Nestes termos,

Espera deferimento.

Rio de Janeiro,

Quinta Câmara Criminal

Habeas corpus n.º -----

Impetrantes: -----

Pacientes: -----

Autoridade coatora: MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais

Relator: Desembargador Nildson Araújo da Cruz

A C Ó R D ã O

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE DECORRERÁ DA EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA DECISÃO ACERCA DOS BENEFÍCIOS. LEI Nº 10.792/03. PRESCINDIBILIDADE DO EXAME. ORDEM CONCEDIDA. UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *habeas corpus* n.º -----, em que é impetrante a **Defensora Pública** -----, sendo pacientes ----- e, autoridade coatora o **Exmo. Senhor Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais**, **Acordam** os Desembargadores da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, conceder a ordem para que o juízo da Vara de Execuções Penais decida os pedidos formulados sobre progressão de regime e livramento condicional, referentes aos pacientes, independente da exigência do exame criminológico, oficiando-se ao juízo.

Relatório - Segundo a ilustre impetrante, o constrangimento ilegal a que podem vir a ser submetidos os pacientes decorrerá da requisição de exame criminológico para que sejam decididos os requerimentos de benefícios que, apesar de já feitos há algum tempo, ainda aguardam julgamento. Pede, então, preventivamente, o afastamento da requisição do exame, e destaca, inclusive, que, na forma da Lei nº 10.792/03, o mérito do apenado restringe-se à comprovação do bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do estabelecimento. Subsidiariamente, pede que sejam expostos os motivos ensejadores da requisição do

exame, a fim de que se evitem meras requisições protelatórias, e ressalta a impossibilidade de eles se relacionarem aos crimes cometidos. Assim, requer, liminarmente, a determinação da impossibilidade de requisição de exame criminológico para a análise do benefício. No mérito, pede o reconhecimento da ilegalidade da requisição do exame criminológico e, subsidiariamente, pede que seja determinado ao MM Juízo da Vara de Execuções Penais a justificação da requisição em decisão motivada. A inicial veio instruída com os documentos de fls. 15/25 e a liminar foi indeferida, fls. 27. A autoridade judiciária informou, fls. 29, que as cartas de execução de sentença dos pacientes foram encaminhadas ao Instituto Penal Plácido Sá Carvalho, onde se realiza o Mutirão Carcerário. Quanto à necessidade do exame criminológico para a análise dos eventuais benefícios requeridos, afirma que a exigência se dá a partir de uma avaliação individual do Magistrado de acordo com o caso concreto, visando a formação do seu convencimento quanto a presença do requisito subjetivo, necessário à concessão do benefício. A eminente Procuradora de Justiça Vanda Menezes Rocha, fls. 31/33, se manifestou pela denegação da ordem, porque o exame criminológico deixou de ser obrigatório mas não está proibido e, portanto, pode ser realizado quando o magistrado competente entender necessário. Quanto ao pedido subsidiário, entendeu incabível, pois a segunda instância não pode determinar ao Juiz, genericamente, que fundamente suas decisões ao determinar a realização de exame criminológico.

Voto – A atual redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal, dada pela Lei nº 10.792/03, não traz a exigência de exame criminológico para a concessão de progressão de regime ou de livramento condicional, pois indica como suficientes para tanto o cumprimento de ao menos 1/6 (um sexto) da pena e mérito carcerário favorável, a ser comprovado pelo diretor do estabelecimento.

Nestas condições, voto no sentido conceder a ordem para que o juízo da Vara de Execuções Penais decida os pedidos formulados sobre progressão de regime e livramento condicional referentes aos pacientes, independente da exigência do exame criminológico, oficiando-se ao Juízo.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2009.

Desembargador Nildson Araújo da Cruz. Relator.